

68



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

EL DELITO DE ABUSO SEXUAL ORIGINADO EN LOS MENORES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: VERONICA BAUTISTA BAUTISTA

ASESOR DE LA TESIS: LIC. JESUS UBANDO LOPEZ DIRECTOR DEL SEMINARIO: LIC. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.



MEXICO, D. F.

ABRIL DE 2002

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Paginación Discontinua

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL



ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
NACIONAL
AZULEMA TL
MEXICO

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

La alumna BAUTISTA BAUTISTA VERONICA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JESUS UBANDO LOPEZ, la tesis profesional intitulada: "EL DELITO DE ABUSO SEXUAL ORIGINADO EN LOS MENORES", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

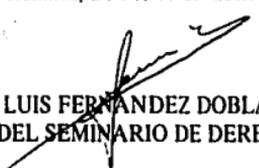
El profesor LIC. JESUS UBANDO LOPEZ, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "EL DELITO DE ABUSO SEXUAL ORIGINADO EN LOS MENORES" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna BAUTISTA BAUTISTA VERONICA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 17 de abril de 2002.


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mis padres, por su confianza, amor y fortaleza, me han dado el mejor ejemplo de superación e integridad por todo cuanto he emprendido. Los quiero mucho.

A mis hermanos Ricardo, Graciela y Myrna, por su confianza, apoyo en este y todos los momentos importantes de mi vida.

A mis sobrinos Eduardo y Geraldine, que son mi adoración,

A mi novio Jerónimo por ser mi gran apoyo, mi mejor amigo y brindarme su amor, ternura y comprensión, gracias.

A mi mejor amiga Natividad, por su constante motivación, por su inmenso cariño y amistad incondicional.

Gracias.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi Asesor Jesús Ubando López, por su apoyo e interés en este trabajo, por sus conocimientos y experiencia durante la elaboración del mismo. Al Director del Seminario de Derecho Penal. Muchas Gracias.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por permitirme terminar una profesión y darme la oportunidad de continuar estudiando.

De igual manera, agradezco a la Facultad de Derecho, porque, por medio de los maestros que en ella colaboran, me ha dado la inmejorable oportunidad de formarme como profesionista.

EL DELITO DE ABUSO SEXUAL ORIGINADO EN LOS MENORES.

INTRODUCCIÓN

i

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES.

1.1-	Término del delito.	1
1.2-	Concepto y definición del delito.	3
1.3-	Sujetos del delito.	6
1.4-	Objeto del delito.	11
1.5-	Formas de manifestar el delito.	14
1.6-	Noción de los elementos del delito.	21
1.7-	a) Conducta	22
1.8-	b) Tipicidad	32
1.9-	c) Antijuricidad	45
1.10-	d) Culpabilidad	53
1.11-	e) Punibilidad	65
1.12-	f) Condicionalidad objetiva	70
1.13-	Importancia	71
1.14-	Teoría del delito	73
1.15-	Teoría causalista	74
1.16-	Teoría finalista	77

CAPITULO II: PROBLEMÁTICA DE LAS DIFERENTES FORMAS DE EVALUAR EL DELITO DE ABUSO SEXUAL DEL MENOR.

2.1-	El comportamiento sexual infantil	81
2.2-	Estatus y la sexualidad de los niños.	83
2.3-	Mito y realidad dimensiones del abuso sexual infantil.	84
2.4-	Técnicas terapéuticas para la ayuda de las víctimas.	85
2.5-	Practica concerniente al abuso fisico del menor.	91

2.6-	Efectos psicológicos del abuso sexual.	92
2.7-	Creencias sociales y abuso sexual en los menores.	94
2.8-	Los abusos sexuales extrafamiliares e intrafamiliares.	98
	a) Concepto extrafamiliar e intrafamiliar.	
	b) Distinción del abuso sexual extrafamiliar e intrafamiliar.	
	c) Los abusos sexuales cometidos por desconocidos.	
	d) Los abusos sexuales extrafamiliares: el abusador conocido en la familia.	
	e) El abuso sexual intrafamiliar.	
	f) La estructura de la familia sexualmente abusiva.	

CAPITULO III: EFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL ABUSO SEXUAL EN LOS MENORES.

3.1-	Conceptos y definiciones del delito del abuso sexual, violación e incesto.	102
3.2-	Diferencias del abuso sexual, violación e incesto en el caso de un contacto sexual entre niño y adulto	104
3.3-	Las teorías del abuso sexual para los niños:	105
	a) Sexualidad de los hombres.	
	b) Sexualidad de los niños.	
3.4-	Gravedad del abuso sexual del menor.	108
3.5-	Consecuencias de los abusos sexuales para los niños.	109
	a) El comienzo de la interacción abusiva: la ruptura del cuadro vital de la víctima.	
	b) La carrera moral de los niños abusados sexualmente.	
	c) La dinámica familiar del incesto entre hermanos.	
	d) Las organizaciones familiares abusivas en el caso de incesto entre padre e hija.	

CAPITULO IV; MARCO JURIDICO,

4.1-	Clasificación de los delitos sexuales contemplados en el código penal.	117
4.2-	Procedimientos legales establecidos para el cuidado de los niños.	118
4.3-	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	122
4.4-	Código Penal.	122
4.5-	Código de Procedimientos Penales.	123

CONCLUSIONES	126
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	128
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El abuso sexual en los menores es un hecho real en nuestra sociedad, porque es un tema muy antiguo que ha cobrado notoriedad en los últimos tiempos. Así mismo, se advierte que los problemas que aquejan a la infancia son causados por los comportamientos de los adultos para con los menores, en los que inciden todo tipo de tensiones causadas por cuestiones económicas, sociales y culturales, cuyos rendimientos no desembocan precisamente en el bienestar colectivo.

El abuso sexual infantil es cualquier conducta de tipo sexual, y que trae devastadoras consecuencias a estos niños, durante esta etapa y en su consecutiva vida adulta. Este abuso se da cuando el adulto obliga al menor a tocarle los genitales y este del menor, o la utilización de cualquier tipo de instrumento que sea utilizado para abusar sexualmente. Ocurren en nuestra sociedad otros tipos de abusos como elaborar material pornográfico y obsceno, en los cuales abusan de la inocencia y precocidad del menor toda vez que no ha madurado completamente para realizar este tipo de actos, utilizando la fuerza, amenazas en contra de su familia o de su propia vida, lo más común es quien abusa sexualmente del menor son personas cercanas, como amigos de confianza, familiares, maestros, se convence al menor a participar en este tipo de actos intimidándolo, ofreciéndole un premio o regalo, e inspirarle confianza y seguridad, por lo general son una figura de autoridad frente al menor que ha sido abusado sexualmente.

El objetivo de este tema es que el menor y sus padres tengan una visión de las consecuencias como lo es el abuso sexual infantil, que ayude a romper el silencio, entendiendo que se trata de un grave problema social que exige la colaboración de profesionales como lo es psicológicos, trabajadores sociales, abogados y especialistas para dar una respuesta confiable a la víctima y familiares, ya que pueden presentar un amplio rango de síntomas o hechos como lo es traumas, conflictos familiares y emocionales, es el actuar y que hacer frente a este delito grave como lo es el abuso sexual.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los padres o tutores tienen una gran responsabilidad frente a la educación sexual de los menores; su presencia activa y afectuosa es fundamental en el equilibrado y completo desarrollo de los niños. Deben tomar en cuenta seriamente la información, asegurándose de apoyar a su hijo y darles a entender que no es su culpa, es importante que el niño tenga confianza dándole mucho cariño y hacer que se sienta seguro de sí mismo.

Se puede prevenir este tipo de delito en los menores, informándoles que es el abuso sexual y cuales son sus consecuencias, asimismo enseñarles cuales son las partes del cuerpo que no deben dejar que les toquen o que lo hagan, los genitales, sus senos, ya que pueden ser víctimas de abusos sexual

El hecho de que el Abuso Sexual Infantil es un fenómeno social de complejidad considerable, que tiene sus raíces en factores de socialización, sus manifestaciones, en procesos interpersonales y sistemáticos, y sus efectos, en una angustia interna duradera y en perturbaciones transgeneracionales. Para los trabajadores que trabajan con estos niños y sus familias cada caso trae consigo nuevos problemas. Los trabajadores sociales, en especial, que soportan la pesada carga de la responsabilidad legal por la protección de los niños y que desempeñan un rol tan esencial en las tentativas para reparar el daño causado por el abuso.

La denuncia de este delito sigue siendo casi inexistente en nuestro país. Esto se debe a diferentes causas, entre las que podemos citar la ignorancia, la vergüenza, la imposibilidad en el caso de los menores controlados por sus padres, el temor a sufrir más humillaciones por parte de las autoridades, la idea de que denunciar es inútil o contraproducente porque al final de cuentas el delincuente quedará libre y buscará la venganza.

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES.

1.1.- TERMINO DEL DELITO.

La palabra delito proviene del Latín *DELICTO, DELICTUM*, es decir, del verbo *DELINQUI, DELINQUIERE*, significa dejar, desviar, resbalar, abandonar; es la desobediencia voluntaria a una Ley Penal, es decir, es un hecho ilícito castigado a reparar el daño que ha ocasionado.

DELITO, DELICTUM, es la contravención voluntaria a una Ley Penal, es un hecho ilícito castigado a reparar el daño que ha ocasionado y a sufrir la pena que establece el derecho. En materia de delitos, la capacidad para obligarse es más amplia que en los contratos, pues solo no se obligan los Locos durante el ataque de locura, los infantes que han salido de su infancia o sea, los próximos a la pubertad, el delito es una de las principales actividades y la más antigua de la sociedad.

El delito en Derecho Romano, es considerado un hecho ilícito, previsto y sancionado por la ley. El delito reclama la sanción que el legislador promueve, para reparar el daño causado injustamente y toda mala acción que perjudique a los demás, debe obligar a su autor a una reparación en beneficio de la víctima. "El castigo de los actos ilícitos fue en un principio una fuente muy activa de las obligaciones si la comparamos con los contratos".¹

"Los Romanos consideraron al delito como fuente de obligación civil, porque siempre intervenían los familiares de la víctima y del delincuente para fijar una compensación pecuniaria, sin que en este arreglo tuviera intervención el poder público; este intervino muy tardíamente para fijar el monto de reparación del daño, porque el poder de la Gens era grande".²

La reparación del daño causado quedará en manos de los particulares, pues con frecuencia la venganza privada se excedía y además se fomentaban nuevas venganzas o revanchas, de ahí proviene el origen de la "*Ley del Talión*". Ojo por ojo y diente por diente.

Los delitos se dividen en dos grandes clases: Delitos Públicos y Delitos Privados.

¹ Bravo González, Agustín. Derecho Romano. Décima Edición. Edit. Porrúa, Pág. 210

² Bravo González, Agustín. Op. Cit. Pág. 211

Delito en sentido propio es la violación de una norma de interés público. Por tanto, la idea de delito es inseparable de la noción de acción pública, intentada en nombre del Estado por un funcionario (Ministerio Público) e inseparable de la pena pública, que consiste en una restricción de la libertad personal del delincuente o una multa que ingresa al erario público. En las relaciones entre particulares, el concepto de pena no tiene lugar, a ello se opone a la desaparición absoluta, en la ley y en las costumbres de toda la traza de la venganza primitiva.

Entre los particulares, el hecho ilícito o delito civil no se tiene en consideración sino cuando hay un desequilibrio que se refiera eventualmente a los patrimonios.

"El delito privado, es el hurto que se comete, el daño, las lesiones personales, estos, son considerados como una ofensa al individuo y legitima a una reacción individual, la cual en tiempos primitivos, era ilimitada e incontrolada la venganza proporcional como el Talión y a través de composiciones se redujo a una pena pecuniaria impuesta por el juez al ofensor como consecuencia de una acción intentada por el ofendido; pero en Derecho Romano, siempre se trata de una pena."³

Se ha tratado de dar a conocer a todos los pueblos el término de delito ya que como sabemos esta ligado a la realidad de cada grupo social, realidad que varía según nuestra época, nuestras costumbres y nuestras raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo. La noción del delito a de seguir necesariamente, el orden de esos distintos avances señalados en la vida de cada nación y a de cambiar al compás de las mismas.

En la Ley Penal mexicana, se encuentra el delito objetivamente y el delito subjetivamente considerados, el primero se encarga de estudiar la gravedad del resultado, lo que viene a caracterizar al Derecho Penal Mexicano como un derecho de resultado; en la segunda lo que se destaca es la voluntariedad criminal vinculado a la gravedad del delito y de la culpabilidad.

³ Jaramillo Velez, Lucrecio. Derecho Romano. Edit. Señal Editora. Pág. 243, 244.

Autores como *FRANK*. "Afirmar que el delito es la violación de un derecho fundado sobre la Ley moral."⁴

Para *PESSINA*. "Es la negación del derecho".⁵

ROMAGNOSI. "Es el acto de una persona libre e inteligente para perjudicar a los demás, y también es injusto".⁶

Los conceptos anteriormente mencionados, no contienen una precisión para los efectos de la disciplina penal; muchas de ellas son violadoras de concretos deberes morales que no son delictivos; también hay actos que no son vulneradores, de derecho, pero no infractores de normas penales; por último, hay acciones, evidentemente causantes de perjuicios sociales.

Para *ROSSI* Consiste en la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos.

JIMÉNEZ DE ASUA. Menciona que es toda acción (u omisión) antijurídica (típica) y culpable (sancionada como una pena).

El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal, sino hubiera Ley sancionadora no existiera delito, aunque la acción haya sido inmoral y perjudicial en el plano social.

1.2.- CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL DELITO.

CONCEPTO DE DELITO.- Debe ser natural desde el punto de vista del derecho, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología y la psicología criminal y otras. El objeto debe conocerse como una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. "En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que vulneran como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse la antijuricidad como elemento que lleve consigo

⁴ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal Parte General. Edit. Trillas. México 2001. Pág. 134

⁵ Márquez Piñero, Rafael. Op. Cit. Pág. 134

⁶ Márquez Piñero, Rafael. Op. Cit. Pág. 134

dos aspectos: uno formal y otro material y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales".⁷

Para *JOSE ARTURO GONZALEZ QUINTANILLA* "El delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable, debiendo captar con ello que la antijuricidad y la culpabilidad están matizados por la tipicidad".⁸

Dicho en otras palabras, la antijuricidad y la culpabilidad que maneja el derecho penal, son comprendidas dentro del esquema del tipo.

El concepto del delito supone una unidad de sentido anatómico o estratificado, cuyo primer aspecto de estudio es la tipicidad, esto acontece solo como un método para procurar la mayor precisión y claridad en el análisis de la Ley penal, en razón de la seguridad jurídica.

EL DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA, *CARRANCA* lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y/o políticamente dañoso. Para *CARRANCA*, el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico porque su esencia debe consistir en la violación del derecho. "Llama también al delito, infracción a la Ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente, la infracción a ser un resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la Ley Penal, simples opiniones, deseos y pensamientos, para significar que solamente puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como omisiones moralmente imputables por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral".⁹

NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO, es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores necesarios de causas físicas y fenómenos sociológicos.

⁷ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 116.

⁸ González Quintanilla, José Arturo. Delito en General. Edit. Porrúa. México 1997. Pág. 194

⁹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 113, 114.

RAFAEL GAROFALO. "Define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".¹⁰

El maestro *DORADO MONTERO*. "Define que todos los delitos son artificiales, es decir, son creación de la Ley que los encuadra dentro de sus tipos; a si desaparece la Ley, el delito quedara suprimido".¹¹

GRISPIGNI. "Lo define como todo hecho al que la ordenación jurídica liga como consecuencia jurídica una pena".¹²

NOCIÓN SOCIOLOGICA, los positivistas elaboraron la noción del delito con base en la distinción entre delito natural y delito artificial (legal). La delincuencia natural ataca a los sentimiento fundamentales de piedad y probidad, en tanto que la delincuencia artificial, abarca los demás delitos no ofensivos de estos sentimientos señalados; otros ilustres penalista como *GAROFALO*, *FERRI*, *COLAJANNI* y *TARDE*, señalan como principal característica del delito su oposición a las fundamentales condiciones de vida social y su enfrentamiento a la moralidad media.

El código Penal Mexicano, define al delito en su artículo 7 como la acción u omisión que sancionan las Leyes penales. El concepto del delito que se da en este artículo a sido criticado en cuanto no destaca la totalidad de los caracteres que lo forman, estimándose por ello insuficiente. No obstante, tal definición precisa al carácter fundamental específico que separa al delito de otras infracciones sancionables.

SEBASTIÁN SOLER, define al delito como una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de esta.

Como hemos visto, hay diferentes conceptos y definiciones de delito, que cada autor lo define conforme a sus experiencias o a sus teorías; para mí el delito es uno de los elementos que contiene acción y omisión dentro de una conducta que realiza un individuo para cometer un ilícito en contra de otra persona, cometiendo un delito, y una vez comprobado es castigado por el Estado, para reparar el daño que este ocasiona

¹⁰ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 114

¹¹ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal Parte General, Edit. Trillas, México 2001. Pág. 135

¹² Márquez Piñero, Rafael, Op. Cit. Pág. 135

1.3.- SUJETOS DEL DELITO.

SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

El hombre como sujeto activo del delito, puesto que él está provisto de capacidad y voluntad para infringir las normas penales.

En relación con la penalidad de los animales pueden distinguirse cuatro períodos:

PRIMERO.-En la antigüedad, se infligían auténticas penas a los animales y a las cosas, (aquellos se humanizaban, lo cual constituía un fetichismo o un humanismo).

SEGUNDO.- Puede compararse con el derecho griego en el cual se castigaban a los animales y a las cosas porque constituían un símbolo para que los hombres odiasen los delitos y así se respetaran unos a los otros.

TERCERO.- Representado por el derecho romano, con la institución de la *ACTIO PAUPERIES*, en el que se castigaba a los animales.

CUARTO.-En el que se acentuaba el simbolismo.

La edad media fue la parte histórica, ya que manifestó la tendencia en responsabilizar penalmente a los animales.

"A partir del siglo XVIII, desde la Revolución Francesa el espíritu individualista penetró en el derecho y trajo como consecuencia, la responsabilidad penal la cual se hizo personal"¹³ Así, se estimó que sólo el hombre es sujeto del delito, porque sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir. No son posibles la delincuencia y la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y del a voluntad, las cuales sólo se encuentran en el hombre. Sólo la persona, individual puede ser penalmente responsable, porque sólo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que constituye la base de la imputabilidad.

En otras épocas se consideró a los animales como sujetos capaces de delinquir. En el Antiguo Oriente, Grecia, Roma, La Edad Media y la Moderna y aun en nuestro siglo la evolución ofrece tres períodos: *FETICHISMO o HUMANISMO*; *SIMBOLISMO* por el cual se castigó y por último, sanción para el propietario por medio del abandono noxal a título de indemnización.

¹³ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 147

El hombre es sujeto del delito, porque solo los seres racionales tienen la capacidad de delinquir.

No son posibles la delincuencia y la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, las cuales van de la mano y se encuentran ligadas en el hombre. Solo la persona puede ser penalmente responsable, porque solo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que constituye la base de la imputabilidad.

Para SAVIGNY, las personas jurídicas o morales están fuera del derecho penal porque su voluntad descansa sobre la ficción. "Se trata de seres que no sienten ni quieren por sí mismos responsabilizarlos. Sería vulnerar el principio, únicamente son sujetos activos de los delitos los seres racionales".¹⁴

Solo la persona individual es responsable, ya que sin culpabilidad no hay responsabilidad, y la culpabilidad se da en la persona individual.

Todo tipo penal muestra una conducta, que lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona es titular en cada tipo se identifican dos sujetos:

El activo, ejecuta el comportamiento.

El pasivo, cuya cabeza radica el interés que se vulnera. "Una conducta que se plasma siendo por lo regular de naturaleza objetiva-descriptiva, que trae referencias normativas y subjetivas, jurídica en cuanto legalmente tutelado y material en cuanto ente sobre la cual se concreta el interés jurídico protegido".¹⁵

Toda conducta es realizada por una persona respecto de otra y todo tipo legal describe un comportamiento; surgen dos sujetos el que actúa y aquel con el cual la conducta produce un determinado efecto jurídico.

SUJETO ACTIVO.- Este hombre se conoce como el autor de la conducta típica también conocido como agente, actor o sujeto.

En la antigüedad el sujeto activo del delito, las personas, los animales hasta las cosas. Las personas pueden tener tal carácter y existen tres categorías: las personas jurídicas, los indígenas y los menores.

1.- **PERSONAS JURÍDICAS.** pueden a ser o no ser considerados sujetos activos de delito; esto da lugar a tres planteamientos doctrinales:

¹⁴ Márquez Piñero, Rafael. Op. Cit. Pág. 148

¹⁵ Reyes E., Alonso. Derecho Penal. Parte General. Edit. Thems. México 1996. Pág. 98

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Si pueden cometer delitos las personas morales están en condiciones de perpetrar hechos ilícitos, porque su capacidad de obrar en materia penal. "Poseen voluntad e inteligencia lo que les permite no solo querer sino consumir delitos; todo el problema se reduce a establecer sanciones que pueden consistir en multas, suspensión, disolución y otras".¹⁶

a).- *Las personas jurídicas*, solo pueden ser sujetos activos de contravención: los entes morales no son ficción, no pueden cometer delitos en sentido natural o legal; cuando la actividad social se concreta en la realización de una conducta antijurídica, solo las contravenciones deben hablarse y en consecuencia la sanción será de derecho penal administrativo.

b).- *Las personas jurídicas* no pueden ser sujetos activos de delito: las personas morales tienen una personalidad propia, como también las normas físicas; lo cierto que aquella unidad de conciencia y voluntad se revela en el individuo. La tipificación del delito es un fenómeno Psíquico propio y exclusivo de los seres humanos. El delito cometido por la persona jurídica siempre lo será por una persona física.

MANZINI, "presupone en el sujeto activo del delito no solo la capacidad de cumplir determinados actos voluntarios, sino la de querer, una potencialidad volitiva que en la persona jurídica evidentemente no existe como facultad colectiva distinta de los individuos".¹⁷

La colectividad no tiene ideas ni motivos propios ella es impulsada a la acción mediante un concurso de voluntades individuales que se forma y determina como un proceso Psíquico personal y finalidades colectivas.

2.- *LOS INDÍGENAS*, "la ley penal no se dirige a una determinada categoría de personas, sino a todos los individuos que se encuentran sujetos a su imperio, sean ellos imputables o inimputables; sin embargo, en relación con los indígenas no integrados a nuestra civilización."¹⁸

La Suprema Corte ha considerado dos oportunidades que la legislación penal ordinaria no se aplica a esta clase de indígenas, de examinar donde se

¹⁶ Reyes E., Alonso. Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 99

¹⁷ Reyes E., Alonso. Op. Cit. Pág. 100

¹⁸ Reyes E., Alonso. Op. Cit. Pág. 101

reconoce al indígena como sujeto activo de hechos punibles y de precisar que todo indígena no civilizado se pretende dar el tratamiento desde el punto de vista Psicológico, el indígena tenga un desarrollo cultural diverso llamado hombre civilizado.

3.- *LOS MENORES*, de doce años son sujetos activos de hechos punibles; de su conducta desviada o de su situación por el abandono que sufren, peligro físico o moral, de esta situación se ocupa un Instituto de Bienestar Familiar por medio de la Defensoría de menores.

"El sujeto activo se encuentra previsto de capacidad y voluntad y puede con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal".¹⁹

Una persona es sujeto activo al realizar una conducta o un hecho típico antijurídico, culpable y punible cuando es el autor material del delito contribuyendo a su ejecución en forma intelectual.

El sujeto activo del delito invoca su apoyo a los principios de imputabilidad y de personalidad de la pena.

MODALIDADES DEL SUJETO ACTIVO.- Cualquier persona puede ejecutar la conducta prevista en el tipo legal: (homicidio, hurto, estafa). Ciertos tipos refieren la conducta a personas que tienen cualidades especiales, de tal manera que no tienen la calidad de sujetos activos.

SUJETO PASIVO DEL DELITO.

Es la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y resulta afectada por la conducta del sujeto agente.

Tanto las personas naturales como las jurídicas pueden ser sujetos pasivos del delito; sin distinción de sexo, estado mental, edad, posición social o económica cualquiera que sea su condición jurídica durante el período vital. La persona individual puede ser sujeto pasivo del delito antes de su nacimiento (aborto).

CARRARA. "Señala que el sujeto pasivo del delito es el hombre o la cosa sobre quien recaen los actos materiales del culpable".²⁰

¹⁹ Reyes E., Alonso. Op. Cit. Pág. 102

²⁰ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 154

CUELLO CALON, "Sujeto pasivo es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito".²¹

ANTOLISEI, El sujeto pasivo lo es la persona ofendida por el delito o sea la víctima del mismo admitiendo de antemano que su determinación en ocasiones no es fácil, pues en algunos casos los hechos delictivos infieren daños a más de una persona.

El verdadero objeto de la protección penal, es el interés que esta unido y vinculado con la noción del delito. Individualizado este interés, queda individualizado el sujeto pasivo que es el titular de dicho interés. El sujeto pasivo por tanto puede definirse: como el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito.

El interés jurídicamente tutelado pertenece al Estado, este adquiere la categoría de sujeto pasivo.

Sujeto pasivo, "se conoce como el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito".²²

Pueden ser sujetos pasivos:

a).- La persona física, sin limitaciones después de su nacimiento y antes de él, protegiendo los bienes jurídicos de la vida y la integración corporal.

b).- La persona moral o jurídica sobre quien puede recaer la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos, y que pueden serlo en las infracciones contra su patrimonio o contra su honor o reputación; esto se da cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o mejor dicho ente colectivo, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, en este caso, exclusivamente especificado por la Ley, el juez podrá, decretar en la Sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando así lo crea conveniente para la seguridad pública.

La persona moral, o mejor dicho el ente colectivo, es un conjunto de personas físicas y toma sus determinaciones a través de una persona física que es su representante legal y como consecuencia de un acuerdo unánime y mayoritario, para ser

²¹ Márquez Piñero, Rafael. Op. Cit. Pág.154

²² Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 198

sujeto activo de un delito es indispensable que la persona sea capaz de poner en movimiento una fuerza física de acuerdo con mecanismos psicológicos que la orienten en determinada dirección, es decir, capaz de realizar una serie de operaciones sicosomáticas que solo realizan las personas o los individuos.

c).- El Estado como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva, contra la seguridad pública.

d).- La sociedad en general, delitos contra la economía pública y contra la moral pública.

1.4.- OBJETO DEL DELITO.

Constituye uno de los temas del derecho penal. La doctrina distingue entre objeto jurídico y objeto material:

Por objeto jurídico entendemos el bien jurídico tutelado a través de la Ley Penal mediante la amenaza de sanción; es decir, no hay delito sin objeto jurídico, por constituir su esencia, y lo constituyen los valores e intereses de la humanidad protegidos por las figuras típicas; donde una conducta humana es valorada de antijurídica es la que lesione o ponga en peligro de lesión para un interés de la vida humana, individual o colectiva.

El objeto material es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo aun cuando por ocasiones puede constituir el objeto material del delito.

LUIS C. CARBAL. "Considera que los bienes jurídicos son los objetos materiales o inmateriales que el derecho tutela a través de su sistema de sanciones".²³

JIMÉNEZ HUERTA. "Estima que como figura típica tienen un contenido, dado que el hecho descrito se opone o infringe un bien jurídico, cuya tutela mueve al legislador a protegerlo".²⁴

El objeto, tiene una doble connotación jurídica y material:

²³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 198

²⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 198

a).- **OBJETO JURIDICO**, se entiende como el interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por legislador.

“Doctrinalmente se discute el objeto jurídico es elemento del tipo, no solo porque sin él, los tipos penales no tendrían razón de ser, sino porque una conducta que no es apta para vulnerar el interés jurídico legal tutelado sería atípica y en su respecto sobraría cualquier examen relacionado con los fenómenos de la antijuricidad o de la culpabilidad”.²⁵

La doctrina distingue el objeto jurídico en genérico y específico:

GENÉRICO. “Es el interés que el legislador tiene en la tutela de bienes jurídicos trascendentes, en cabeza de la persona individualmente considerada de la sociedad o del propio Estado”.²⁶

Por medio de dicha protección que pretende cumplir la suprema garantía, la conservación, desarrollo e integridad social.

ESPECÍFICO, se concreta en el interés de cada persona y conserva un determinado bien jurídicamente tutelado.

El profesor **GÓMEZ PRADA**, señala que el objeto jurídico es la norma penal violada por el delincuente ya que incurre en imprecisión porque no es la norma el objeto jurídico, sino el interés del Estado en la conservación de aquellos bienes jurídicos que juzgan necesarios para la integridad social; “la norma no es más que el esquema legal mediante el cual se busca garantizar la protección cuya violación hace ilícita la conducta”.²⁷

GAITAN MAHECHA, el objeto jurídico consiste en el quebrantamiento de la norma que prohíbe la acción delictuosa.

No se debe confundir el bien jurídico con la lesión; el fenómeno del cual venimos hablando consiste en la vulneración del derecho protegido en la norma, “sino en el interés que el legislador tiene la protección de ese derecho que resulta violado cuando el agente realiza la conducta típica; la vida, el honor, el patrimonio, son bienes

²⁵ Reyes E., Alonso. Derecho Penal. Edit. Themis. México 1996. Pág. 107

²⁶ Reyes E., Alonso. Op. Cit. Pág. 107

²⁷ Reyes E., Alonso. Op. Cit. Pág. 107

transformados en objeto jurídico en cuanto han merecido protección penal; sino la consecuencia de la conducta en cuanto aquella ofende el interés protegido".²⁸

Los diversos intereses jurídicos resultan oprimidos por la conducta típica teniendo en cuenta su tutelar, en bienes jurídicos, la persona individual, considera a la sociedad y al Estado.

En la conducta, el objeto jurídico está en la cabeza de una persona física o moral considerada en concreto; bienes jurídicos de naturaleza son la vida e incolumidad psicofísica, la integridad sexual y la moral, la libertad personal y el patrimonio económico.

El bien jurídico, es el propio conglomerado social tal como ocurre en los delitos que afectan la Institución familiar, la moralidad y la fe pública, la integridad y seguridad, la economía nacional y sufragio.

El objeto jurídico, se vincula a la persona misma del Estado como ente con personalidad jurídica propia; así sucede en los delitos que vulneran su existencia y seguridad o su régimen jurídico; o sea, es el bien jurídico que el acto delictivo lesiona o pone en peligro de ser lesionado.

b).- OBJETO MATERIAL

Es aquello sobre lo cual, se concreta la vulnerabilidad del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta de la gente; además está constituido por la persona o cosa sobre la que se realiza, recae o se produce el delito.

Pueden ser objeto material del delito el hombre, la persona jurídica o moral, la colectividad, el Estado, Los animales y las personas que tienen capacidad suficiente para ser sujeto pasivo como objetos del delito, de acuerdo con la definición, este concepto comprende tres especies:

Objeto material personal.

Objeto material real.

Objeto material fenomenológico.

²⁸ Reyes E., Alonso. Derecho penal. Edit. Themis. México 1996. Pág. 107 y 108

POR OBJETO MATERIAL PERSONAL. "Entendemos toda persona física o moral, viva o muerta, consciente o inconsciente, a la cual se dirige el comportamiento típico y de quien se concreta la violación del interés jurídico tutelado".²⁹

El objeto material de la conducta puede ser una persona o un sujeto pasivo de la acción típica, ya que puede pensarse en dos conceptos:

La persona como objeto material de la conducta, es el individuo sobre el cual se materializa tal comportamiento entendida como sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el actor.

Los tipos penales coinciden con las calidades de sujeto pasivo y objeto material de la conducta, se trata de aquellos casos en la que la persona sobre la cual recae la acción de la gente y es también tutelado del bien jurídico vulnerado; ejemplo: el homicidio en que el acto de matar se consuma sobre la misma persona quien se elimina el interés jurídico de la vida.

EL OBJETO MATERIAL REAL, es la cosa respecto de la cual se concreta la vulneración del interés jurídico protegido y a la que se orienta la conducta del agente. La palabra cosa debe entenderse en sentido natural y comprende cualquier parte del mundo externo; el objeto material real no debe confundirse con el instrumento eventualmente utilizado por el agente para realizar la conducta ilícita.

OBJETO MATERIAL FENOMENOLÓGICO. "Es aquel fenómeno jurídico, natural o social sobre el cual se concreta la violación del interés jurídicamente protegido y al que se refiere la acción u omisión del sujeto activo".³⁰

1.5.- FORMAS DE MANIFESTAR EL DELITO.

En este tema se analizarán las formas en que puede ocurrir el delito, es decir, donde surgen varios resultados típicos, en el cual se determina si se produjeron varios delitos o si bien absorbe otros. Asimismo estudiaremos la vida o desarrollo del delito.

²⁹ Reyes E., Alonso. Derecho Penal. Edit. Themis. México 1996. Pág. 109

³⁰ Reyes E., Alonso. Op. Cit. Pág. 110

CONCURSO.- Significa diversidad, pluralidad, concurrir significa convergencia o intervención de varios. "Deriva de la conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de diversos resultados obtenidos a virtud de ella".³¹

Concurso es el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y el resultado.

En el derecho penal se habla de un concurso de personas, en el delito, cuando más de una persona interviene en su comisión, de concurso de norma, cuando en un mismo hecho aparece en principio regulado por normas. Concurso de delitos se entiende la pluralidad de conductas o resultados delictivos, cometidos por una persona.

CONCURSO DE DELITOS.- se refiere al contenido de la pluralidad de conductas y al contenido conceptual de la conducta. Puede estar conformada por una pluralidad de actos, así como la relación con las razones de la adopción de criterios que suponen la disminución de la pena. El concurso de delitos es una figura jurídica que tiene por objeto dar un tratamiento, en orden a la penalidad, a la comisión de un número plural de delitos cometidos por un mismo autor, tal pluralidad de delitos derive de una sola conducta, o bien sea consecuencia de una pluralidad de estas.

CONCURSO REAL.- Existe cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Hay acumulación siempre que alguien es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos.

CONCURSO IDEAL.- Es cuando por una sola conducta se cometen varios delitos. De esta definición se derivan los siguientes elementos:

Conducta única (Acción u omisión). Producción de una pluralidad de delitos (pluralidad de resultados típicos). Carácter compatible de las normas violadas (elementos lógico toda vez que se trata de normas incompatibles).

El concurso real, obedece al hecho de que en el caso del concurso ideal o formal se ocasione la pluralidad de delitos con una sola conducta típica; en tanto que en aquella deriva de una pluralidad de conductas. El concurso real como el concurso ideal, son susceptibles de presentarse, por razón de la forma de lesión al bien jurídico, el concurso homogéneo y heterogéneo.

³¹Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. México 1995. Pág. 695

CONCURSO HOMOGÉNEO.- Se refiere al caso en que la pluralidad de delitos ocasionados implica la violación al tipo delictivo, lo que significa la lesión a los mismos bienes jurídicos que el tipo protege.

CONCURSO HETEROGÉNEO.- Se presenta cuando los delitos cometidos suponen la violación a diversos tipos penales diferentes.

Tal situación se le da el nombre de concurso, porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas.

UNIDAD DE ACCION Y DE RESULTADO.- Siendo la acción por constituir un solo acto u omisión; pero también porque integrándose la acción por varios actos, se consideren todos como uno solo, cual ocurre en el homicidio o las lesiones en riña, caso en el que el acto se descompone en varios vertebrados todos por la unidad de intención: privar de la vida o lesionar. "El delito es siempre uno solo en el caso de unidad de acción y de resultado esto es una realidad".³²

UNIDAD DE ACCION Y PLURALIDAD DE RESULTADOS.- En este caso aparece el concurso ideal y formal, su sola actuación infringe varias disposiciones penales.

CONCURSO IDEAL o FORMAL. Atiende una objetiva valoración de la conducta del sujeto, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción o omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y se producen lesiones jurídicas, afectándose varios intereses tutelados, por el derecho (ejemplo Cuando en el delito de violación reconoce como sujeto pasivo a un paciente próximo, tipificándose, además el incesto).

El concurso ideal o formal, es uno de los delitos cuando, habiendo unidad de acción es, una sola; los resultados, plurales, la sanción puede ser agravada.

Los resultados dañosos justifican la acumulación de sanciones sobre la base del delito. Entre el mínimo y máximo de la sanción permite al arbitrio judicial adecuar la peligrosidad del agente.

El concurso ideal también se conoce con el nombre de acumulación formal o ideal.

³² Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General Edit. Porrúa. México 1999. Pág. 695

PLURALIDAD DE ACCIONES Y UN SOLO RESULTADO.- Una sola conducta delictuosa, puede lesionar el mismo bien tutelado por el derecho; hay pluralidad de acciones parciales que concurren entre todas a integrar un solo resultado, también el delito es uno solo y se denomina continuo:

DELITO CONTINUO.- Se considera para los efectos legales, aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo la acción o la omisión lo constituye.

PESSINA.- "Atiende al elemento subjetivo: delito continuo es una repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia del delincuente y van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso".³³

Para *MANZINI.*- Lo considera como una creación simplemente artificial, por estar integrado por varias violaciones del mismo precepto penal.

FLORIAN.- Reconoce sustancia verdadera y real por cuanto surge el elemento subjetivo; es subjetiva porque la cosa que se quiera obtener en una sola vez o en varias sucesivas

DELITO CONTINUADO.- Lo define como aquel hecho que lo constituye, se integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal. "Para algunos tratadistas precepto legal debe entenderse, como el título del hecho punible, aun cuando sea diverso el grado, atendiendo que se busca el menor daño para la imputación".³⁴

Delito continuado fue ideado con el propósito de evitar la aplicación de penas exageradas a un mismo individuo.

La determinación de un delito es instantáneo, permanente o continuado, tiene relevancia para los efectos de la distinción con el concurso. El delito permanente o continuo, en cambio, la conducta típica, al ser realizada y producir el resultado típico, da inicio a un estado de antijuricidad que se continua y prolonga en el tiempo, durante un lapso, hasta que el propio sujeto activo o un tercero.

³³ Carranca y Trujillo, Radl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. México 1999. Pág. 696

³⁴ Carranca y Trujillo, Radl. Op. Cit. Pág. 696

El código penal de 1871, define el delito continuo como aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, la acción o la omisión que constituye el delito.

El código penal de 1929, agregó un nuevo elemento que modificaba el sentido anterior: se debe tener en cuenta no solo las acciones materiales, este último elemento intencional o psicológico.

Como elementos del delito continuado, aparecen:

PRIMERO.- una pluralidad de conductas, debe distinguirse del precepto de la pluralidad de actos que integran una sola acción y que no tienen autonomía entre sí, como expresión de la voluntad. Razón por la cual conforman la noción de una sola acción.

Conducta, es la actuación completa de la voluntad del autor, en relación con el delito, razón por la cual el concepto de acto se constituye en una parte o momento de la acción.

SEGUNDO.- Unidad de propósito sirve como conexión entre las diversas acciones, el tratamiento de un delito único.

TERCERO.- Identidad de lesión al bien jurídico, o el delito continuado puede plantearse sin la presencia de la unidad.

CUARTO.- Unidad de sujeto pasivo: se disiente acerca de la pertinencia, de limitar la figura del delito continuado.

El delito continuado se consuma cuando se integran todos sus elementos constitutivos y específicamente su momento consumativo se da a partir del momento que aparecen dadas la pluralidad de conductas típicas que lo integran.

PLURALIDAD DE ACCIONES Y DE RESULTADO.- Concurso real o material, si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sola sentencia; en nuestro derecho procedía la acumulación.

ACUMULACIÓN.- Siempre que alguien es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos, sino se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción no está prescrita. Los tratadistas señalan tres casos de concurso real o material.

ACUMULACIÓN MATERIAL.- se suman las penas correspondientes de cada delito.

ABSORCIÓN.- se impone la pena del delito más grave, pues se dice que este absorbe a los demás.

ACUMULACIÓN JURÍDICA.- se toma como base la pena del delito, pudiéndose aumentar la relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable.

Otra forma de manifestar el delito es:

DESARROLLO DEL DELITO (ITER CRIMINIS).- denominado camino del delito. Aparece analizado el proceso a través del cual se manifiesta el injusto o delito en sentido estricto. Es el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, antes de producirse el resultado típico en el sujeto activo surge la idea o concepción del delito; "el *ITER CRIMINIS* consta de dos fases de los cuales cabe distinguir la concepción, la deliberación, la resolución, la preparación, la ejecución y el agotamiento todas las etapas son punibles".³⁵

FASE INTERNA O PSÍQUICA.- El delito se engendra en la conciencia del sujeto, que se representa en un objeto ilícito, el delito permanece hasta entonces del sujeto. Se constituye por el proceso interior que ocurren en la mente del sujeto activo y abarca a su vez, las etapas siguientes:

IDEACIÓN.- Es el origen de la idea criminal, o sea la concepción intelectual de cometer el delito, que surge por primera vez. El momento de la concepción o ideación del delito nace cuando surge la idea criminosa en la mente del individuo.

DELIBERACIÓN.- Es una idea surgida, que se rechaza o se acepta. El momento de la deliberación, se manifiesta en la coyuntura del encuentro entre la voluntad del individuo y los obstáculos que en el nivel de la psique plantean los restrictores sociales.

RESOLUCIÓN.- El sujeto decide cometer el delito o sea, afirmar su propósito de delinquir. En el momento de la decisión o resolución, se presenta cuando la persona ha tomado su decisión y ha resuelto su voluntad en un cierto sentido que, en caso de ser la realización del delito, originará el inicio de exteriorización de su voluntad.

³⁵Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 187

FASE EXTERNA O FÍSICA.- Es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. Implica la exteriorización de la voluntad; es decir, cuando el acto deja de plantearse como un simple acto del pensamiento. En nuestro derecho puede una persona ser responsable criminalmente por intervenir en la concepción de los delitos. Surge al terminar la resolución y consta de tres etapas:

MANIFESTACIÓN.- La idea criminal emerge del interior del individuo. Esta fase, no tiene trascendencia jurídica ya que solo se manifiesta la voluntad de delinquir, pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.

PREPARACIÓN.- Consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados. Se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito; es decir, actos preparatorios que por si solo pueden no ser antijurídicos y no revelaran la intención delictuosa. Aquí puede darse la preparación putativa, porque los medios no sean realmente aptos para producir la violación que se hubiera resuelto cometer.

La *COMMUNIS OPINIO* (opinión de la comunidad), coincide en sostener que los actos preparatorios son equívocos, no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir, en donde resultaría más dañoso que eficaz sancionarios (*ROSSI*). No hay un principio de violación de la norma penal (*MANZINI*), revelan una peligrosidad (*HIPPEL*).

EJECUCIÓN.-Consiste en la realización de los actos que dan origen al delito. Aquí se pueden presentar dos situaciones:

TENTATIVA.- Se constituye por los actos materiales tendientes a ejecutar el delito, de modo que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos. Surgen algunas clases de tentativa:

TENTATIVA ACABADA.- También se llama delito intentado, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, sin que surja por causas ajenas a su voluntad.

TENTATIVA INACABADA.-Conocida como delito intentado, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado. Se refiere también a la mitad de la ejecución del delito o en los límites del último acto.

DESISTIMIENTO.- El sujeto activo suspende los actos tendientes a cometer el delito o impide su consumación.

DELITO IMPOSIBLE.- El agente realiza actos encaminados a producir el delito, pero este no surge por no existir el bien jurídico tutelado, por no ocurrir el presupuesto básico indispensable o por falta de idoneidad de los medios empleados.

DELITO PUTATIVO.- Llamado delito imaginario, consiste en actos tendientes a cometer lo que el activo cree que es un delito, pero en realidad no lo es.

DELITO FRUSTRADO.- Emplea todos los medios que la experiencia constante ha demostrado que son adecuados para obtener el efecto, dañino, sino que tiene la certeza y previsión física.

DELITO CONSUMADO.- Es la producción del resultado típico, que ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado.

El delito consumado es la acción que reúne todos los elementos genéricos y específicos que integran al tipo legal. Un delito está consumado cuando todos los elementos constitutivos, se encuentran reunidos en el hecho realizado.

1.6.- NOCIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

El delito, es entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva la cual encuentra sus relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social.

Los pueblos antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituye un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo; con el transcurso del tiempo surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva.

El delito se ha ocupado de otras ramas del conocimiento humano como la filosofía y la sociología; la primera estima un deber necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal; la segunda lo identifica como una acción antisocial dañosa.

GAROFALO. "Estructura un concepto de delito natural, como una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas

fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad".³⁶

CARRARA, lo considera como un ente jurídico, distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos "como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".³⁷ De esta definición destaca al delito como una violación a la ley, no pudiéndose concebir otra no dictada por el Estado.

Este tema constituye la columna vertebral del derecho penal. Por otra parte, el adecuado manejo de los elementos permitirá comprender cada delito.

Los elementos del delito son las partes que lo integran (dicho de otra manera, existen en razón de los elementos), a saber: conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva.

Los elementos del delito son aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llega a ser negativo; significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto, al delito.

1.7.- A).- CONDUCTA.

NOCIÓN DE CONDUCTA.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir, algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad.

TERMINOLOGÍA.

En la doctrina causalista la conducta en sentido amplio abarcando los conceptos de acción y de omisión, se refiere como un número objetivo que abarca a la conducta, al resultado y al nexo causal.

El término conducta, dentro de él se puede incluir tanto el hacer positivo como el negativo; *RADBRUCH*, "señala que no es posible subsumir la acción en

³⁶Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 187 y 188

³⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 188

sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión: es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y abstenerse de obrar".³⁸

En sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido y para lo segundo, el hecho en sentido propio es solamente el hecho material que comprende la acción y el resultado.

Según esta terminología el elemento objetivo del delito es la conducta (el tipo legal describe una acción o una omisión), y otras, hecho, la ley requiere (la acción o de la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. El delito es mera actividad o mera inactividad.

PORTE PETTI, distingue la conducta del hecho; este se compone de una conducta un resultado y un nexo causal.

La conducta es un elemento del hecho cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material.

Ahora bien el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. "Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión) la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que la omisión hay violación de un bien jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse".³⁹

DEFINICIÓN DE CONDUCTA

Es el elemento objetivo de delito, unida al resultado material, también que haya quedado acreditada la causalidad entre ellos, para que puedan ser atribuible, al tipo penal. Tal relación, aparece una estricta relación de conexidad.

³⁸ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Edit. Porrúa, México 2001. Pág. 147

³⁹ Castellanos Tena, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 149

"El nexo de causalidad no es un elemento propio del tipo penal, en cambio, de la realidad que se constituye el contenido social del derecho, por lo que supone un elemento previo de acreditación, vía la ciencia causal explicativa aplicables que permiten afirmar que el resultado típico fue causado por la conducta típica".⁴⁰

CONCEPTO DE CONDUCTA.

Es el comportamiento acto o acción, son entendidas como la manifestación de la voluntad finalísticamente determinada. La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetivos, para tal efecto, con base en su experiencia en los procesos causales.

Para el caso del delito de acción dolosa se impone la presencia de una conducta de acción.

LA CONDUCTA.- a sido mencionada en sentido realista y es la orientación que guarda antecedente en el pensamiento aristotélico, opuesto al idealismo platónico, afirman que las cosas existen fuera de la persona son independientes de su conocimiento.

Aristóteles, "observó que las cosas están integradas de materia y forma, es decir, fondo y forma o contenido, siendo la primera un principio potencial determinado y la forma permite que la persona o el individuo pueda tener o formarse una idea acerca del objeto; reconoce que las cosas existen independientemente en la persona".⁴¹

La concepción de la conducta hace referencia en la teoría del delito, del derecho penal, ya que se analiza en el ámbito de la tipicidad.

La conducta en sentido social y naturalístico es relevante para el contenido social, el derecho penal y en el ámbito de la tipicidad.

CONDUCTA.- Es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal responsabilidad imprudencial o preterintencional) activo (acción o hacer positivos) negativo (inactividad o hacer) que produce un resultado. "Solo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis

⁴⁰ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 340

⁴¹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 342 y 343

de constituirse en sujeto activo; por tanto, se descartan todas las creencias respecto así los animales los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos de delito".⁴²

LUGAR DE LA CONDUCTA.

En primer lugar, donde se comete un delito, tanto en su conducta como el resultado que produce; así, conducta y resultado, ocurren en el mismo lugar. El problema radica en determinar la jurisdicción para castigar al responsable tanto en derecho interno como materia internacional.

En segundo lugar, tiempo de la conducta, el delito produce un daño o peligro en el momento de llevarse a cabo la conducta, varía el tiempo de una y otra.

ACCION O CONDUCTA.

La acción denota un modo de conducirse siempre en forma activa, desde un punto de vista naturalístico, implica una actuación de movilidad, ejercitando una potencia para obtener una variación material lograda de maniobras o marchas involucrando translación de fuerzas.

Consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos animales, mecanismos, e incluso mediante personas (cuando el delincuente se vale de un inimputable, surge la figura de la autoría mediata pues propiamente utiliza al sujeto que no tiene capacidad ante el derecho, como si se tratara de un instrumento u objeto.

En latín - actio, de agere, significa hacer, implica ejercicio o actividad; sin embargo, para los efectos jurídicos penales.

El concepto conducta viene a ser un comportamiento en el cual media un movimiento de la Psique. El delito independientemente de su composición técnico- jurídico requiere del sustrato humano para su estructuración resulta la base que viene a ser constituida por la conducta humana.

Acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior, causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo.

⁴² Amuchategui Requena, Irma G. Derecho Penal. Edit. Harla. México 1999. Pág. 49

La idea del acto supone una manifestación de voluntad; se entiende por manifestación de voluntad toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia física o psicológica esta determinada por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo.

En la conducta intervienen dos factores, uno eminentemente material externo llamado "soma" (cuerpo material) y otro de carácter interno denominado "Psique" (ánimico-mental- espiritual). "El Estado al describir las conductas delictivas, está revelando que desaprueba ambos factores, tanto la fase externa como el proceso interno; por eso, en la conducta penal deben presentarse los dos aspectos, la exteriorización y el mecanismo mental del sujeto que precede y motiva dicha exteriorización".⁴³

La conducta voluntaria, y por voluntad debemos captar la facultad anímica por excelencia; ella representa el lado dinámico de la vida Psíquica. La conducta es un comportamiento en el cual existe un movimiento de la psique, la cual comprende la voluntariedad del comportamiento y no del resultado. Es necesario advertir que desde el prisma de la teoría del delito bajo el cual se escriben estas ideas, puede suceder que no haya movimiento de la psique en relación con el comportamiento material.

Cuando nos referimos a la temática de la acción, hablamos del comportamiento (comprendiendo en él, lo mismo la llamada conducta activa, como la omisiva); Por lo cual, se ha hablado de voluntariedad en relación con el comportamiento.

De lo anterior podemos señalar que la conducta es un comportamiento en el cual media un movimiento de la psique, o sea, él yo interno del individuo se mueve, ya porque le impongan ese movimiento o por que se lo impone a sí mismo, atendiendo a decisión propia.

En derecho penal la conducta puede ejecutarse haciendo lo prohibido o dejando de hacer lo exigido. "Por eso se denominan delitos por acción (comisión) cuando se viola una norma prohibitiva y, delitos por omisión cuando se viola una norma preceptiva".⁴⁴

⁴³ González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1997. Pág. 198

⁴⁴ González Quintanilla, José Arturo. Op. Cit. Pág. 200

Los delitos de comisión por omisión, llamándolos de omisión impropia porque cuando no se hace lo que debió hacerse y ello produce un resultado material se está violando una norma preceptiva y después una prohibitiva. Sin embargo, lo realmente violado al cometerse un delito es la prohibición subyacente en el tipo.

ELEMENTOS DE LA ACCION.

Son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado nexos causales:

a.- voluntad.- es el querer por parte del sujeto activo de cometer el delito. Es propiamente la intención.

b.- Actividad.- consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

c.- Resultado.- es la consecuencia de la conducta; El fin deseado por el agente y previsto por la ley penal.

Manifestación de voluntad, refieren algunos autores a la conducta y no al resultado.

SOLER afirma que el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad.

WELZEL subraya que la acción humana es, un acontecimiento finalista y no solamente la causa.

La conducta no puede entenderse sino como conducta culpable. Por tanto, abarca: la conducta y el resultado.

ASPECTO NEGATIVO: AUSENCIA DE CONDUCTA.

Esto quiere decir que la conducta no existe y, por tanto, da lugar a la inexistencia del delito. Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes: *VIS ABSOLUTA*, *VIS MAYOR*, *ACTOS REFLEJOS*, *SUEÑO* y *SONAMBULISMO*, e *HIPNOSIS*.

VIS ABSOLUTA, consiste en una fuerza humana exterior e irresistible y se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

VIS MAYOR, es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

ACTOS REFLEJOS, son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa aun centro y este aun nervio periférico.

SUEÑO y *SONAMBULISMO*, es el estado de inconciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo.

HIPNOSIS, forma de conciencia temporal, también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta.

LA ACCION ETRICTO SENSU Y LA OMISION.

EL ACTO O LA ACCION ETRICTO SENSU, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

CUELLO CALON. "La acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca".⁴⁵

EUGENIO FLORIAN. "La acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible".⁴⁶

LA OMISION, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, la omisión es una forma negativa de la acción.

CUELLO CALON, la omisión consiste en una inactividad voluntaria, cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

SEBASTIÁN SOLER, el delincuente puede violar la ley, por medio de una omisión o abstención.

EUSEBIO GOMEZ. "Son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio".⁴⁷

⁴⁵ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 140

⁴⁶ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 140

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. "En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva".⁴⁸

OMISIÓN.

Consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión:

OMISIÓN SIMPLE, conocida por omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposa, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, violando una norma preceptiva produciendo un resultado típico.

COMISIÓN POR OMISIÓN, conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, esto quiere decir, que hay una doble violación de deberes: de Obrar y de Abstenerse, por ello se infringen las dos normas ya mencionadas; existe un delito de comisión por omisión cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer, voluntario o culposo (delito de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

ELEMENTOS DE OMISIÓN.

En la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, y sus elementos son:

- a).- La Voluntad, y
- b).- La Inactividad.

Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad), aparecen tanto en la omisión simple como la comisión por resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

En la comisión por omisión la manifestación de voluntad se traduce, al igual que la omisión simple no obra teniendo obligación de hacerlo; además se produce

⁴⁷ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 141

un resultado a causa de la inactividad, se debe comprobar el nexo causal. Ejemplo: la madre que con el fin de procurar su aborto, deja de tomar su alimento, suero o medicamento indicado por el médico, para proteger la vida del producto, comete el delito de aborto. Deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas del laboratorio

OMISIÓN IMPROPIA.

"En la actualidad sobre el tema de aceptaciones omisivas (omisión impropia), el legislador a impuesto un agregado al artículo 7 del Código Penal del Distrito Federal en el afán de formalizar con entidad legislada este instituto, también llamado comisión por omisión".⁴⁹

Se propone adicionar un párrafo al actual artículo 7 del Código Penal, para establecer la base del delito de omisión impropia o también llamado de Comisión por Omisión. La doctrina señala que es violatorio del principio de legalidad el aplicar una pena al que no evita la producción de un resultado típico, toda vez que la forma de realización omisiva con excepción de los casos de omisión propia.

En este precepto, al que se adicionó un párrafo segundo, se incluye la comisión por omisión respecto de las personas que tienen el deber jurídico de evitar el delito, estimando que el deber legal debe derivarse de una ley, de un contrato o de la propia actuación precedente. Se pretende sancionar la indiferencia, no solo de autoridades que por apatía no intervengan en impedir la comisión del delito, sino también de los particulares en los casos que se mencionan.

Las omisiones simples peculiarizadas por omitir la mera actividad, debidamente legisladas con sanción, exista o no resultado, denominadas por los doctrinarios "omisiones concluyentes", no pueden ser cometidas a través de comisión por omisión. "Ahora bien cualquiera que sea el comportamiento, ya fuere por actividad o inactividad, si se llegare a lesionar o simplemente poner en peligro un bien jurídico, en realidad transgrede la pretensión del legislador, consistente en evitar esa afectación".⁵⁰

⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 141

⁴⁹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 200

⁵⁰ Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 202

Para la mayoría de los autores la omisión es vista con gran desconfianza desde el punto de vista político-criminal debido a que introduce un serio peligro a la legalidad particularmente, cuando se trata de impropios, delitos de omisión en los que debe reconocerse que en muchos casos no hay tipo escrito

En síntesis la omisión resulta punible cuando el sujeto deja de hacer lo que debe hacer cuando se abstiene de hacer, lo que tiene obligación legal de ejecutar.

CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.

En derecho penal es muy importante, ya que determina los bienes jurídicos a los que el Estado ha brindado su protección. Por ello, las acciones u omisiones, se analizan cuando producen un resultado afectante, el cual puede tener lugar, ya sea mediante un cambio en el mundo físico.

La conducta activa u omisiva, es integradora del tipo, interesa al ámbito penal. Existen muchos tratadistas que señalan la causa, sin embargo, no por esto, deja de tener significancia la necesidad de establecer el nexo o enlace entre la conducta y su trascendencia penal, lo que nos obliga a verificar, si la conducta fue determinante como núcleo generador porque para nuestro estudio deviene en función de su estrecha e íntima liga con el resultado.

La causa y su nexo forma parte por no decir, que constituye un elemento del tipo requerido indispensablemente para llegar a la tipicidad material, surtiéndose bajo tal concepción los presupuestos necesarios para aplicar la pena. "Se ha expuesto por algunos juristas que el nexo, relación o enlace se subsume con la causa o eje motivador que produce la afectación del bien protegido; no obstante prevalece que la relación o enlace es una causa y ha sido empleada en el campo del derecho en múltiples sentidos".⁵¹

Las diversas acepciones que pueden interesar son las siguientes:

- 1.- Causa Eficiente.- La palabra causa esta aquí empleada en el sentido fuente.
- 2.- Causa Motivo.- Es el móvil determinante de la voluntad del individuo.

⁵¹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 222

3.- Causa Fin.- constituye el fin o propósito que se persigue, contrariamente al móvil, es el objetivo buscado.

La palabra causa nos da idea de algo pasado. La palabra fin, en cambio nos indica algo futuro que todavía no a acontecido. "Ante esta incongruencia, causa-fin, se nos ha explicado que el fin determina el actuar y, por extensión del lenguaje, se llama causa al fin, aunque no sea la denominación más satisfactoria".⁵²

Por afectación de bienes jurídicos protegidos da lugar de manera primaria o en forma preventiva, a su captación por el derecho penal con la reserva que en su desarrollo puede haber existido una justificante o alguna inculpabilidad eliminadora de la sanción.

1.8.- B).- TIPICIDAD.

La tipicidad es el segundo elemento del delito, y es necesario precisar primeramente el concepto de tipo:

El vocablo tipo, proviene etimológicamente del latín *TYPUS* y este del griego *TYPOS* que significa modelo o ejemplo.

Se ha estimado, por destacados autores que la noción del tipo se encuentra en el concepto de *CORPUS DELICTI*, y es desarrollado por *ERNEST VON BELING*, usado en leyes y códigos el cual perdura en algunos hasta nuestros días. En el sistema jurídico mexicano el concepto de *CORPUS DELICTE*, a sido esencial y se le invocaba constantemente en las sentencias de Tribunales, constituyendo la base misma del enjuiciamiento penal

Los compuestos arquetipo y prototipo que vienen a denotar en forma primaria o preponderante un modelo específico mediante el cual a través de una descriptiva se remarcan las características y perfiles que debe tener una obra material o intelectual una especie o una situación dada. El tipo penal consiste en describir las conductas que de llevarse acabo, serán acreedoras de penalidad. El tipo tiene ante todo una finalidad definitiva del delito. La función de este concepto estriba en proporcionar soluciones unitarias, orgánicas y exhaustivas a toda la fenomenología del delito. Los tipos solo

⁵² Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 222

incluyen conductas consideradas con alto contenido de afectación a bienes que deben ser salvaguardados más que otros.

TIPO, es la uniformidad de comportamiento y de pensar que se produce regularmente entre una pluralidad de personas que se configuran de acuerdo con los valores predominantes en la sociedad y los comportamientos y opiniones de sus componentes de tal forma que permite una cierta predicción. Son asimilados por los individuos a través del proceso en la cual la sociedad se va preparando culturalmente y que acepta para satisfacer las necesidades personales, en especial la necesidad de respuesta favorable. Este proceso de socialización se va iniciando con una instrucción intencional, impartida en la familia y las instituciones pedagógicas, que continúa a través de la interacción social inmediata y la acción en la cual predominan los medios de comunicación; los modelos culturales de una sociedad tienden a ajustarse funcionalmente los unos a los otros a eliminar a aquellos que no sean compatibles con el conjunto del sistema. El grado de significación de un modelo puede medirse según los siguientes elementos:

- a).- *UNIVERSALIDAD*, mayor o menor grado de conformidad.
- b).- *PRESION SOCIAL*, en la cual la sociedad sanciona su comportamiento.
- c).- *VALORACIÓN SOCIAL*, la importancia que la sociedad le da.

TIPO EN SENTIDO AMPLIO, se considera como todos aquellos elementos constitutivos; así lo manifiestan *ERNESTO VON BELING*, y *FRANZ VON LISZT*.

MEZGER. Alude a la palabra tipo, en el sentido de la teoría general de derecho, como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica".⁵³

EN SENTIDO RESTRINGIDO, es el conjunto de características de todo delito para que se diferencie del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito.

⁵³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 297

IDEA GENERAL DE TIPO Y DE TIPICIDAD. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.

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".⁵⁴

MARIANO JIMÉNEZ HUERTA. "Define el tipo como el injusto recogido y descrito en la Ley Penal".⁵⁵

El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro".

MEZGER, "el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley y sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal".⁵⁶

JIMÉNEZ DE ASUA, lo define como la abstracción concreta que a trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito.

TIPO LEGAL, es la descripción concreta hecha por la Ley por una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal.

EL TIPO, se desglosa en elementos objetivos, elementos subjetivos, elementos normativos:

ELEMENTOS OBJETIVOS, se entienden como el conjunto de condiciones externas y de condiciones jurídicas de naturaleza objetiva que debe de realizar una o varias personas. Dentro de estos elementos hay un carácter esencial y accidental.

EN EL CARÁCTER ESENCIAL SON:

I.- El sujeto activo y los criterios prevalecen para la imputación objetiva.

⁵⁴ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 153

⁵⁵ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 153.

⁵⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 304

2.- Son la descripción de la acción básicamente por el verbo y que viene hacer el núcleo del tipo.

3.- El objeto de la acción en cuanto afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido incluyendo el resultado jurídico o material en aquellas figuras.

4.- Nexo causal, imputación objetiva del resultado jurídico y material en los delitos.

5.- El o los sujetos pasivos.

LOS DE CARÁCTER ACCIDENTAL, se comprenden las agravaciones o las atenuaciones objetivas.

Cabe señalar, que son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.- son los que se refieren al ánimo de conducirse del activo, y por ellos se debe entender como el conjunto de condiciones relativas a la finalidad y al ánimo y tendencia del sujeto activo que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor. Estos elementos son componentes de la figura descrita por el legislador y no tienen la atribuibilidad que los hechos se haga al activo, es decir se encuentra al margen de la imputación o culpabilidad del autor; en pocas palabras, se refiere al motivo y al fin de la conducta descrita.

ELEMENTOS NORMATIVOS.- "Son aquellos cuyo contenido se llega mediante una referencia jurídica o cultural, y como aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de una complementación para hacer valoradas de naturaleza jurídica o social; estos elementos rebasan en juicios de valoración: a).- cognoscitivo, b).- jurídico, y c).- cultural".⁵⁷

Asimismo, como aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

⁵⁷ González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1997. Pág. 281

EVOLUCION HISTORICA DE LA TIPICIDAD.

La historia de la tipicidad es consecuencia de la historia del tipo. El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos, esto es incluyendo el dolo y la culpa.

En 1906 la doctrina de *BELING*, considera el tipo como una mera descripción. En el tratado de derecho penal *MAY ERNESTO MEYER*, asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva sino indiciaria de la antijuricidad, no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuricidad.

FUNCION DE LA TIPICIDAD.- El tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal. Para *LUIS JIMÉNEZ DE ASUA*, "la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad, por concretarla en el ámbito penal".⁵⁸

Así podemos definir la tipicidad como la realización del actuar humano en los términos fijados por el legislador con el agregado de que, realice la conducta en dichos términos, es precisamente la materia de prohibiciones; tan es cierta esa aseveración que a quien incurra en ellos se le impondrá una pena.

El tipo es la descripción y la tipicidad en cuanto a su carácter de delito se emplea aquí como la exigencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley en cada especie.

Tipo y tipicidad tienen la diferencia de continente y contenido, el primero es creado abstractamente en la Ley y la tipicidad es la estimación que se hace al haber la conducta en el tipo. La acción es realizada en el mundo natural fenomenológico al ser captada por alguno de los tipos.

La tipicidad conlleva a que la conducta humana de ser típica exigiéndose su adecuación al tipo penal, esto es, que pueda ser subsumida en una de las

⁵⁸ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2001. Pág.170

descripciones de conductas prohibidas que el legislador hace en el código penal y en leyes penales especiales.

Entre la tipicidad y antijuricidad existía una simple relación de enlace coordinado, pero la existencia de la primera en ninguna forma presumía la existencia de la segunda. Se estableció el delito tipo o sea, el concepto jurídico de delito en abstracto, se actualiza en la diversa figura espacial que viene a constituir el tipo específico. Lo abstracto lo encontramos en la parte general, y las figuras típicas en la parte especial de los códigos penales, sirviendo aquella para poder verificar los elementos del delito a fin de llegar a la determinación de la tipicidad material, que implica la responsabilidad mediante la que se acarrearán los presupuestos de la pena.

También se analiza la tipicidad en dos aspectos:

1.- **TIPICIDAD FORMAL.**- Debe entenderse como la adecuación letrística de la conducta a la descripción legal.

2.- **TIPICIDAD MATERIAL.**- Estaremos significando que la conducta, además de encajar letrísticamente en la parte descriptiva del tipo, implica la presencia de los presupuestos de la pena. La tipicidad material es consubstancial a la existencia del delito.

El maestro **MARIANO JIMÉNEZ HUERTA**, "menciona que tipicidad son las figuras típicas que geometrizan lo antijurídico, corrigen la intuición frenan la emoción y dotan al derecho penal de una mística noble de una fuerza segura y grandiosa que suprimen los arrebatos de la ira, los despotismos, las arbitrariedades y demás excesos emotivos inherentes a la débil condición humana. Sus contornos intra jurídicos, captan los fenómenos ilícitos más trascendentales y más adheridos a la vivida realidad social".⁵⁹

Afirma lo siguiente:

Las figuras típicas no solo geometrizan lo antijurídico, sino que también sirven de fundamento a la culpabilidad jurídico penal. pues que esta se basa en el aislado acto típico; a través del acto típico, se penetra a la intimidad del autor y se valora dicha intimidad conforme a la individualización de normas que emanan de las normas de derecho.

⁵⁹ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México 2001. Pág. 210

LA TIPICIDAD, es la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, la *DRA. ISLAS* señala que para cada elemento del tipo tiene que existir una porción de contenido del delito.

Para dejar clara la situación se señalan los presupuestos del delito que son: Aspecto positivo, que es el que nos interesa, los efectos de su aclaración, los siguientes:

1.- **DEBER JURÍDICO PENAL.** Es la prohibición o mandato categórico contenido en un tipo legal, como señala la *DRA. ISLAS*. En cuanto a **PROHIBICION**, constituye un deber jurídico de abstenerse; en tanto **MANDATO**, constituye un deber jurídico de actuar. "Es un elemento valorativo del tipo legal, ya que la prohibición o el mandato, es una forma cultural valorativa del propio legislador en relación con las conductas prohibidas u ordenadas".⁶⁰

2.- **BIEN JURÍDICO PENAL.** Es el concreto interés individual o colectivo, de rango social protegido en el particular tipo legal. El bien jurídico es el elemento esencial del tipo:

a).- El bien sirve para la creación del tipo penal, no hay razón alguna para crear un tipo legal sino es para proteger un bien, que es estimado por la comunidad social como indispensable para la convivencia.

b).- Sirve para interpretar el tipo penal, pues al detectar el bien o los bienes jurídicamente protegidos, más fácilmente se penetrará en la **RATIO LEGIS** del legislador.

c).- Sirve para establecer el intervalo de punibilidad, que vendrá determinado por la menor o mayor jerarquización valorativa de la comunidad.

3.- **SUJETO ACTIVO.** Es aquella persona física que se encuentra normativamente capacitada para concretar los elementos constituyentes del particular tipo legal.

Los elementos constituyentes, son los siguientes:

LA VOLUNTARIEDAD. Es una capacidad de conocer, de querer y de actuar con la finalidad de concretar los elementos objetivos no valorativos del particular tipo penal, en la comisión dolosa, o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o

⁶⁰ Márquez Piñero, Rafael. Op. Cit. Pág. 213

inactividad que por falta del deber del cuidado, produce la afectación del bien jurídico en la comisión culposa.

LA IMPUTABILIDAD. Se entiende como una capacidad de conocimiento y como una capacidad de motivación, en otras palabras, una capacidad de comprender los alcances de la conducta concretadora de los elementos objetivos valorativos del particular tipo penal, es decir el conocimiento de la específica ilicitud de la conducta.

La voluntariedad y la imputabilidad son constitutivas de la capacidad síquica del delito o capacidad de delinquir dicha capacidad reside en la conciencia entendida en estricto sentido neurofisiológico, constitutiva de un Estado de lucidez o de claridad mental que capacita al individuo para darse cuenta de sí mismo y su entorno.

CALIDAD DE GARANTE. Es una relación directa, estrecha y especial que existe entre el sujeto activo del delito y el bien o los bienes jurídicamente protegidos en el mismo. La calidad de garante deriva de la previa posición de garantía, en que se encuentra implicado el posible sujeto activo del delito por el deber frente al resto de los integrantes de la comunidad social, no es solamente un mero deber de acción y de manera muy relevante, un deber de evitación del resultado tipificado.

Su origen puede encontrarse en las siguientes categorías fácticas y circunstanciales de la vida comunitaria, pueden nacer:

- a).- Normas jurídicas extra penales, donde se incluyen las de derecho constitucionario y las resoluciones de los Tribunales.
- b).- Una aceptación efectiva.
- c).- Una conducta anterior peligrosa.
- d).- Especiales comunidades de vida o de peligro.

CALIDAD ESPECIFICA, constituida por el conjunto de cualidades caracterizadoras del sujeto activo del delito, señala en el tipo, y que acatan las personas a quienes va dirigido el concreto deber jurídico penal (servidores públicos).

PLURALIDAD ESPECIFICA. Exige la presencia de una autoría materia necesaria múltiple, así: La asociación delictuosa, el crimen organizado, la coalición de servidores públicos, la rebelión, la sedición, el motín. etc.

SUJETO PASIVO. "Es el titular del bien jurídico protegido en el tipo, se encuentra en directa relación con la propia semántica del bien o de los bienes jurídicamente tutelados",⁶¹

Todo delito constituye una alteración de la convivencia social, pero es precisamente el sujeto pasivo donde queda específicamente concreta la ofensa inferida a la comunidad.

CALIDAD ESPECIFICA. Entendida como el conjunto de calidades específicas, concretizadoras del sujeto pasivo, en conexión directa con la naturaleza del bien o de los bienes jurídicamente tutelados.

PLURALIDAD ESPECIFICA. Surge cuando el legislador, en el tipo penal, requiere una cierta plurisubjetividad pasiva, como en el caso, del aborto, (artículo 330), segundo supuesto, constitutivo del aborto impuesto a la mujer embarazada sin consentimiento y mediante la violencia física y moral.

Por último **EL OBJETO MATERIAL.** Es el ente corpóreo sobre la que recae la conducta tipificada.

La tipicidad es el fruto de un largo proceso cuya primera conquista estuvo representada por la aceptación del principio de legalidad de los delitos y de las penas, se debe de considerar como su creador a **ERNEST VON BELING**, quien "propuso el apotegma de que no hay delito sin tipicidad y formulo toda una teoría de los tipos penales".⁶²

CONCEPTO DE TIPICIDAD. "La tipicidad es el estudio de los tipos penales, el tipo, a de entenderse como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible".⁶³

La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco general y amplio de la conducta, y así se adecue el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter objetivo del tipo, algunas veces aparecen normativas y subjetivas; finalmente se menciona que la conducta es punible porque de esa naturaleza es complementaria del tipo.

⁶¹ Márquez Piñero Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México 2001. Pág. 214

⁶² Reyes E., Alonso. Derecho Penal, edit. Themis, México 1996, Pág. 96

⁶³ Reyes E., Alonso. Op. Cit. Pág. 96

Esto quiere decir, que la tipicidad se refiere a la regulación de hechos de la realidad social, en cuanto valoración jurídica, tales hechos suponen una inicial valoración acerca de la antinormatividad de la conducta, y en la medida que implica la violación al deber de la norma penal, en un ámbito conceptual que se puede fundamentar en la teoría del delito el contenido de realidad social del derecho, en cuanto al orden de regulación de la conducta humana y de relación social, con el contenido normativo del propio derecho.

La tipicidad recoge el contenido eminentemente dialéctico y de comunicación que implica el orden jurídico, en cuanto orden de relación social.

“El derecho, en su contenido de regulación ético social de la conducta del hombre, dentro de su ámbito situacional, a través de la tipicidad, reconoce a todo el orden jurídico como un sistema de vinculación y de relación social para la convivencia, y supone la interrelación social de los individuos en un complejo de derechos y deberes”.⁶⁴ En este orden se dan las conductas que la Ley recoge y describe como típicas penales dentro del ámbito situacional de la Ley penal, también recoge tales circunstancias y reglas de aplicación y en lo individual, la comunicación social deseada entre los individuos miembros de la sociedad, considerada desde la perspectiva del contexto social. Es decir, el derecho sobre la base de su expresión de la voluntad social, precisa el marco de la relación social necesario para la convivencia.

“El derecho penal, más que como motivaciones personales conforman el contenido ético individual de la conducta, las que en todo caso influyen solo para determinar el grado de culpa, que habrá de afectar para los efectos de la individualización de la pena, lo que le interesa es la conducta misma, considerada desde la perspectiva ético social”,⁶⁵ así mismo le interesa la motivación del agente en la realización de sus conductas, en relación con el grado de culpabilidad del sujeto, que será relevante para la individualización de la pena, aquí lo relevante para el derecho es la regulación social de la conducta humana que solo debe derivar de la perspectiva ético - social.

⁶⁴ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 325

⁶⁵ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 325

ELEMENTOS DE LA TIPICIDAD.

Los elementos de la tipicidad son los siguientes, objetivos, normativos y subjetivos del tipo; en el ámbito de la tipicidad y también en el de la antijuricidad:

1.- **ELEMENTOS DESCRIPTIVOS OBJETIVOS**, son aquellos que pueden ser comprendidos y entendidos a través de la percepción de los sentidos. En la medida en que los elementos objetivos y materialmente visible son de más fácil comprensión por los sentidos.

Los elementos descriptivos objetivos han tenido evolución en la doctrina penal, bajo la influencia del cientifismo y positivismo naturalista; primero se desarrollo de la orientación positivista del derecho penal; después, se desarrollo de la doctrina dogmática penal en su expresión casualista.

Los elementos descriptivos objetivos son:

La conducta; objetivo material; el resultado; circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; bien jurídico, que tiene un contenido a la vez, objetivo y normativo.

2.- **ELEMENTOS NORMATIVOS**, "el elemento normativo implica una cierta valoración normativa, sea cultural o jurídica, que constituye la característica de los elementos normativos. Inicialmente se consideró que sólo conceptos tales como el de "funcionario público", la "ageneidad", la "castidad", implicaban elementos normativos".⁶⁶

Después reconocieron otros objetivos tales como hombre, mujer, mueble, bien, cosa, etc. A diferencia de los elementos objetivos, los elementos normativos solo pueden ser comprendidos a través de un cierto proceso de valoración socio-cultural, o bien de carácter estrictamente jurídico, y de reconocimiento dependiendo de la existencia del tipo delictivo de que se trate.

3.- **ELEMENTOS SUBJETIVOS**, "dentro del estudio de la tipicidad es relevante determinar su relación con el elemento subjetivo representado básicamente por el dolo o la culpa que sin embargo, observa un contenido subjetivo con componentes normativos, siendo necesario precisar que el dolo se refiere precisamente a los elementos

⁶⁶ Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 327

objetivos, o bien, como se cree necesariamente a de referirse, también a los elementos normativos".⁶⁷

Los elementos objetivos, normativos y subjetivos de la tipicidad se presentan de igual manera en el campo de la tipicidad, en relación con las reglas permisivas, que determinan las causas de justificación, legitimación o de juricidad.

En la tipicidad, el ámbito fundamental deriva de su función de precisar y de determinar si los elementos descriptivos, objetivos, normativos y subjetivos, que implica el comportamiento de acción y omisión, dentro del ámbito en que se produce, ocasionando la inicialización o puesta en peligro aun bien jurídico, previsto en un tipo penal, en este ámbito del delito (el ámbito de la tipicidad, como atribuibles a un determinado tipo en la Ley penal.

El problema fundamental de la tipicidad, no es el de la causalidad sino el de la posibilidad de atribuir una conducta, considerada en su ámbito situacional a lo previsto en un tipo de la Ley penal. Este análisis surge solo a partir de que la conducta implique la lesión a un bien jurídico protegido por la Ley penal, en el ámbito de la tipicidad; en el entendido como antinormatividad de la conducta; el concepto de la lesión va dejando a salvo la valoración definitiva sobre la lesión al bien jurídico, el cual será determinado solo en la antijuricidad cuando en su carácter definitivo sobre la contradicción con el derecho de la conducta típica determine la existencia del delito en sentido estricto, o injusto penal.

La conducta en su ámbito situacional, como también el resultado, tiene un contenido propio de carácter natural, en el ámbito normativo, el tipo penal recoge la previsión de la conducta y en su caso el resultado (en los delitos de resultado material), como el contenido preceptivo de la norma penal, los cuales aparecen vinculados entre si por una relación de conexidad lógica, queda por la existencia del nexo de causalidad entre uno y otro; "es evidente que el concepto de relación causal no pueda ser normativa ya que corresponde a un nivel de lenguaje distinto".⁶⁸

En resumen cuando no existe nexo de causalidad, es evidente que no pueda darse la tipicidad de la conducta, porque no se da una conducta respecto de la cual se

⁶⁷ Malo Camacho Gustavo. Op. Cit. Pág. 327 y 328

⁶⁸ Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, México 2000, Pág. 329

pueda afirmar su atribuibilidad a un tipo penal que sobre la base de una relación de conexidad lógica normativa la presencia de resultado que a sido causada por aquella.

En el ámbito de la tipicidad, en el caso de los delitos de resultado material es necesario revisar tanto el contenido de la conducta, como también el del resultado, en la inteligencia de que en tal caso, es necesario previo al examen, no jurídico ni ffsico, que permita plantearse la tipicidad del hecho, en un delito de resultado material, se da por sentado que el resultado causado corresponde a la conducta del agente y solo se esta en posibilidad de proceder la atribuibilidad de ese comportamiento.

Asimismo, la tipicidad, dentro del ámbito de revisión inicial que le es propio, es necesario revisar la lesión al bien jurídico ya que solo así es posible afirmar la antinormatividad de la conducta y en su caso de resultado, para afirmar en definitiva la posible existencia del delito.

CONTENIDO DE LA TIPICIDAD.

1.- LOS PRESUPUESTOS DE LA CONDUCTA TIPICA SE

DIVIDEN EN:

Bien jurídico.

Tipo de la Ley penal

Sujeto activo y pasivo

Objeto material.

a).- Bien jurídico, es determinada la relación social, dialéctica y dinámica.

b).- El tipo de la Ley penal, es el contenido que previene la conducta prohibida u ordenada por la ley, con el fin de proteger los bienes jurídicos penalmente tutelados, para la seguridad jurídica, como base de la convivencia.

c).- Sujetos, sujeto activo es la persona ffsica que realiza la conducta típica; sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico protegido.

d).- Objeto material, es el ente ffsico material y corpóreo sobre el cual recae la acción de la conducta típica y, por lo mismo resulta más acertado atender su estudio como elemento típico, que como presupuesto.

2.-LOS ELEMENTOS DE LA CONDUCTA TÍPICA EN ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD:

A).- Elementos objetivos son los siguientes:

Sujeto activo

Sujeto pasivo

Objeto material

Conducta de acción dolosa

Resultado material.

Circunstancias y medio de la acción típica:

Medios

Circunstancias de tiempo, lugar, ocasión y modo.

B).- Elementos normativos. Exige ser objeto de análisis en la tipicidad y debe ajustarse la conducta para ser típica, es previsto en el tipo de la norma penal y consiste en el deber jurídico. El contenido del elemento normativo del tipo, en la tipicidad es la expresión misma de la valoración normativa penal, en relación con la tipicidad misma.

C).- Elementos normativos específicos. Exigen de una cierta valoración cultural o jurídica y que por lo mismo son identificados como elementos normativos del tipo.

1.9.- ANTIJURICIDAD.

ORIGEN NORMATIVO Y ANTINORMATIVIDAD PENAL.

Hemos venido haciendo referencia a la tipicidad como el primer momento objeto de estudio, a reserva de precisar su contenido antijuricidad es contradecir el orden jurídico.

Dentro de la tipicidad observamos que era la antinormatividad; El ámbito de la prohibición o de mandato que implica el deber ser de la norma penal. El orden jurídico se ha venido reconociendo como un orden de regulación de la conducta humana, sino más bien una regulación en función de la protección de los bienes de los miembros de la comunidad social, en relación con el fin del derecho que es la seguridad jurídica.

"En la teoría del delito, la tipicidad en donde se encuentra este objetivo primario del derecho señala los tipos legales, y a través de los tipos penales el estado expresa que conductas están fuera de la libertad de acción de los individuos miembros de la comunidad, lo que significa un ámbito específico del sentido político".⁶⁹

"La antijuricidad a diferencia de la tipicidad, tiene un ámbito de valoraciones, y es diverso del sentido de la valoración inicial de la norma, que nace con esta y frente a su violación genera la antinormatividad propia de la tipicidad, cuando no opera alguna causa de atipicidad".⁷⁰

En la antijuricidad se observa que el propio orden jurídico se ve en la necesidad de reconocer otros valores como lo es el hecho que tiene la persona a su autodefensa; Que nadie esta obligado y que dentro de ciertas circunstancias cuando el Estado en su carácter de mandatario de la sociedad para salvaguardar los intereses, ya que no es posible atender la necesidad de reconocer que la persona, tiene el derecho de defenderse y de no permitir que sus bienes sean afectados.

El orden jurídico, no solo es un orden normativo en sentido estricto, es decir, integrado por normas que imponen deberes sino que el derecho es conformado por tal tipo de normas, reglas permisivas que implican el directo reconocimiento de derechos. A diferencia de la tipicidad cuyo campo es específicamente de Derecho penal y de aquí se explica su sentido específico de normación de la conducta social.

El sentido de la anormatividad penal, para la antijuricidad, por el contrario, "su ámbito está conformado por varias ramas del derecho, tanto civil, penal, laboral, administrativo, agrario, constitucional, procesal, para reconocer en todo su conjunto los deberes y límites penales".⁷¹

EVOLUCION HISTORICA GENERAL DE LA ANTIJURICIDAD.

La antijuricidad aparece reconocida, implícitamente desde los primeros autores que formaron la doctrina a partir de la nuevas legislaciones penales.

⁶⁹ Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 403

⁷⁰ Malo Camacho Gustavo. Op. Cit. Pág. 403

⁷¹ Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 405

El concepto inicial de la antijuricidad, dentro de un esquema por LIZT, "a principios del siglo XX, quien con la influencia del positivismo se refiere a la conducta, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, dando origen a la orientación sistemática y que después se conocería como el causalismo naturalista".⁷²

Poco después la teoría del tipo presentada por BELING, con un análisis nuevo se conformo con la conducta, tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad.

"Con el contenido diferente en cada uno de estos momentos, se desarrollaron las posiciones sistemáticas, en general, recogidas en el causalismo valorativo, para desembocar en el finalismo, en la orientación de la acción social y en el funcionalismo político penal, para señalar grandes rubros"⁷³.

En todas se reconoce la presencia de la antijuricidad con un contenido diferente que responde a las características.

En el campo de la antijuricidad, la autorización, la permisón o el permiso, para actuar solo en esas circunstancias aparece no como una recomendación social acerca del actuar social, sino solo como el reconocimiento de un derecho que la persona tiene para actuar.

"La antijuricidad se subsume dentro del juicio general de la tipicidad, es decir, si la conducta se afirma como típica y antinormativa es porque es la contraria al derecho y por tanto esta considerado ya a la antijuricidad, a la que se subsume concibiendo a las causas de justificación como causas de atipicidad".⁷⁴

NOCIÓN La antijuricidad es lo contrario al derecho. El ámbito penal radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

CARNELUTTI señala que lo antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuricidad es lo sustantivo, además para el autor antes mencionado jurídico es lo que esta conforme a derecho.

DEFINICIÓN. La antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva: comúnmente es lo contrario a derecho.

⁷² Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 405

⁷³ Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 405

⁷⁴ Mal Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 406



DEFINICIÓN DEL CODIGO PENAL DE 1871, "El delito implicaba la violación de la ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ordena".⁷⁵

CARRARA define el delito como la infracción a la ley del estado que promulga para la seguridad de todos y cada uno de los ciudadanos, que resultan de un acto moralmente imputable y políticamente dañoso. En 1872, se escribió la celebre teoría de las normas, y en ella se advierte que de acuerdo con la estructura de las normas relativas a los delitos, la conducta humana no contradice tales dispositivos, sino que realiza el presupuesto contenido en el mandamiento y obtiene una conclusión, que se resume en los términos siguientes: el delito no viola la descripción sino que la realiza, lo que viola es la norma subyacente en el dispositivo.

DEFINICIÓN DE LA ANTIJURICIDAD, Según CARLOS BINDING, "es la infracción de la Ley del estado. Además descubrió que el delito no es lo contrario a la Ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal".⁷⁶

FERNANDO CASTELLANOS TENA, menciona que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido que se contrae en el tipo penal respectivo. "Para llegar a una conducta antijurídica, se requiere necesariamente de un juicio de valor, es decir, nivela la estimación entre esa conducta (en su fase material) y la escala de valores del estado".⁷⁷

MAX ERNESTO MAYER, señala que la antijuricidad es la contradicción a las normas culturales establecidas por el estado. Para MAYER, la norma cultural abarca todos los comportamientos y patrones de existencia de la sociedad, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Una medida objetiva fija lo que tiene que saber lo que es una conducta antijurídica y concluye que lo antijurídico de la conducta es la contradicción a una norma cultural: Usos, costumbres y vivencias medias, entre las que pueden aparecer también valoraciones de orden ético - religioso,

⁷⁵ González Quinanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México 1997. Pág. 300

⁷⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 1997. Pág.179

⁷⁷ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México 2001..Pág. 195

La norma de cultural no presupone un concepto meta-jurídico aunque sí suprallegal. En términos similares con relación al actuar antijurídico, se afirma que obra antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del derecho las que se convierte así en normas de valoración.

"En el ámbito penal la antijuricidad viene a ser precisamente ese mandato descrito por el estado bajo la obligación para el particular de abstenerse en su realización".⁷⁸

Por tanto, mediante una conducta antijurídica se contradice el deber de abstención de ejecución (acción u omisión) de la parte descriptiva del tipo, mismo que se encuentra subyacente en la parte sancionadora.

Todo lo objetivo corresponde a la antijuricidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Para valorar su conducta en la fase puramente externa, puede afirmarse que no es un elemento, sino un medio para descubrir la ilicitud, si el objeto de la valoración es el animo. Iubrico en sí, puede afirmarse que se trata de un problema de culpabilidad y se estará dentro del pensamiento en el cual se puede prescindir de tal planteamiento, ya que el pretendido problema se resuelve con la temática del tipo.

La antijuricidad penal se encuentra en él porque el legislador pretende la protección del bien jurídico referido en la hipótesis penal. Dentro de este marco de acción se encuentra el terreno de la licitud, con un tráfico jurídico acorde en consenso y aceptación para llevar a cabo las conductas que son admitidas dentro del núcleo social y permitidas en lo absoluto, sin recriminación alguna por el órgano detentador de la voluntad colectiva: el Estado al no darse cuenta de la actuación dentro de los límites para penetrar en la ilicitud, considerándose esta área como antijuricidad. Esto último es un concepto totalizador que abarca todo el derecho o cualquier acto o hecho. La antijuricidad es una relación de contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico como unidad.

La forma más intensa de ilicitud trae como consecuencia una sanción que se llama pena y dada la naturaleza de los intereses violados, no se pueden asumir características satisfactorias o reparatorias, sino que debe ser retributiva y aflictiva. "Esta ilicitud penal, puede denominarse como antijuricidad tipificada o con más propiedad, aludiendo a la conducta antijurídica, en una acción típica que no está justificada, ya que se

⁷⁸ González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1997. Pág. 302

trata de la realización de un tipo de comisión o de omisión, o de un tipo doloso o culposo, la antijuricidad consiste en la falta de autorización de la acción típica".⁷⁹

En síntesis: la antijuricidad en el ámbito penalizador, debe ser en gran parte considerada la esencia del derecho penal definiéndola como la valoración de rechazo para prohibir comportamientos mediante la específica manifestación legislada del estado ordenando sancionar a quienes pueden afectar los diversos interés materiales o inmateriales, estimados prioritariamente para la vida individual o comunitaria, para crear los tipos penales, conceptuados como forma de conducta recriminables, los cuales se encuentran en el código punitivo han sido forjados para proteger bienes jurídicos fundamentales para la comunidad humana.

Los comportamientos descritos están sancionados para todos aquellos que incidan para su comportamiento. Estos tipos consisten en la descripción de comportamientos acreedores de pena, se encuentra instituido e integrados a la ley en forma objetiva, al margen de su realización futura por el posible sujeto activo.

LA ANTIJURICIDAD EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL.

Se afirma que un acto es formalmente antijurídico cuando su condición de típico une la de no estar especialmente justificado por la concurrencia de alguna de las circunstancias de tal naturaleza que la ley contempla. Por tanto, "la antijuricidad formal no es más que la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico-positivo, juicio que se consta en el modo expuesto".⁸⁰

La antijuricidad formal es una consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones criminales; donde dicho principio de legalidad dominante, no este vigente el criterio de legalidad, prevalecerá la antijuricidad material. En el derecho mexicano el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), esta consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; o sea, el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el estado.

⁷⁹ González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1997. Pág. 306

⁸⁰ González Quintanilla, José Arturo. Op. Cit. Pág. 407

El contenido **FORMAL DE LA ANTIJURICIDAD** se reafirmó precisamente en los límites formales de la contradicción de la conducta típica con el orden jurídico, en cuanto violación de la Ley a la vez, al lesionar el bien jurídico, causaba un daño material físicamente perceptible, al menos en los delitos de resultado material.

EN SENTIDO MATERIAL se dice que una acción es antijurídica, cuando habiendo transgredido una norma positiva lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho debe proteger, o sea que es la contradicción a los intereses colectivos.

El concepto de la antijuricidad en sentido material, vale recordar, que al hacer mención de la evolución histórica del derecho, durante la segunda mitad del siglo pasado y como consecuencia de la filosofía del positivismo, se manifestó el interés por las ciencias naturalísticas, que también llevó al derecho a estudiar al delito desde tal perspectiva, generando a la vez el interés por el estudio del delincuente desde la perspectiva antropológica, sociológica y criminológica, es decir, "el interés se orientó más que por el estudio de la ley, por el del delincuente y después por el del hombre que este representa".⁸¹

VILLALOBOS. Señala que "la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuricidad material".⁸² Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.

CRITERIOS DE LA ANTIJURICIDAD.

En la antijuricidad surgen dos corrientes:

La objetiva, que considera por exigencias sistemáticas vinculado lo injusto, lo antijurídico, o la contradicción del acto con la norma, sin necesidad de verificar si el agente obró de manera culpable.

⁸¹ Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 407

⁸² Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit Porrúa. México 2001. Pág. 166

La subjetiva, que para decir lo antijurídico pretende previamente analizar si en la conducta del sujeto activo hubo dolo o culpa, así como capacidad para obrar culposamente.

JIMÉNEZ DE ASUA, rechaza la teoría subjetiva que involucra lo injusto (lo antijurídico) y lo culpable. Nos menciona que no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas. El maestro señala que el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva. Expone de igual manera el mecanismo de avance: "lo primero es el concepto natural con independencia del valor (acto), después hace la comparación cognoscitiva, con lo descrito, sin valor (tipicidad); después la valorización objetiva con la norma (antijuricidad) y por último, el juicio de reproche (culpabilidad)".⁸³

Se afirma que la antijuricidad objetiva puede sintetizar la opinión al decir: una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho, este se concibe como una ordenación objetiva de la vida, y lo injusto (lo antijurídico), como una lesión de dicho ordenamiento. El derecho existe para garantizar una convivencia externa ordenada, de los que están sometidos a él. El objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que lo contradice, esta determinación tiene lugar en virtud de las normas de derecho, que por ello aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del derecho. A esta concepción del derecho corresponde la antijuricidad, como una contradicción objetiva de las normas jurídicas de valoración.

La antijuricidad en sentido objetivo debe entenderse, como el apegado a las constancias procesales que permitan afirmar, fuera de toda la validez de las consideraciones. De toda duda de fundamentación y motivación, acerca de la tipicidad y de la antijuricidad misma.

En síntesis, se refiere a la afirmación de ser la antijuricidad un juicio de carácter subjetivo; la antijuricidad implica un juicio que por cuanto se refiere a las características de su valoración, desde la perspectiva de quien valora supone un juicio que debe ser objetivo y no subjetivo, es decir, debe tomar en cuenta solo las constancias probatorias que lleven al juicio y no que se guíe por la subjetividad de quien valora,

⁸³ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México 2001. Pág. 197

naturalmente una cierta subjetividad es propia de la libre discrecionalidad del órgano de jurisdicción pero tal discrecionalidad debe estar apoyada en ciertos elementos que le permitan un juicio objetivo y no subjetivo.

"La antijuricidad implica una valoración que ya desde la tipicidad contiene ciertos aspectos de carácter subjetivo; los denominados elementos subjetivos del tipo, (el querer de la conducta típica), como también de carácter normativo; en el campo de la antijuricidad, el análisis de las justificaciones o causas de justificación, que naturalmente exigen el estudio sobre los elementos subjetivos de esas causas de justificación".⁸⁴

También las normas jurídicas pretenden ser ordenadoras de la convivencia. Este doble carácter (juicio de valor y regla de determinación), hablar sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la antijuricidad y, si con los elementos subjetivos se invade a la culpabilidad por ser un área del comportamiento subjetivo. Pues ante la existencia en el tipo de tales elementos, simplemente debemos deducir que el legislador los incluyó como tales y en el juicio de valoración respectivo incorporo actitudes al marco de la culpabilidad. De esta forma la antijuricidad constituye juicio de reproche sobre una conducta en la medida en que ella vulnera sin derecho algún interés social y jurídicamente tutelado. La culpabilidad en cambio, apunta hacia la persona en cuanto muestra voluntad de actuar en sentido diverso al obligado.

Con esta distinción no se pretende realizar una ilógica, entre la conducta y el sujeto, sino puntualizar el carácter preponderantemente objetivo de la antijuricidad y el subjetivo personal de la culpabilidad.

1.10.- CULPABILIDAD.

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad ha sido considerada, en las épocas más antiguas, "como la punición del hecho dañoso, atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado".⁸⁵ La responsabilidad tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado por la legitimación de su punibilidad. Posteriormente

⁸⁴ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 411

⁸⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 400

toma en cuenta reprimir y castigar el hecho, para fincar la responsabilidad del daño con su autor, el cual hizo consistir en la previsión del evento y la voluntariedad de causación.

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

El derecho romano, vino a consagrar la concurrencia del dolo para los delitos públicos, mientras que para la punición de los delitos privados consideró la culpa, poniéndose en casos de delitos privados graves.

NOCIÓN.- La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

NOCIÓN DE LA CULPABILIDAD.- es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

CONCEPTO.- Culpabilidad es el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica. La culpabilidad corresponde a la concepción normativa de la misma. "Culpabilidad es ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libre las esferas intelectivas, afectivas y volitivas de su personalidad, lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad; la conducta, habla de un aspecto subjetivo del delito".⁸⁶

JIMÉNEZ DE ASUA. Da un concepto amplio de culpabilidad, al decir que puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁸⁷

VELA TREVIÑO, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta.

PORTE PETIT. Define la culpabilidad como nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o

⁸⁶ Reyes E., Alonso. Derecho Penal. Edit. Themis. México 1996. Pág. 203

eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. "Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".⁸⁸

VILLALOBOS. "La culpabilidad, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo".⁸⁹ La culpabilidad se forma por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como situación de hecho de la culpabilidad; y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el derecho y con sus obligaciones personales.

Los tratadistas pasan a definir la culpabilidad, genéricamente, como el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

En estricto sentido, **WENZEL**, señala la culpabilidad como la reprochabilidad, calidad específica de desvalorar que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.

REPROCHE. Supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.

REPROCHE. (es aprobación), expresa **ZAFFARONI**, el sentido del reproche de la culpabilidad. Al respeto y sobre la base de contar con elementos de prueba para ella, después del análisis estratificado del delito, estaremos en posibilidad de afirmar que la persona ha cometido una conducta que típica y antijurídica, "típica porque la conducta encuadra un tipo penal; antijurídica, porque la antinormatividad de la conducta típica; no aparece neutralizada por ninguna de las reglas permisivas, derivadas de las valoraciones específicas propias de la antijuricidad; sólo así, estaremos en posibilidad de afirmar que se ha cometido un injusto o conducta típica antijurídica o delito en sentido estricto".⁹⁰

El autor de dicha conducta delictiva, le debe sobrevenir un reproche de culpabilidad por su acto, que le formula el estado, en cuanto a estructura jurídico -

⁸⁷ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México 2001. Pág. 244

⁸⁸ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 233 y 234

⁸⁹ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México 2001. Pág. 245

⁹⁰ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 521 y 522

política definida y aceptada por la sociedad y que se manifiesta por vía del juicio de culpabilidad.

CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.

Se ha señalado que "una conducta aparentemente típica, será en realidad atípica, cuando alguno de los elementos descriptivos objetivos, normativos o subjetivos del mismo, o bien, cuando por razón de la naturaleza misma del derecho penal, la conducta puede ser considerada como típica penal, como lo es el contenido del principio de la última ratio",⁹¹

La conducta cuando es atípica no será constitutiva del delito, precisamente porque no es atribuible a la conducta que el legislador ha previsto como constitutiva de un tipo penal. "Una conducta se estima justificada o legitimada cuando el derecho le reconoce, el derecho que tiene para actuar la forma, por tal razón, le permite actuar así, aún frente a conductas que son en principio antinormativas por ser típicas, en tal circunstancia resultan legitimadas, es decir, no contrarias al orden jurídico general por estar justificada en los términos del permiso legal correspondiente".⁹²

Este permiso, no significa que la ley penal fomente su comportamiento, solo reconoce el derecho que la persona tiene para actuar en la forma en que lo hizo y por esto lo admite y permite, ante la necesidad y fatalidad del conflicto a que se enfrenta la persona que actúa, y en donde el estado no tiene forma de evitarlo, reconociendo tal situación; también la necesidad que tiene de procurar la mayor protección y salvaguarda de los bienes jurídicos que tutela, reconoce el derecho de las personas para defenderlos y en una especie de resignación jurídica, que forman parte del ámbito de las relaciones de la realidad social que el estado debe reconocer y regular a través del derecho, como base del orden social para la convivencia. Para que el injusto sea punible es necesario que sea considerada culpable la persona que lo cometió, es responsable o es susceptible de ser responsabilizado.

En síntesis, la inculpabilidad, la conducta continua siendo delictiva, pero una conducta que no podrá ser reprochada penalmente; si no que podrá ser el origen de la imposición de una medida de seguridad, es fundada no en la culpabilidad personal

⁹¹ Malo Camacho, Gustavo, Op. Cit. Pág. 523

sino en función de su responsabilidad social, solo por la peligrosidad social de su conducta y una concepción estrictamente defensiva de la sociedad. "La culpabilidad implica un principio garantista fundamental en el sentido de que, para que pueda aplicarse una pena a una persona es indispensable que haya sido dictado un reproche de culpabilidad".⁹²

No puede existir culpabilidad por meras sospechas o por actos que impliquen solo una situación de peligro abstracto, salvo que aparezcan específicamente previsto como delito.

La culpabilidad es siempre un juicio de valoración concreta que no puede referirse a la persona en abstracto, desligada de su realidad. Por esta razón la conducta típica y antijurídica, con su contenido objetivo, subjetivo y normativo, resulta ser la materia del juicio de reproche de culpabilidad.

En resumen es necesario que el reproche de culpabilidad, haga referencia a la conducta de una persona (el autor), que haya podido actuar con capacidad de autodeterminación.

MEZGER. Determina a "la culpabilidad como el acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor".⁹⁴

Acto de voluntad, es la referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta. Los motivos del autor, son importantes para la imputabilidad, el dolo y la culpa, en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad. Por último las referencias de la acción a la total personalidad del autor porque el acto debe ser adecuado a la personalidad de quien acusa.

PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD.

Es uno de los principios de un derecho penal liberal. Por una parte, afirma que no puede existir delito si éste no ha sido cometido con dolo o cuando menos por culpa, el mínimo de responsabilidad penal está determinado por la culpa. Este mismo principio implica que la culpabilidad solo puede estar referida a la caución de la conducta de una persona y por tanto está prohibido hacer declaraciones de culpabilidad. En el

⁹² Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 523

⁹³ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 525

⁹⁴ Pavón, Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa., México 2001. Pág. 531

contenido de este principio de culpabilidad, aparece la tipicidad, en la medida en que el dolo y la culpa, son igualmente elementos que deben integrar la conducta típica.

Para el causalismo naturalista, la culpabilidad es considerada como un elemento del delito, ya que se refiere a la voluntad de la conducta y que aún no ha sido analizado, pues el estudio aparece realizado bajo un marco estrictamente causal.

La culpabilidad es el presupuesto de la pena junto con lo injusto o delito entendido en sentido estricto (conducta típica y antijurídica), el hecho derivado de la conducta y el resultado típico causan la lesión al bien jurídico tutelado, que es separado del concepto de la persona que lo cometió.

Un segundo aspecto del principio de culpabilidad, aparece en relación con la idea de que no puede responsabilizar penalmente a la persona, si la conducta de que se trata no ha sido objeto de un reproche de culpabilidad en contra del sujeto agente. El contenido de este aspecto tiene un contenido que se refleja de manera procesal penal, aparece sintetizado en la idea de que no hay pena si la conducta no es reprochable o no hay pena sin declaración de culpabilidad.

"La pena, funda la idea de que el hombre puede determinar su propia conducta y actúa conforme lo ordenado por el derecho, siendo miembro de la comunidad social".⁹⁵

GRADOS O TIPOS DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste dos formas: *DOLO* y *CULPA*, el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución de un hecho tipificado como un delito. "Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (*DOLO*) o por precauciones exigidas por el estado (*CULPA*). También suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma".⁹⁶

En el dolo su conducta procede a realizarla, en la culpa se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurra el resultado. Tanto en forma dolosa como culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.

PORTE PEITI sostiene tres formas de culpabilidad dolo, culpa y preterintencionalidad. Art. 8 y 9 fracc. II.

⁹⁵ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 531

⁹⁶ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 532

El dolo y la culpa ambas formas se excluye para el primero precisa la voluntad consciente y se dirige al hecho típico, sea directa o indirecta, indeterminada o eventual.

DOLO.- Consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuricidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso. El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional.

El elemento ético constituye la conciencia de que se quebrante el deber; el volitivo o Psicológico consisten en la voluntad de realizar el acto, en la volición de un hecho típico.

El dolo es un proceso Psicológico, que se traduce en intención de querer un resultado típico.

DOLO.- Consiste en la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. (EUGENIO CUELLO CALON).

DOLO DIRECTO.- Es aquel sujeto que representa el resultado penal típico. Hay voluntariedad en la conducta y un querer de resultado.

DOLO DIRECTO.- El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace.

CUELLO CALON. El dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

VILLALOBOS. Señala dolo directo como aquel en el cual la voluntad del agente es encaminada al resultado o al acto típico.

DOLO INDIRECTO o EVENTUAL.- El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes; alguien que quiere lesionar.

DOLO EVENTUAL. Existe cuando el agente se presenta como posible un resultado delictuoso, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

VILLALOBOS.- El dolo indirecto presupone un fin y sabe que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos.

En la segunda se configura cuando se obra sin voluntad de producir el resultado, pero se realiza por la conducta imprudente, imperita o negligente.

CULPA. "Es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable"⁹⁷

La culpa en derecho mexicano. El precepto no escapa a la crítica, emplea el vocablo imprudencia como sinónimo de culpa, a pesar de ser aquella solo una especie. Hablar de daño es desconocer que no todos los delitos lo producen; también se ha dicho que si definió la culpa, por unidad de sistema, hacer otro tanto con el dolo, o mejor no definir ninguna de las dos formas.

Todos los delitos admiten la forma culposa, requieren necesariamente de una ejecución dolosa, es decir, sólo pueden actualizarse mediante una conducta dirigida subjetivamente a la realización típica.

ELEMENTOS DE LA CULPA.

El primer elemento es la conducta humana para la existencia del delito, es decir, un actuar voluntario (positivos o negativos).

El segundo elemento, es cuando la conducta voluntaria se realiza sin cautelas o precauciones, exigidas por el Estado.

El tercero, que los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente.

Por último precisa una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido.

CLASES DE CULPA.

Son dos las especies principales de la culpa: La primera es la culpa conciente, con previsión o con representación, y la segunda, es la inconsciente sin previsión o sin representación:

⁹⁷ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 533

Primero.- la culpa conciente, con previsión o representación, existe cuando el agente a previsto el resultado típico como posible, hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado.

Segundo.- "la culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación cuando no se prevé un resultado previsible".⁹⁸

Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible, dicha culpa puede ser:

Lata.- es cuando hay mayor posibilidad de causar el daño.

Leve.- cuando hay menor posibilidad de causar un daño.

Levísima.- cuando se prevé un daño y es considerable menor.

PRETERINTENSIÓN.- Consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado, o sea, existe intención de causar un daño menor pero se produce otro de mayor gravedad.

Elementos de la Preterintención:

a.- Intención o dolo de causar un resultado típico, ya que el sujeto solo desea lesionar.

b.- Imprudencia en la conducta, por no prever ni tener cuidado, la acción para lesionar ocasiona un resultado distinto.

c.- Resultado mayor que el querido, la intención y la imprudencia ocasiona la muerte de modo que se produce un homicidio preterintencional.

DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

En la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías: Teoría Psicológica y Teoría normativa.

TEORÍA PSICOLÓGICA.- Se funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo. La culpabilidad presupone el sujeto por cuanto hace el elemento volitivo. Radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad.

⁹⁸ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 248

"El estudio de la culpabilidad requiere del análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso".⁹⁹ La culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual requiere de dos elementos: uno volitivo o emocional, indica la suma de dos: la conducta y el resultado. Y el otro intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

La culpabilidad es considerada como la relación subjetiva su estudio supone de un análisis, con el objeto de investigar cual es la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado.

ANTOLISEI.- La culpabilidad consiste, como el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior.

TEORIA PSICOLÓGICA.- "La culpabilidad es el nexo psicológico que existe entre la conducta y el resultado; es querer el delito; querer el resultado delictivo. El concepto de culpabilidad psicológica es la consecuencia natural de la bipartición, de la escuela clásica".¹⁰⁰ Así, se estudiaron los elementos objetivos y subjetivos del delito. El primero integrado por el concepto del injusto objetivo, conformado por el concepto de la conducta típica y antijurídica y el segundo, recogido en la culpabilidad, entendida como el componente subjetivo del delito, representado por la disposición psíquica del querer cometer el delito, es decir, la voluntad precisamente el elemento psicológico de la conducta.

La culpabilidad, tanto dolo como culpa son formas de vinculación, admitidas por la Ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad del presupuesto de aquella.

SOLER, la concepción Psicológica precisa, al hecho concreto, que afirma la culpabilidad cuando el sujeto capaz obra no obstante la valoración que el mismo esta obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. Ello supone, en primer término, la vinculación del sujeto con el; Orden jurídico y por otra parte, la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho.

⁹⁹ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 234

¹⁰⁰ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 525

IGNACIO VILLALOBOS, "la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la imperativa determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo".¹⁰¹

La teoría psicológica de la culpabilidad es entendida como la relación psicológica, sin ningún contenido de carácter normativo. La teoría funcionó suficiente y satisface su objetivo, en la medida en que aquella, el elemento objetivo del delito era lo que se vinculaba con el ámbito de la causalidad, en tanto que el elemento subjetivo que daba enmarcado en lo psicológico.

El derecho penal en el ámbito del llamado elemento objetivo del delito aparecían aspectos que resultaban ser objeto de valoración, lo que dio paso a la nueva orientación de la doctrina penal del "causalismo valorativo", que representó el momento en el cual se produjo el cambio del contenido de la teoría de la culpabilidad psicológica, hacia la teoría de la culpabilidad normativa.

TEORIA NORMATIVA.- "La teoría normativa de la culpabilidad entiende a la culpabilidad como el juicio de reproche dirigido al autor de un injusto (conducta típica y antijurídica), por haber actuado de esa manera, cuando en base a su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a ella debía y podía haberse motivado en la norma".¹⁰²

La evolución de la teoría del delito llevó al reconocimiento del contenido normativo de la culpabilidad, sobre la base principal del pensamiento de *FRANK* en 1907, como *GOLDSMITH* y *NADLER*, la evolución sufrió el análisis de la culpabilidad en cuanto dato Psicológico. *NADLER*, admitirá el concepto de la culpabilidad normativa, pero manteniendo los conceptos del dolo y la culpa, dentro del ámbito de la culpabilidad.

A partir de estos, se desarrollaron nuevas observaciones que implicaban cuestionamientos de un nuevo modelo acerca de la teoría del delito. Los cuestionamientos del causalismo valorativo lograron encontrar la respuesta sistemática más completa y acabada, con la orientación finalista propuesta por *WELZEL*.

El dolo constituía, en realidad el ámbito interno de la conducta, es decir la voluntad de la conducta y se constituía en su elemento subjetivo, razón por la cual

¹⁰¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 527

¹⁰² Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 527

debería pasar a formar parte, junto con la culpa; Elemento subjetivo del tipo y por lo mismo, exigían su análisis en el ámbito de la tipicidad, como los elementos de la conducta típica y no en el campo de la culpabilidad, la cual debería quedar libre, como un ámbito exclusivo de valoración o juicio de reproche a la persona, por haber cometido un injusto (conducta típica y antijurídica). En relación con el dolo y la culpa, como elemento del tipo y a tipicidad. Dentro de la conducta típica, se consideró que implicaban un elemento subjetivo no valorado ni neutro, tanto que no abarca el conocimiento de la antijuricidad y naturalmente corresponde ser valorado hasta el ámbito de la culpabilidad, precisamente corresponde por vía del juicio de reproche correspondiente.

La culpabilidad no consiste en una pura relación Psicológica concreta, deben precisarse los motivos del mismo para encajar la conducta del sujeto en la esfera del dolo o en la culpa; una vez determinados los motivos, deben llegarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que acreditar, tomando en cuenta los motivos y la personalidad del autor, puede exigir una conducta conforme con el derecho.

MEZGER, considera la culpabilidad como la relación contradictoria y, reprochable, entre la voluntad del sujeto y la norma, "define como un conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenta frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica"¹⁰³ La culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser castigado, es preciso que su acción pueda ser personalmente reprochada. *MEZGER* reconoce que la culpabilidad equivale a la reprochabilidad, donde la culpabilidad jurídica penal no puede ser en sí el hecho en su significación Psicológica, sino la propia situación de hecho valorada normativamente.

JIMÉNEZ de ASUA, esta concepción normativa y advierte que a la acción corresponde el efecto del querer, y a la culpabilidad corresponde no sólo el efecto, sino también contenido.

La culpabilidad supone un contenido Psicológico, pero este no constituye ya de por sí culpabilidad, es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor.

¹⁰³ Reyes E., Alonso. Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 1996. Pág. 204

HANS WELZEL señala, la acción antijurídica se convierte en delito, pues la antijuricidad es la relación entre la acción y el orden jurídico que establece objetivamente una de otra. La culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla. También señala *WELZEL* que es considerada esencialmente como reprochabilidad. La integración de la culpabilidad se realiza con base en elementos valorativos: imputabilidad, cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento de la ilicitud, del injusto) y la exigibilidad de la conducta, consecuentemente a la norma.

REINHART MAURACH, señala que el juicio desvalorativo de la culpabilidad supone la reprochabilidad - agente - de su actuación no conforme a derecho, se le reprocha su actividad injusta cuando pudo ajustarse a la normación jurídica; atribuidad y responsabilidad devienen, en la concepción amplia de la culpabilidad.

La Dra. *ISLAS* señala un modelo lógico, "la culpabilidad comporta la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y de una valoración del deber jurídico penal, este último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva; en esta conducta se reprocha a su autor".¹⁰⁴

El reproche tiene su basamiento en que el agente ha de conocer necesariamente tanto el deber jurídico como la violación del mismo

Esta teoría se critica ya que confunde la reprochabilidad de la conducta del autor, con el juicio de reproche que respecto de su comportamiento antijurídico; este concepto resultaría al de la antijuricidad con el cual vendría prácticamente a confundirse; admitiendo que fuese un juicio de reproche.

1.11.- PUNIBILIDAD.

Surge la punibilidad como concepto jurídico referido a la imposición de la acción penal respecto de quienes han ejecutado comportamiento delictivo o contravencional.

¹⁰⁴ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 247

NOCIÓN DE PUNIBILIDAD.

Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.

PUNIBILIDAD.- consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

Punibilidad es:

- a).- Merecimiento de penas.
- b).- Amenaza estatal de imposición de sanciones si llena los presupuestos legales.
- c).- Aplicación fáctica de las penas.

PUNICIÓN.- Consiste en determinar la exacta al sujeto que se impone al autor de un delito.

SANCIÓN.- Se utiliza como sinónimo de pena. La sanción es impuesta por una autoridad administrativa.

VARIACIÓN DE PENA.- Delito igual a pena. Sin embargo, existen tres variantes que modifican la penalidad:

- Arbitrio Judicial.- Es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, esto significa que el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considere. Art. 51 y 52 C.P.
- Circunstancias Atenuantes o Privilegiadas.- Son las consideraciones del legislador para que en determinados casos, la pena que corresponde a un delito se pueda disminuir.
- Circunstancias Agravantes.- Son las consideraciones del contenido en la ley para modificar la pena y agravarla.

CONCEPTO DE PUNIBILIDAD.

Debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

PUNIBILIDAD.- entenderemos la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

ELEMENTOS O CONSECUENCIAS.

FRANZ VON LISZT, al definir el delito como acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena.

BETTIOL, punibilidad se refiere al delito como un hecho humano lesivo de interés penalmente tutelados, expresando que la punibilidad es una norma genérica de todo delito, dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo.

JIMÉNEZ DE ASUA, la punibilidad es por ende el carácter específico del crimen, pues solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

SEBASTIÁN SOLER, excluye a la punibilidad de sus rasgos esenciales. Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de esta.

FERNANDO CASTELLANOS TENA e **IGNACIO VILLALOBOS**, sostiene el primero que la punibilidad no forma parte del delito, sino que estime como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el punto de vista la pena merece en virtud la naturaleza de un comportamiento.

IGNACIO VILLALOBOS, señala que el delito no se identifica con la norma jurídica, por más que pueda admitirse no se integra sin sanción, menos puede ser considerada la punibilidad como elemento integral dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito.

La pena es la reacción de la sociedad y por ello externa a aquel, constituyendo su consecuencia ordinaria terminando por afirmar que un acto es punible porque es delito, pero no es delito porque es punible.

El derecho penal, ordenamiento jurídico se ocupa del delito, del delincuente y de las penas y medidas de seguridad, que constituye el objeto de la ciencia del derecho penal.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

NOCIÓN.-Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró que para que haya un delito, debe estar integrado en su totalidad. Excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia al delito.

JIMÉNEZ DE ASÚA, define como las causa de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

CASTELLANOS TENA, considera a "la punibilidad como una consecuencia del delito, precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable".¹⁰⁵

La ausencia de punibilidad son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia y equidad, conforme a la política criminal.

ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

A).- Excusas en razón de la conservación del núcleo familiar.- la excusa ha querido encontrar en supuesta copropiedad familiar; con motivos de intimidad.

VILLALOBOS.- hace notar que la intimidad no produce efectos tan señalados como amigos, hermanos o cónyuges; pueden ser capaz de originar tan desproporcionados efectos como la imputabilidad de un delito.

Desde hace años, hemos sostenido que la familia es la base de la sociedad, el estado debe proteger y por ello se encuentra obligado.

B).- Excusas en razón de mínima temibilidad.

¹⁰⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2000. Pág. 504

EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

RAUL CARRANCA, habla de excusas absolutorias, tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena.

IGNACIO VILLALOBOS, la pena es la reacción de la sociedad o el medio para tratar de reprimir el delito.

Las excusas absolutorias, se sancionan en virtud de la participación en la comisión de un delito, ello confirma, que puede existir este sin la punibilidad. Al hacer nuestro estudio sobre la definición legal del delito, dijimos que hay infinidad de actos de hechos sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con las infracciones disciplinarias, administrativas.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

EXCUSAS POR ESTADO DE NECESIDAD.- La ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad.

EXCUSAS POR TEMIBILIDAD-MINIMA.- Peligrosidad que representa el sujeto activo.

LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.

Debemos estudiar la naturaleza, la función punitiva que el estado ejerce por medio de la rama jurisdiccional del poder público.

BETTIOL, señala que toda norma penal implica la existencia de un derecho subjetivo del estado de ser obedecido y no se realice el hecho criminoso descrito en el precepto.

El derecho subjetivo estatal se concreta en aplicar la pena al autor de la infracción, quien a su vez, está en la obligación de cumplir.

ANTOLISEI, habla de un derecho subjetivo del estado de exigir a los particulares abstenerse de cometer delitos, se olvida que la obligación no es más que un aspecto de la sujeción general de los súbditos del estado, particularmente en la obediencia de las leyes penales, no se tiene en cuenta que los poderes del estado no pueden constituir derechos autónomos sino simples facultades comprendidas dentro de un concepto amplio del *IUS IMPERIUM*.

El poder de imponer sanciones no constituye, un derecho subjetivo, sino una manifestación de su voluntad soberana. Quien ha sido legalmente detenido para quien le fue impuesta, señala *PETROCELLI*, no tiene la obligación de dejarse conducir a la prisión, sino que es privado del derecho de resistir, que es una cosa diversa.

Esta función punitiva constituye una de las manifestaciones más importantes de la potestad jurisdiccional del estado. No pertenece, pues al estado-administración, sino a la autoridad judicial, es decir, al juez, quien es su verdadero titular.

1.12.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Son elementos esenciales del delito, esto quiere decir, que la condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguir el delito. Contienen la descripción legal, se tratara de caracteres o partes integrantes del tipo; entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende accesorios fortuitos; basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones. Por otra parte, aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad.

Generalmente son definidas "como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Como ejemplo, suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta",¹⁰⁶ nótese cómo este requisito en nada afecta la naturaleza misma del delito

GUILLERMO COLIN SÁNCHEZ, existe identidad entre las cuestiones prejudiciales y las condiciones objetivas de punibilidad así como los requisitos de procedibilidad. Textualmente expresa: quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general de derecho penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal.

Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad y otros señalan que son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles; otros constituyen un nuevo elemento del delito.

¹⁰⁶ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 248

AUSENCIA DE CONDICIONALIDA OBJETIVA.

La ausencia de condicionalidad objetiva llega a ser aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad.

La condicionalidad objetiva esta constituida por requisitos que la Ley señala eventualmente para que se pueda perseguirse el delito. "Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un autentico elemento del delito".¹⁰⁷

JIMÉNEZ DE ASUA, quien los denomina condiciones objetivas de punibilidad, afirma: "... son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras de delitos..."

En realidad, las condiciones objetivas son, elementos del tipo; a veces tienen que con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad

1.13.- IMPORTANCIA.

Los temas antes mencionados son de relevancia porque es la columna vertebral del derecho penal, así mismo el adecuado manejo de los elementos permitirá comprender cada delito, el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable, debiendo captar con ello que la antijuricidad y la culpabilidad están matizadas por la tipicidad; dicho en otras palabras, la antijuricidad y la culpabilidad que maneja el derecho penal son comprendidas dentro del esquema del tipo, como nos damos cuenta todos y cada uno de los delitos están incluidos para dar forma y validez al derecho penal.

La condición objetiva de punibilidad se suprime como elemento del delito, pues a juicio de varios autores son meras características típicas, o sea, no son elementos esenciales del delito y las contiene la descripción legal se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo. De la misma forma se hace abstracción de la imputabilidad porque esta implica la capacidad de ser sujeto activo del delito, no es componente propio del delito.

¹⁰⁷ Amuchategui Requena, G. Irma. Derecho Penal. Edit. Harla. México 1999. Pág. 93

El delito es un hecho del hombre que vulnera las condiciones de existencia, de una sociedad que en un momento determinado se prevé para el sujeto agente como consecuencia, una pena de naturaleza afflictiva. En cuanto comporta privación o disminución del disfrute de determinados bienes jurídicos (vida, libertad personal, patrimonio, etc). Desde luego las actitudes humanas mencionadas han dejado de hacer, deben producir consecuencias jurídicas, afectando la esfera de terceros o la del propio estado como entidad colectiva.

La función primordial del estado es la de garantizar el armonioso desarrollo de la sociedad, por eso ha de intervenir cada vez que surgen los fenómenos individuales o colectivos que alteran su estabilidad, mediante el empleo de mecanismos legales adecuados. Tiene un contenido que refleja el carácter inminentemente social del derecho, en tanto que se refiere al análisis de los comportamientos de la realidad social, que son objeto de valoración a la luz de lo previsto por la ley penal. Esto implica la valoración de la realidad social que representa el contenido del derecho, en cuanto orden de conductas social del hombre y por tanto como un orden de la relación social misma.

La antijuricidad se observa que el propio orden jurídico se ve en la necesidad de reconocer otros valores fundamentales para la convivencia, como lo es el hecho de que la persona tiene derecho a su auto defensa: que nadie este obligado a lo imposible, que dentro de ciertas circunstancias, cuando el estado en su carácter de mandatario de la sociedad para salvaguardar de sus intereses, no le es posible atender esas salvaguardas se ve en la necesidad de reconocer que la persona en cuanto miembro de la comunidad social tiene el derecho de defenderse y de no permitir que sus bienes no le sean afectados.

A diferencia de la tipicidad, cuyo campo es específicamente el del derecho penal y de aquí se explica su sentido específico de la conducta social deseada y, también el sentido de la antinormatividad penal, para la antijuricidad por el contrario, su ámbito esta conformado por todo el vasto entramado del derecho, tanto civil, penal, laboral, administrativo, agrario, constitucional, procesal o de cualquier otra área que lo integre y que se pone en juego común todo único, el del orden jurídico que implica el derecho para

reconocer en todo subconjunto no solo los deberes y límites penales, sino los derechos que permitan a la persona responder a esa realidad social que permita la convivencia.

Para que una determinada conducta humana pueda ser calificada como delictuosa no basta que ella se adecue aún tipo penal y además lesione o ponga en peligro, sin justificación jurídicamente relevante.

Es indispensable que más de estos requisitos, tipicidad y antijuricidad exista una voluntad dirigida a realizar dicha conducta. Solo entonces podría decirse que el comportamiento pertenece a alguna, y que por lo tanto debe responder. Entre los principios rectores de la legislación penal destaca el de *nulla poena sine culpa*, que nuestro código anuncia así: "para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe ser realizada con culpabilidad. La culpabilidad es pues, fundamento de pena porque a nadie se le puede deducir responsabilidad punitiva sino ha realizado, culpablemente comportamiento típico y antijurídico. Es también garantía de libertad personal porque solo es culpable a quien a podido actuar inversamente.

1.14.- TEORIA DEL DELITO.

CONCEPTO DE TEORIA DEL DELITO.-Es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran. La teoría del delito surge como elemento garantista, derivado del pensamiento racionalista e iusnaturalista del iluminismo, que se ocupó de construir las bases del nuevo estado de derecho, uno de cuyos aspectos fundamentales, es la definición de las relaciones entre gobernante y gobernado, con el objetivo de evitar el abuso de autoridad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

La teoría del delito surge como un comportamiento fundamental de garantía para la persona en su relación social.

La teoría del delito obedece a objetivos prácticos para poder determinar el mayor grado de precisión posible, si existe o no el delito, por suponer la realización de un comportamiento que se acude a los elementos característicos de un cierto tipo, cierta conducta es un delito porque corresponde al contenido general de una conducta prevista en el tipo penal; en cambio, habrá de producirse consecuencias jurídicas de las que deriva la afectación de bienes jurídicos. Toda persona puede en cualquier momento, ser

objeto de la imputación de un hecho criminoso. De ahí la precisión que se dé acerca de la existencia del delito.

Por otra parte la teoría del delito da certeza jurídica a la función de todos los ámbitos de la administración de justicia (juez, defensor, Ministerio Público y su coadyuvancia), en la medida en que favorece la conformación de criterios más uniformes que permiten determinar con mayor grado de precisión, y con el menor grado de atribuibilidad, la existencia del delito y la responsabilidad del agente, permite también al juzgador, la aplicación de la pena más justa y adecuada, por vía de la individualización.

Este contenido conceptual de la teoría del delito, permite el establecimiento de un orden lógico para averiguar y afirmar la existencia o ausencia del delito, la responsabilidad del autor y de la punibilidad, con ese camino metodológico denominado "dogmática jurídico penal".

1.15.- TEORIA CAUSALISTA.

En función del resultado va más allá (preterintención), al que la doctrina y las legislaciones han buscado una solución estableciendo dolo primario; ejemplo, para lesiones y conducta culposa por el homicidio o dolo unitario en función de quien penetra ilícitamente al terreno delictual por las consecuencias que derivan de la conducta.

La presencia del principio del *versari in re illicita* deriva del antecedente relativo a las resoluciones del pretor romano en asuntos civiles basados por el aforismo *nemo audita minuire propiam turpidinem allegans* (nadie ose alegar, lesión jurídica que tenga como antecedente su propio actuar ilícito).

El principio del *versari*, se ha utilizado en el penal por los tribunales para determinar quien se encuentra en plano de ilicitud ya que no tiene facultad para ejercer derecho.

La presencia del *versari* en la ley mexicana y en algunos códigos se reconoce el dolo unitario para cualquier resultado, es decir, al penetrarse ilícitamente al terreno delictual se debe entender la penetración en relación con los hechos dentro de la ley penal y no a la ilicitud o simplemente reglamentaria.

Dolo unitario en realidad nos hace ver que todo es consecuencia del comportamiento, esto sin llegar al extremo de estimar que se trastocan los principios de la

culpabilidad y la gravedad del hecho injusto, gira en nuestra doctrina, según exista dolo o imprudencia, estimándose esta última se penaliza en menor escala.

La culpabilidad no equivale al dolo o imprudencia, de hecho no puede existir, por lo que es más o menos culpable. En esta ámbito (Preterintención) es patente que se sancionaba en función de la intención, independientemente del daño causado, al suponerse que el resultado grave no fue querido.

CAUSALISMO NATURALISTA.

Se manifestó en Alemania el pensamiento de *FRANZ VON LIZT*, apoyado en el positivismo, unido a la influencia de la sólida formación filosófica del derecho existente en su país, reorientó la ciencia del derecho penal, hacia el interés por la ley penal, hacia el interés por el "delito", entendido como el "hecho" que debía ser objeto de estudio en la ciencia del derecho, en una clara manifestación de la impronta del positivismo, ahora perfilado en sentido naturalista y objetivo, en la línea de lo que el autor denominó: nueva escuela del derecho penal, de orientación político criminal, "el concepto del delito aparece recogido en un plano naturalístico y causal, por lo que su esquema lo lleva a plantear el análisis del delito bajo el binomio de los elementos objetivo y subjetivo de forma similar a como lo había atendido, en su análisis del derecho en la escuela clásica".¹⁰⁸

En sentido naturalístico permite estudiar al delito como un hecho en sentido objetivo y causal, también denominado comportamiento o conducta (en sentido amplio), contiene el resultado y el nexo causal para determinar la existencia del delito; el análisis de la antijuricidad, entendida como un juicio de valor objetivo, relativo a la contradicción del hecho con el derecho, con lo que se integra el elemento objetivo del delito. El elemento subjetivo, está constituido por el nexo de relación Psicológica entre el querer del agente y la causación de producción del resultado, que es el ámbito en que se precisa la culpabilidad.

ERNEST VON BELING, apunta la relevancia del tipo penal y reorienta al estudio del derecho Penal de su tiempo, reubicándolo en el modelo sistemático denominado: "Esquema *LISZT-BELING*, reconocido por la doctrina como el origen y la

¹⁰⁸ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 134

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

base de la estructura sistemática en el estudio del delito que adopta el método del análisis estratificado de la Ley, dentro de la línea causal naturalista del derecho".¹⁰⁹

CAUSALISMO VALORATIVO.

Cubre a la teoría normativa que a la de los elementos subjetivos del injusto, o la de los elementos normativos y subjetivos del tipo. Básicamente implica el derecho, se plantea el análisis estratificado de cada uno de los elementos del delito, El estudio de las valoraciones del derecho, llevó al reconocimiento de la existencia de ciertos elementos valorativos dentro del tipo y al entendimiento del dolo, como elemento subjetivo, el contenido de la culpabilidad suponía con mayor precisión un juicio de valor sobre la responsabilidad del autor del delito (culpabilidad normativa), sobre la relación Psicológica entre la conducta y el resultado; sin embargo, debe ser objeto de valoración el juicio de culpabilidad al igual que todos los demás aspectos que se relacionan con el injusto y con la responsabilidad.

En síntesis, la sistemática del causalismo valorativo en su evolución implicó, en esencia, el mismo esquema del causalismo naturalista, al cual, lo fue sobrepuesto un sistema de valores propios del derecho. El causalismo valorativo sigue adoptando como objeto de observación al delito, al cual sin embargo, estudia con una estructura en donde, si bien los elementos del delito pueden ser los mismos, implicando modificaciones que son estructurales. "El delito está denominado por el esquema causal naturalista pero, el propio esquema va reconociendo cada vez más, el contenido valorativo del derecho, sin que se haya perdido el interés por el estudio del derecho".¹¹⁰

El causalismo valorativo tuvo especial relevancia en Latinoamérica *MEZGER*, planteo una sistemática donde recoge aspectos de diferentes valoraciones, que suponen una vertiente avanzada del causalismo.

En orden al modelo y la metodología, el finalismo naturalista, a la cual fue sobrepuesta la estructura valorativa que paulatinamente se fue construyendo, razón por la cual, la estructura de los elementos o componentes del delito son distintos.

¹⁰⁹ Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 135

¹¹⁰ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 2001. Pág. 137

ESCUELA DE KIEL

El causalismo naturalista y causalismo valorativo son aprovechados por una política llamada Escuela de Kiel. "Esta planteó críticas a la dogmática misma negando las afirmaciones fundamentales basadas en el racionalismo positivista, bajo afirmaciones de irracionalidad, como principios estructuradores del sistema penal".¹¹¹

En base a la idea se introdujeron en el sistema jurídico penal de carácter político, con el auge de nacional socialismo. En Alemania con lo que se destruyó el principio de legalidad la certeza y la seguridad jurídica fundadas en aquella, el delito aparece como una violación ética y moral que transgrede los valores de la conciencia del pueblo, el concepto del derecho se rigidiza como instrumento de un estado autoritario. Naturalmente, la ambigüedad misma de los conceptos, sea la autoridad quien la defina y precise, con la cual se rompe la sólida base del principio de legalidad.

1.16.- TEORIA FINALISTA.

La teoría finalista de la acción pertenece al grupo de las que considera problemática la naturaleza naturalista de la acción (acción: actuar; omisión: no hacer), y establece la excepción de que el proceso lógico debería haber conducido a negar la unidad de la acción finalista (dolosa) y del hecho de consecuencias ciegas (culposo), que requiera la elaboración de dos sistemas diferentes.

WELZEL, llegó a una concepción finalista de la acción valorativa considerada. Su crítica de la acción comenzó por refutar el causalismo (base del derecho penal) en 1930 y adquirió su perfección en 1938, construyéndose en torno a una base orgánica dogmática.

La acción en sentido amplio fue considerada como relación causal de voluntad y como tipo objetivo idéntico para el dolo y la culpa, concebido de manera objetiva externa. WELZEL, afirma que esta tesis desconoce las diferencias positivas entre los delitos culposos y los dolosos; el mencionado tratadista intento perfilar y definir la acción dolosa y la acción culposa. Para WELZEL, la palabra acción significa, en sentido más rígido y restringido designa la actividad finalista del hombre. La acción no es un

¹¹¹ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Edit. Trillas. México 1997. Pág. 201

simple acontecimiento causal sino dirigido a una meta a un fin, La causalidad es ciega en tanto que la finalidad (actividad finalista) es evidente para aclarar su pensamiento.

WELZEL, se ocupa de la valoración social de la acción y se dice: todo delito es acción en el espacio social (concepción nazi) y encuentra ahí su valoración. El acto de homicidio doloso; es enjuiciado y condenado por la sociedad como antijurídico; antijuricidad es la valoración negativa de la acción, desde el punto de vista de la comunidad. Como contrapartida, el autor valoriza la acción y al cometerla la hace de modo positivo.

En esta teoría se advierte que la intención no es ya forma ni especie de la culpabilidad sino parte de la acción y que esta es la base del tipo de lo injusto; la intención resulta así un elemento subjetivo del tipo legal. En este sistema de *WELZEL* se ve como están separadas radicalmente las acciones dolosas de las culposas; además el tratadista Alemán desaprovecha la ocasión de elaborar una teoría de la acción común que abarcara las acciones estrictas (dolo) y las omisiones (culpa) con base en su finalismo.

En resumen el gran problema para los finalistas es el delito culposo, *JIMENEZ de ASUA*, dice que los finalistas dan la impresión de aceptar que la culpa (omisión), por consiguiente, cabe afirmar en concreto, que o se abandona la sistemática del finalismo, como hace una gran parte de la doctrina jurídico-penal, o se proclama la dualidad de delitos: los dolosos por un lado y los culposos por otro sin posibilidad de unificarlos en el concepto de acción que es el máximo fracaso de los finalistas.

El finalismo detecta tres elementos:

- 1.- El objetivo a conseguir.
- 2.- Los medios que se emplean para lograrlo.
- 3.- Las consecuencias secundarias que están indefectiblemente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no solo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es únicamente una parte, junto a los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos.

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, solo en relación a estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad, en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es solo causal.

WELZEL accede a una conceptualización finalista de la acción estimada valorativamente. Solamente dentro de estas tendencias, que aspiran a reponer en su lugar la función ético-social del derecho penal y a extraer de ellas sus consecuencias dogmáticas, debe considerarse la estructuración de la teoría de la acción finalista.

BALANCE DE LA TEORIA FINALISTA.

La tesis de la acción final han tenido defensores en Alemania además de *WELZEL*. "Los primeros fueron los que señalan, desde el plano puramente práctico, la difusión de la teoría del acto finalista, incluso fuera de Alemania. Uno de los más convencidos es *HELLMUTH WEBER*".¹¹²

REINHART MAURACH, no escatima las críticas a la teoría del fundador de la tesis del acto finalista puede y debe ser adscrito a la corriente que desvincula el dolo y la culpa de la culpabilidad. También el separa el hecho doloso, hecho culposo.

La doctrina de la acción finalista que característicamente representan *HANS WELZEL* y *HELLMUTH VON WEBER*, *WELZEL* no considera solo como efecto de la acción los que han sido contenidos del querer. Junto a la acción finalista dolosa, reconoce también, aunque con mucho menos desarrollo y de modo excesivamente desvinculado de su sistema orgánico, el hecho penal culposo que, si es cierto que se estima acción causal ciega, no deja de ser acción, por hallarse definida a la finalidad.

MEZGER, comienza por decir que reconoce la necesidad, en derecho punitivo, de una teoría final de la acción. La doctrina finalista de *WELZEL* es a su juicio extraviada. Entre los sensores del finalismo debe contarse, además, a *ROBERTO*

¹¹² Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 1997. Pág. 202

GOLDSCHMID, por el sentido crítico con que expone las construcciones de **WELZEL** y **VON WEBER**.

CAPITULO II: PROBLEMÁTICA DE LAS DIFERENTES FORMAS DE EVALUAR EL DELITO DE ABUSO SEXUAL DEL MENOR.

2.1.- EL COMPORTAMIENTO SEXUAL INFANTIL.

"Los niños descubren el placer corporal y gradualmente aprenden el contenido total de los significados sexuales: tienen fantasías sobre actos sexuales, embarazo y parto; más que como inocentes que deban ser ignorados o que se pretenda dejar en la ignorancia, participan activamente en su sexualidad".¹¹³

Sin embargo, nada de todo esto cambia un hecho capital sobre el abuso sexual infantil. Una y otra vez debe reiterarse que este es un fenómeno frecuente en la realidad, que las víctimas del abuso son víctimas, que los niños no tienen el poder de seducir a hombres mayores en contra de la voluntad de estos, que los niños que buscan afecto desean precisamente afecto, y en realidad no piden tener sexo. "Aquellos chicos que intentan sexualizar relaciones afectuosas lo hacen porque siguen una secuencia de experiencias particulares, en general, la de haber sido sexualmente abusados".¹¹⁴

Cualesquiera que sean las fantasías o los deseos que los niños puedan tener, son los adultos quienes deciden si serán los objetos de encuentros sexuales, ya que ellos tienen poder sobre los niños y pueden definir y manipular esos deseos según su elección.

Las víctimas de abuso sexual son convencidas fácilmente por el abusador de que no deben decir nada a nadie.

El primer intento del niño es avisar a alguien por lo general es confuso e incompleto, puede que sólo de indicios del problema, algunos niños pueden platicarle a sus amigos del problema, un niño al que le platican o que es testigo de abusos sexuales puede informar a un adulto.

Los padres necesitan estar concientes de los cambios de conducta que pueden indicar que el niño es víctima de abuso sexual. Los siguientes síntomas son:

- Terror a algunas personas o a algunos lugares,

¹¹³ Glaser Danya y Stephen Frosh. Abuso Sexual de niños. Edit. Paidós. México 1997. Pág. 53

¹¹⁴ Glaser Danya y Stephen Frosh. Op. Cit. Pág. 53

- Retirarse, tener fantasías o comportamientos como si fuera un bebe, no querer participar en algún deporte,
- Respuestas ilógicas del niño si se le pregunta de alguna herida en sus genitales,
- Decir haber sido víctima de ataque sexual.,
- Ostentar frecuentemente de actividades sexuales sugestivas o promiscuas,
- Terror irracional ante un examen físico,
- Dibujos tétricos o con exceso rojo y negro,
- Cambios súbitos de conducta de cualquier clase,
- Cometer actos de delincuencia o escape,
- Conciencia repentina de sus genitales, palabras o actos sexuales,
- Tratar de que otros niños lleven acabo actos sexuales.

Un menor, víctima de maltrato sexual puede presentar ropa interior rota, manchada, sangrada, dolor o comezón en genitales o recto.

Hay dos formas de saber si es víctima de abuso sexual:

Una es observando al niño, y la otra es viendo la forma como actúa este. Es importante recordar que un niño puede tener estas señales de vez en cuando, pero si se ve con frecuencia puede ser señal de abuso en contra del infante.

Señales físicas:

- Golpes, cortadas, morados o contusiones que no se pueden explicar,
- En la cara, labios o boca,
- En el cuerpo, espalda, pantorrillas, órganos sexuales, recto,
- Cuando el menor tiene dificultad para caminar o sentarse,
- Ropa interior rasgada, manchada o ensangrentada,
- Siente dolor cuando va al baño,
- Padece de secreciones en los órganos sexuales.
- Enfermedades venéreas, especialmente si no son adolescentes,

- Necesita ir al baño con frecuencia,
- Siente temor ir a casa,
- Tiene la mirada vacante o fijan el espacio, se muestra inactivo o divaga,
- Se queda muy quieto cuando observa sus alrededores.

2.2 ESTATUS Y LA SEXUALIDAD DE LOS NIÑOS.

El abuso sexual puede realizarse de forma crónica, incluso durante años se ha revelado, produciendo devastadores efectos psicológicos. La evaluación pediátrica, ante la sospecha de abuso sexual se hará una detallada historia, que incluye el patrón de crecimiento y desarrollo, hábitos de sueño, control de investigación de enfermedades, lesiones u hospitalizaciones anteriores pueden proporcionar información muy útil.

La inocencia infantil que de hecho hacen vulnerables a los niños al negarles el acceso al conocimiento sexual. El Psicoanálisis sostiene que los niños son seres sexuales desde el comienzo de la vida, con deseos que se articulan sensualmente. Los comportamientos observados tales como succionar, se interpretan con la expresión de sentimientos sexuales internos. Los niños que succionan intensa o agresivamente tienen sentimientos que reflejan estos actos, es este caso deseos oral – agresivos.

Los comportamientos observados, tales como el succionar, se interpretan como la expresión de sentimientos sexuales internos de un modo que los hace análogos al comportamiento de los adultos. Así se interpreta que los niños succionan intensa o agresivamente que reflejan estos actos, en este caso deseos oral – agresivo.

Los impulsos sexuales que se expresan a través de modos corporales característicos de los períodos tempranos del desarrollo; comienzan por la región oral (*CHUPAR, MORDER*), se trasladan al área anal (*DEFECAR, ENSUCIARSE*) y luego a la región fálica (*ACTIVIDAD MASTURBATORIA*).

La sexualidad infantil esta representada por diferentes modos de comportamiento, el psicoanálisis freudiano propone el desarrollo estructural sobre la sexualidad y la mente. De tales experiencias la más importante y especialmente para el área del abuso sexual de niños, es la del complejo de Edipo.

La idea de *FREUD* sobre la sexualidad consiste en un impulso central dirigido a obtener placer y carece de objeto.

Las víctimas primarias del abuso sexual son niñas, representadas por la imagen de la niña seductora, la descripción que hace *FREUD* sobre el origen de la sexualidad femenina, existe poca diferencia entre el desarrollo masculino y femenino hasta la entrada de la fase fálica.

La formulación *FREUDIANA* acerca de la sexualidad de los niños tiene dos razones:

PRIMERO.- La influencia poderosa y dominante sobre la conceptualización de la sexualidad infantil, sobre aquellos que han sido sexualmente abusados.

SEGUNDO.- la teoría sobre la sexualidad de la infancia, sus principales virtudes son: el reconocer las manifestaciones de sexualidad a medida que madura, durante su adolescencia, donde manifiestan fantasmas, temores, y las emociones de los niños en torno del sexo y que se sitúa en la vida familiar.

Ante un niño que presenta sangrado inexplicable por recto o vagina, tras evaluación y examen, no se identifica la causa, el abuso sexual debe ser investigado

2.3.- MITO Y REALIDAD: DIMENSIONES DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL.

En la historia familiar, las creencias tienen la forma de mitos de aniquilamiento y de supervivencia. Muchas veces los padres han sido abandonados, víctimas de negligencia y separaciones precoces, se han conocido múltiples traslados a diversas instituciones en el transcurso de la infancia o adolescencia. Cuando han vivido en familia, han sido utilizados en el combate por la supervivencia de sus padres aprendiendo a utilizar a los otros para resistir.

La crisis de la revelación se presenta más bien en los interventores. Esto aclara dificultad de movilizar a los miembros de la familia víctima incluida, para participar en un programa terapéutico de pesimismo y de escepticismo de los profesionales puede ser dominante.

Los mitos de destrucción y supervivencia de esas familias se han infiltrado en el sistema de los interventores, provocando una parálisis de la esperanza de lograr un cambio.

Se ha observado que muchos casos de abuso sexual se producen dentro del ámbito familiar y que la mayoría de los abusadores son conocidos por sus víctimas infantiles, tales como parientes o amigos adultos. "Las señales de alerta del abuso sexual infantil empiezan a ser más conocidas, de modo que los profesionales están menos propensos a considerar los relatos de los niños como cuentos de fantasía".¹¹⁵ Los principios y los objetivos del trabajo terapéutico y legal con las víctimas del abuso sexual y sus familias se han convertido en materia para debatir.

El abuso sexual infantil provoca emociones fuertes y genera temas importantes sobre como se trata a los niños, sobre la sexualidad y sobre el poder, temas que son eje de muchas polémicas, tales como las que giran alrededor de críticas feministas de la sociedad contemporánea.

2.4.- TÉCNICAS TERAPEUTICAS PARA LA AYUDA DE LAS VÍCTIMAS.

La prevención y la terapia de los malos tratos deben ser comprendidos como un conjunto de acciones que se estructuran como un proceso donde se trata de influir en las dinámicas violentas en tres momentos diferentes de su evolución. Un programa puede comenzar ya sea por: acciones de prevención primaria, es decir, actuar sobre las causas que generan el maltrato; acciones de prevención secundaria, a través de la detención y tratamiento precoz de casos de maltrato o por acciones de prevención terciaria, o sea, reducir la proporción y la gravedad de las secuelas.

Los objetivos estratégicos de un modelo integral de intervención es detener o influir de una forma positiva en lo que hemos llamado el círculo vicioso de la transmisión familiar del medio ambiente que facilitan esta transmisión.

"Una vez evaluado el impacto de los abusos sexuales se debe proceder a elaborar y aplicar un plan de tratamiento consistente en fijar los objetivos a partir de la evaluación realizada, establecer una secuencia de prioridades según la urgencia

¹¹⁵ Glaser Danya y Stephen Frosh. *Abuso Sexual de niños*. Edit. Paidós. México 1997. P4g. 17

del problema, seleccionar las técnicas de tratamiento que requiera cada objetivo, discutir el plan con el paciente y con otros miembros de la familia cuando sea necesario".¹¹⁶

Antes de pasar a exponer las diferentes formas de tratamiento de los niños objeto de abusos sexuales, queremos llamar la atención sobre un problema importante. A pesar de que la terapia es un elemento crítico en el proceso de curación de los niños víctimas de abuso sexual; sin embargo, muchos no reciben servicios de salud mental después de haber sufrido esta experiencia.

El tratamiento del abuso sexual infantil requiere la utilización simultánea de distintas formas de terapia, ya que cada terapia cumple con funciones distintas que representan diferentes aspectos del proceso global y contribuyen objetivos generales de la intervención.

El modelo integral tiende también a que los padres, ayudados por los cambios intrafamiliares producidos por los programas terapéuticos, acepten participar en dinámicas asociativas de autoayuda para colaborar de esta manera en la sensibilización de otros padres a partir de sus propias experiencias sobre factores de riesgo y métodos alternativos a la violencia intrafamiliar.

Las instituciones comunitarias que abarcan nuestro modelo corresponden a los siguientes ámbitos:

1.- Atención médico-Psicosocial.

2.- Ámbito escolar.

3.- Las instituciones responsables de garantizar la protección infantil, ya sean los servicios sociales de protección y/o los sistemas judiciales.

Los recursos de salud, educación y justicia señalando que cada una de ellas, tiene tareas específicas, organizadas alrededor de una finalidad común: Asegurar el bienestar de los niños y el respeto a la vida, desarrollando estrategias conjuntas para prevenir y atender el maltrato infantil.

EL PROGRAMA DE INTERVENCIÓN TERAPEUTICA.

El programa de intervención está basado en dos postulados que emergen una reflexión ética.

¹¹⁶ Glaser Danya y Stephen Frosh. Op. Cit. Pág. 18

El primer deber de todo profesional y de todo ciudadano es actuar para restaurar el respeto a todo ser vivo, especialmente el respeto de todos los seres humanos y en especial de los niños.

El segundo postulado es el bienestar de niños nunca un regalo o el efecto de la buena o mala suerte; el bienestar infantil es una producción humana, esfuerzo del conjunto de una sociedad.

UN ENFOQUE TERAPÉUTICO Y DE PREVENCIÓN DEL MALTRATO BASADO EN UN MODELO DE REDES.

Surge la necesidad de elaborar un programa nacional de prevención y de tratamiento de maltrato infantil, donde se elige personal especializado compuesto por Médicos, Psicólogos, Trabajadores Sociales, Abogados y personal de Secretaría, ya que tienen una triple misión:

- Atención integral al niño maltratado y a su familia.
- Desarrollar investigaciones sobre el fenómeno del maltrato y los diferentes niveles para erradicarlo.
- Desarrollar programas de formación para los diferentes niveles profesionales implicados en la protección infantil.

“Los profesionales optaron por el desarrollo de prácticas de redes que, movilizandolos estos recursos tanto en nivel institucional como nivel profesional”.¹¹⁷

El modelo de intervención presentado en este texto se basa en el trabajo coordinado de dos niveles de acción:

PRIMER NIVEL.- corresponde a los trabajadores Médico - Psicosociales de la atención primaria que se ocupan de los niños en un sector o en una comunidad (Pediatras y Enfermeras que desarrollan el programa de seguimiento de salud infantil y atención al niño, Médicos generales y Médicos de familia, profesionales de centros de salud mental, profesionales del sector escolar, trabajadores de centros de

¹¹⁷ Barudy Labrin, Jorge. Dolor Invisible de la Infancia. Una Lectura Ecosistemática del Maltrato Infantil, Edit. Paidós, México 1998. Pág. 264

planificación familiar, animadores de actividades de tiempo libre, profesionales de los servicios sociales y profesionales de justicia, etc).

SEGUNDO NIVEL.- Intervienen los miembros de los equipos pluridisciplinarios especializados, cuya misión es la prevención y el tratamiento de las situaciones del maltrato infantil. Los sistemas institucionales deberían tener siempre el recurso fundamental de prevención y el tratamiento del maltrato infantil; por lo tanto, todo lo que se pueda hacer para cuidar y ayudar a la infancia.

LA ORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS PROFESIONALES.

La práctica Médico - Psicosocial nos enfrenta no solamente a problemas complejos, sino también a la gestión de una cantidad enorme de personas e instituciones deseosas de ofrecer soluciones a veces discordantes con estos problemas. Por ejemplo: "las situaciones de maltrato infantil, muchas veces la falta de organización y de concertación de los diferentes niveles institucionales implicados en la propuesta de una solución, complica o agrava la situación de violencia del menor."¹¹⁸ Esto nos lleva a decir que muchas veces la solución propuesta de este modo es peor que el problema. Por tanto, uno de los diferentes desafíos de cualquier programa de este tipo es facilitar un proceso de organización de los diferentes niveles institucionales y de recursos profesionales que asegure la creatividad y la competencia de cada una de estas instancias.

El elemento fundamental debe animar estos procesos colectivos es la creatividad individual asociada a una dinámica colectiva. Todo intento de organizar una red de profesionales tiene un impacto preventivo sobre la violencia, en la medida en que esta organización permite la emergencia de rituales del estrés provocado por el contenido del maltrato.

TERAPIA EN CASOS DE CRISIS FAMILIAR.

La familia produce comportamientos de maltrato como consecuencia de una situación de crisis, o se torna inestable a causa de ella, y se comete una agresión física o Psicológica a uno de sus niños, la red terapéutica tendrá como finalidad ayudar a la

¹¹⁸ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 267

familia a controlar los componentes de la crisis, movilizando los recursos familiares de la crisis, y del entorno social para que la familia encuentre un nuevo equilibrio.

Cuando se trata de una agresión extra familiar, ejemplo: cuando el niño o los niños han sufrido malos tratos por parte de un agresor sexual extra familiar, los padres se muestran sensibles al sufrimiento y se identifican con el niño-victima. Por tanto, en este caso los adultos están o se muestran deseosos de ser ayudados y muchas veces son ellos mismos los que piden ayuda a los diferentes servicios.

INTERVENCIÓN SOCIOJUDICIAL Y TERAPEUTICA DE LAS DICTADURAS FAMILIARES.

La violencia intra familiar es aquélla la consecuencia de una ausencia de posibilidades de cambio, un modelo de funcionamiento repetitivo de una estructura familiar rígida y petrificada. "En estos casos, las posibilidades terapéuticas comienzan por la producción de una crisis generada por una intervención que proviene del ámbito social".¹¹⁹

Con este tipo de familias nos ha enseñado a valorar la utilidad de la crisis social como instrumento terapéutico. Trata aquí de desequilibrar el orden familiar violento desde lo social, pero al mismo tiempo ofrece un encuadre terapéutico favorable a la familia, para permitirle que evolucione hacia un nuevo estado de funcionamiento no violento.

MODELO GENERAL PARA LA INTERVENCIÓN SOCIAL TERAPÉUTICA.

INTERVENCIÓN SOCIAL TERAPEUTICA.- Es un conjunto de acciones destinadas a preparar las condiciones para establecer un proceso terapéutico de la familia maltratadora, que consta de las acciones que detallamos a continuación:

1.- **LA DETENCIÓN Y CONTROL DE LA REVELACIÓN.-** Sólo gracias a la acción de los adultos, en el entorno del niño, y muy a menudo en el entorno escolar, son capaces de establecer una relación entre marcas físicas y ciertos comportamientos que expresan un sufrimiento en el niño, y que pueden proceder situaciones de maltrato. Controlar una revelación significa escuchar lo que el niño nos dice, o bien, interrogarlo en relación con nuestras inquietudes de una forma no presionante y respetuosa.

¹¹⁹ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 278

Se trata de apoyarle ofreciéndole protección y al mismo tiempo una ayuda terapéutica para él y sobre todo de sus padres, presuntos maltratadores. Los programas se desarrollan en colaboración con los sistemas judiciales. "Puesto que la credibilidad del niño y la existencia de pruebas materiales son factores fundamentales para la acción de los tribunales de Justicia, tanto para tomar medidas de Protección como para abrir un proceso contra los padres violentos, los profesionales nunca deben desestimar esta necesidad de una escucha no presionante".¹²⁰

En este sentido el niño deberá ser informado rápidamente de que es necesario denunciar su situación al órgano competente, ya sea social o judicial, responsable de su protección

2.- LA NOTIFICACIÓN O EL SEÑALAMIENTO.- El control de la revelación el señalamiento o la notificación son un acto que consiste en trasladar el problema que afecta al niño del dominio privado al dominio social. Hemos desarrollado un modelo de manejo del señalamiento que consiste en dos procedimientos: análisis del contexto, la denuncia y proceso de validación.

a.- Análisis del contexto y del contenido de la demanda en el señalamiento: La autoridad competente tenemos que considerar que éste implica informaciones a diferentes niveles; el análisis del contexto del señalamiento de una situación de maltrato expresa en primer lugar un carácter solidario y altruista del señalador.

b.- Proceso de validación.- Consiste en establecer un procedimiento destinado a confirmar o informar el contenido de un señalamiento. No se trata de realizar un diagnóstico objetivo, a menudo en nuestro programa utilizamos el término de convicción para insistir sobre el hecho de que en la mayoría de las situaciones el maltrato físico señala marcas que son evidentes, la convicción es el resultado de lo que hemos llamado un proceso subjetivamente científico, que se basa en el marco de una dinámica multidisciplinaria.

¹²⁰ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 282

LA VALIDACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DESTINADO A:

- Afirmar La existencia de malos tratos, determinando su naturaleza.
- Determinar los factores de gravedad, que dependen del contenido de los malos tratos, del nivel de los daños sufridos por el niño, así como los riesgos de reincidencia. Todo esto servirá para determinar el grado de urgencia de la intervención.
- Evaluar los aspectos disfuncionales de la dinámica familiar, sus recursos, así como su plasticidad estructural para determinar su posibilidad de cambio.
- Determinar el mapa de la Red de Instituciones y profesionales que se ocupan tanto de la familia como de la red social informal.
- Proponer las medidas de protección del niño y la ayuda terapéutica más adecuada considerando al niño y su familia.

2.5.- PRACTICA CONCERNIENTE AL ABUSO FISICO DEL MENOR.

El abuso sexual infantil se desarrolló durante la década de los 70's, donde surgen una serie de debates sobre como prevenir este delito, surgen teorías sobre la sexualidad, la victimación y el poder que fueron instituidos y desarrollados por los movimientos feministas ya que fueron fundamentales para desafiar los conceptos dentro de la práctica sexual y llamar la atención acerca de cómo las mujeres y los niños pueden convertirse en víctimas de abuso sexual, violación e incesto.

Por otra parte, un factor importante en la explicación cultural del abuso sexual infantil es la actitud general de la sociedad hacia los niños. Concretamente, la creencia de que los niños son una propiedad de los padres de la que estos pueden disponer como consideren oportuno; difícilmente se podrá eliminar el maltrato si los padres educan a sus hijos en una sociedad violenta, en la que el castigo corporal es considerado una técnica de crianza y de propia paternidad

El abuso sexual se ha tornado más visible en la actualidad, en nuestra sociedad, genera problemas difíciles de cómo proteger y prevenir a los menores, las consecuencias evolutivas del abuso sexual infantil resulta de vital importancia para poder

decidir sobre cuestiones de como y cuando denunciar un caso de malos tratos, en qué situaciones separar al niño de su hogar, como planificar unos servicios que satisfagan las necesidades psicológicas específicas de los niños maltratados y de cómo evaluar estos servicios.

Finalmente, son muchos los estudios que han llegado a la conclusión de que los adolescentes que fueron víctimas de abusos durante su infancia presentan una menor capacidad intelectual y un rendimiento académico.

2.6.- EFECTOS PSICOLÓGICOS DEL ABUSO SEXUAL.

La teoría Psicológica de la infancia alcanzó una posición de poder. La leyenda de Edipo ha dado la imaginación social, pasando a ser un modelo explicativo de ciertos comportamientos de los niños, al confirmar la existencia de la teoría. La consecuencia menos grave de esto es la desconfianza que ciertos padres tienen con sus hijas y ciertas madres con sus hijos, imaginándose sus estrategias de seducción hacia ellos

El abuso sexual de los niños puede tener graves consecuencias en los menores. El objetivo de este tema es proporcionar una visión de las consecuencias Psicológicas estudiadas en los menores que ayude a romper este silencio, entendiendo que se trata de un grave problema social que exige la colaboración de los profesionales para dar una respuesta eficaz a víctimas, familias o ofensores.

Los niños pueden presentar un amplio rango de síntomas cuando han sido abusado sexualmente, dadas las pocas evidencias de su investigación, no se puede establecer una correlación determinante entre la causa y el síntoma; de hecho, estos síntomas pueden ser respuestas a otro tipo de traumas, como abuso físico o emocional, conflictos familiares, alcoholismo, etc. "Por tanto, esta sintomatología indica que el niño esta alterado pero no indica necesariamente la fuente de estrés".¹²¹

Los indicadores sexuales son los que mejor se relacionan con estas experiencias traumáticas; considera que el abuso sexual lleva a conductas sexualizadas en muchos niños. Puede mostrar un interés especial por los asuntos sexuales o manifiestan un conocimiento atípico del sexo.

¹²¹ Casado Flores, Juan. Niños Maltratados. Edit. Díaz de Santos. México 1997. Pág. 177

Los adolescentes pueden desarrollar conductas promiscuas y de prostitución, algunos estudios demuestran un alto porcentaje, la existencia de abusos sexuales en su infancia. Estos indicadores sexuales pueden aparecer solos o acompañados de manifestaciones físicas, pueden variar cambios bruscos de comportamiento. El estado o síntomas que presentan varían en función de la edad, el sexo y pueden ser subdivididos en las siguientes categorías:

TRANSTORNOS FUNCIONALES.- "Incluyen problemas de sueño (pesadillas, terrores nocturnos), dificultad para conciliar el sueño, miedo a la oscuridad; trastornos de alimentación (picar a todas horas, picar a todas horas, anorexia, bulimia, mantenerse gorda para no atraer a los hombres)".¹²²

PROBLEMAS CONDUCTUALES.- Incluyen pataletas, rabieta, llanto incontrolado, agresión física a otros niños pequeños o adultos; pueden mostrarse retraídos, sin amigos, expresar rabia hacia la madre, negarse a bañarse o a desnudarse, no querer hacer deporte, realizar dibujos sexualizados.

PROBLEMAS ESCOLARES.- Una de las consecuencias del abuso sexual infantil puede ser la pérdida de confianza, prerequisite fundamental para su desarrollo, que incluye su desarrollo cognitivo. Los niños pequeños víctimas de abuso sexual pueden presentar problemas de concentración, atención, memoria y en su desarrollo escolar, durante la adolescencia pueden darse escapadas del colegio..

NIÑOS ASINTOMÁTICO.- Hay algunos niños que pueden vivir el abuso sexual y no manifestar signos de trauma. "No se debe concluir por ello que necesariamente estos niños no han sido afectados por el abuso; se ha de investigar si los síntomas han sido aplazados o si el niño ha sido socializado por el ofensor para no revelar signos de su estrés".¹²³

Los efectos del abuso sexual es tener poca edad, el sistema nervioso central esta menos desarrollado y las experiencias pueden afectar de forma traumática. La ansiedad, es un resultado frecuente en el abuso infantil que se puede manifestar de diferentes formas tanto a corto como a largo plazo:

¹²² Casados Flores, Juan. Op. Cit. Pág. 178

¹²³ Casados Flores, Juan. Op. Cit. Pág. 179

- Relaciones con el sexo opuesto
- Síntomas somáticos y comporta mentales
- Pesadillas
- Fobias
- Amenazas.

La depresión es una reacción frecuente al abuso sexual infantil, considerando que el abuso sexual recurrente llevará casi invariablemente a un estado depresivo.

Consecuencias cognitivas, los niños con abusos sexuales parecen tener dificultades en tareas de concentración, estos niños pueden sentirse impotentes y mostrar una carencia de control ante diferentes situaciones, esto puede venir motivado por la situación de abuso en la que han sentido indefensos, pudiendo desarrollar una indefensión que les afecta en otras situaciones de sus vidas.

El trauma puede afectar en como el niño piensa de si mismo, pudiendo desarrolla pensamientos intrusivos y persistentes que pudieran alterar su proceso cognitivo.

2.7.- CREENCIAS SOCIALES Y ABUSO SEXUAL EN LOS MENORES.

El término abuso sexual designa el uso abusivo e injusto de la sexualidad, refleja la idea, de que no existe relación sexual apropiada entre un niño y un adulto, atribuyendo la responsabilidad de este tipo de actos.

El acto sexual no esta reducido sólo al aspecto genital, sino que recoge todos los actos o gestos por los cuales un adulto obtiene gratificación sexual. La explotación sexual de un niño implica que este es victima de un adulto, o de una persona mayor que él, con fines de satisfacción social.

"Es importante considerar la coerción y la asimetría de poder entre el adulto y el niño como factores estructurales fundamentales en una génesis del abuso sexual. Está basado en la diferencia de edad, la vulnerabilidad y la dependencia del niño".¹²⁴

¹²⁴ Barudy Labrin, Jorge. El dolor Invisible de la Infancia. Una Lectura Ecosistemática del Maltrato Infantil. Edit. Paidós. México 1998. Pág. 162

La frecuencia de los abusos sexuales consideran que uno de cada cuatro niños y una de cada tres niñas, han tenido algún tipo de experiencia sexual abusiva con adultos; todos los autores están de acuerdo en decir que las niñas son con mayor frecuencia víctimas.

“Por otra parte la descripción de ciertos factores socioeconómicos y socioculturales que, según nuestra opinión, facilitan la emergencia de los intra y extrafamiliares nos protege de una visión reduccionista de este fenómeno; con esto queremos denunciar las contradicciones existentes en nuestras sociedades, que juegan un rol importante como facilitadoras de la emergencia de este tipo de tragedias, tanto a nivel social (prostitución de los niños y agresiones sexuales de niñas y niños), como a nivel familiar (incesto)”¹²⁵.

El cambio de la estructura familiar tiene una doble implicación en el origen de la violencia y el abuso sexual intra familiar. La sexualidad en la familia obstaculiza la introducción de cambios en familias en las cuales existen creencias y comportamientos sexuales abusivos, los fenómenos que conciernen a la sexualidad familiar.

En otras situaciones, los abusos sexuales son calificados como hechos aislados o marginales con respecto a los comportamientos habituales y/o a los problemas prioritarios de la sociedad. Esta minimización de la importancia social del problema hace más difícil su realidad, su amplitud y por tanto dificulta la búsqueda de soluciones efectivas para proteger y/o ayudar a los niños víctimas.

La sociedad adulta que construimos, siempre han existido creencias religiosas, ideológicas y aun teorías científicas para justificar y/o mistificar el abuso de poder de los adultos sobre los niños y los adolescentes.

En lo que concierne a la sexualidad infantil, ciertas teorías psicológicas, no han ayudado a formular una visión positiva y liberadora de la teoría Edípica atribuyendo a los niños la existencia de la teoría. La consecuencia menos grave de esto es la desconfianza que ciertos padres tienen con sus hijas y ciertas madres con sus hijos, imaginándose sus estrategias de seducción hacia ellos.

La influencia de la televisión y los programas de educación sexual pueden ser también utilizados para descalificar el testimonio de niños abusados. Por

¹²⁵ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 162

ejemplo: es el caso de un niño de seis años que había sufrido abuso de su tío, los peritos de la Defensa descalificaron las revelaciones del niño, atribuyéndolas a un fenómeno de sugestión provocado por la visión de este reportaje televisado sobre las consecuencias de abusos sexuales.

Ciertos niños al revelar el abuso es el hecho de comprender lo que les está pasando a partir de la confrontación con testimonios o situaciones que nombren el abuso sexual en tanto tal. Todas las creencias descritas nutren los discursos de los abusadores y sobre todo de los pedófilos que se auto justifican atribuyendo la responsabilidad de sus actos a la víctima.

Los factores culturales es el de la representación de un niño puro e inconsciente que debe ser protegido del tema sexual al mismo tiempo que se vigila sin explicaciones para protegerle de sus instintos sexuales, transformando la sexualidad en un tema de Tabú. "Este momento cultural quita a los niños la posibilidad de conocer y aceptar su sexualidad como una característica humana".¹²⁶

Otro fenómeno es lo que se conoce como falsas alegaciones de abuso sexual, en situaciones ligadas a casos de divorcio, custodia de los niños, derecho de visitas, etc. Algunos adultos manipulan a sus hijos haciéndolo actuar en esta acusación últimas, que es la más eficaz para arreglar cuentas con el conyuge en conflicto.

EL ROL DE LA IDEOLOGÍA PATRIARCAL.

Numerosos profesionales, sobre todo mujeres que participan programas de apoyo terapéutico a víctimas de violación, insisten sobre el rol fundamental que juega la ideología patriarcal en la génesis del abuso sexual. En esta ideología los hombres están investidos de un poder casi absoluto sobre la mujer y los niños en la sociedad y sobre todo en la familia. La concepción patriarcal de la familia juega un rol fundamental en el aprendizaje de la obediencia y la sumisión a la autoridad del hombre. Desde muy temprana edad, los niños están habituados a considerar la sumisión de los niños y de la mujer al hombre como normal. El poder de los hombres es algo incuestionable porque en la cultura dominante es a ellos a quienes se atribuye la fuerza, la autoridad, la

¹²⁶ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 167

protección y la competencia. Las concepciones patriarcales se traducen en el hecho clínico de que la mayoría de los abusadores de niños son hombres, casi todos convencidos profundamente de sus derechos sobre los miembros de su familia. "La víctima, la mayoría de las veces una niña, socializada en esta misma ideología, difícilmente puede rebelarse y/o denunciar los gestos del abusador".¹²⁷

LA ECOLOGÍA SOCIAL SEXUALMENTE ABUSIVA.

La ecología social de la violencia, ya señalamos que modelos económicos actuales, basados en una economía de mercado, corren el riesgo de crear más obstáculos al bienestar de las familias y de los hijos. En nuestra sociedad las familias son forzadas a mostrar signos de éxito social y de bienestar a través de la posesión de los bienes de consumo, al mismo tiempo que el sistema económico produce cada vez más desigualdades sociales. Como consecuencia los niños corren el riesgo de ser considerados y sentidos como cargas financieras que impiden el acceso a los bienes de consumo. "Por otra parte, los problemas económicos actuales acarrear una sobrecarga de factores estresantes para las familias, por la precariedad del empleo, los problemas económicos, la falta de alojamientos decentes, etc."¹²⁸

Las imágenes de los niños son comúnmente utilizadas en las políticas de marketing, a través de clichés publicitarios donde esta imágenes son asociadas con experiencias de libertinaje, sensualidad y goce.

A nivel de familias, cada vez hay más niños prestados o alquilados por sus padres para sesiones de fotografías, desfiles de moda y/o diversos concursos. Esta situación nos conduce a lanzar un grito de alarma frente al riesgo de la instauración de un proceso de cosificación comercial del cuerpo del niño, con la posibilidad de una pedofilización social, sobre todo en los países ricos de nuestro planeta.

¹²⁷ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 170

¹²⁸ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 162 y 163

2.8.- LOS ABUSOS SEXUALES EXTRAFAMILIARES Y INTRAFAMILIARES.

a).- CONCEPTO EXTRA FAMILIAR E INTRAFAMILIAR.

ABUSO SEXUAL EXTRAFAMILIAR.- Es aquel abuso cometido contra un niño por una persona desconocida fuera de la familia o alguien conocido que pertenece al entorno del niño.

ABUSO INTRAFAMILIAR.- Es aquel abuso cometido contra un niño por un miembro adulto de la familia.

b).- DISTINCIÓN DEL ABUSO SEXUAL EXTRAFAMILIAR E INTRAFAMILIAR.

La distinción entre el abuso sexual extra e intra familiar, dado que estos dos fenómenos determinan dinámicas clínicas muy diferentes que van a necesitar de programas de intervención.

Abuso Sexual Intrafamiliar, es aquel abuso cometido contra un niño por un miembro adulto de la familia, utilizaremos el término abuso sexual incestuoso, para dar a entender, que tanto el abusador como el niño víctima están vinculados por lazos familiares, y el término agresión incestuosa, para insistir sobre el carácter forzado de la situación.

Cuando el agresor no pertenece al medio familiar del niño hablaremos de abusos sexuales extrafamiliares. "El adulto agresor puede ser un sujeto totalmente desconocido para el niño, así como para su familia, o alguien conocido que pertenece al entorno del niño".¹²⁹

c).- LOS ABUSOS SEXUALES COMETIDOS POR DESCONOCIDOS.

Para mostrar el contenido de las vivencias de cada participante: la víctima, el abusador y la familia entendida como sistema.

Los casos de agresión sexual extrafamiliar en los cual hemos intervenido, el agresor ha sido un hombre. Ya sea un exhibicionista degenerado, un maníptico sexual, todas estas denominaciones indican que, a pesar del miedo y la angustia, las víctimas que sobreviven a ese tipo de abusos en cuanto a la responsabilidad de su

¹²⁹ Barudy Labrin; Jorge. Op. Cit. Pág. 187

abusador y a pesar de la culpabilidad secundaria que pueden presentar, se reconocen como víctimas.

La causa del sufrimiento de los niños víctimas de un violador, no sólo es la agresión misma, sino también la reacción inadecuada de los miembros de la familia, después de la agresión surge una serie de manifestaciones compatibles con el síndrome de estrés postraumático; es decir, se manifiesta en pesadillas, miedo a quedarse solo, temor a las personas desconocidas y la dificultad de dejar de pensar en lo ocurrido.

"La experiencia más terrible para un niño agredido brutalmente por un adulto es la de su impotencia. Este sentimiento está presente en la vivencia de todas las víctimas de violencia, pero en los niños por su vulnerabilidad y dependencia de adultos, puede tomar proporciones intensas y duraderas prolongándose en la vida adulta como vivencia crónica de desamparo".¹³⁰

La agresión sexual de un miembro infantil de la familia creó evidentemente una situación de crisis que hace sufrir a todos sus miembros.

d).- LOS ABUSOS SEXUALES EXTRAFAMILIARES: EL ABUSADOR CONOCIDO EN LA FAMILIA.

En este caso se trata de niñas y niños agredidos sexualmente por un adulto que pertenece a su círculo social, y que por tanto es conocido por la familia. En muchos casos estos delincuentes sexuales pueden ser profesores, monitores de clubes juveniles, sacerdotes, animadores, catequistas, etc., por su carácter social y su poder son depositarios de la confianza de los padres.

Los abusadores implicados en estos casos son mayoritariamente sujetos del sexo masculino, con comportamientos sexuales pedófilos que manifiestan una estructura de personalidad perversa. Estos hombres presentan un interés sexual; y exclusivamente hacia los niños, desde edades tempranas. Este interés sexual por los niños es de carácter obsesivo, lo que explica que algunos autores les llamen "abusadores sexuales obsesivos" o "delincuentes sexuales".

¹³⁰ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 191

Para conquistar a los niños utilizan el cariño, la persuasión, la mentira o la presión Psicológica. A diferencia de "los abusadores sexuales, utilizan la violencia física, éstos se aprovechan de su posición de autoridad y de la confianza que se ganan de los padres, para crear poco a poco un clima de familiaridad con ellos y sobre todo con la víctima. De una manera solapadora y engañosa, estos sujetos invitan a los niños a participar en actividades sexuales".¹³¹

Este tipo de abusadores se identifican de una manera perversa con los niños, adoptando fácilmente sus comportamientos o los de su víctima y ofreciéndoles relaciones gratificantes y sin frustración. Estos sujetos eligen a sus víctimas entre los niños que presentan carencias sociopsicoafectivas, producto de un medio poco estructurado, ya sea en razón de una fragilidad familiar y/o social. Sus víctimas provienen de familias monoparentales con dificultades, de padres divorciados, de familias inmigrantes con problemas de integración, o de familias con niños adoptados. Los abusadores pedófilos atribuyen sus actos a una finalidad altruista, y además usurpan una parte de la función parental, adoptando un rol de pseudoparentalidad hacia sus víctimas.

Este proceso puede ser comparado metafóricamente con el de la vampirización, lo que no permite presentar la influencia de este sujeto sobre la víctima y su familia, además de hacer alusión al proceso de vampirización del abusador, ya que estos individuos, cuando eran niños, fueron a menudo víctimas de un pedófilo.

La víctima de un pedófilo tiene una gran dificultad para detectar precozmente el peligro en el que se encuentra debido al carácter confuso y manipulador de la relación ofrecida por el abusador.

La agresión sexual como tal se hace de una manera dulce y solapada, provocando en muchos casos en el niño sensaciones corporales agradables e incluso de goce sexual. El hecho de que el pedófilo abusador presente a su víctima a sus comportamientos como formas naturales de relación adulto-niño y que se haga como miembro de su familia, aumenta la confusión de esta y le impide denunciar lo que ocurre con rapidez, y cuando lo hace se encuentra sumergido en la culpa y la vergüenza.

¹³¹ Barudy Labrin, Jorge. El dolor invisible de la infancia, edit, Pafdos, México 1998, Pág.195

e).- EL ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR.

En este caso el abusador es uno de los miembros de la familia del niño, que lo manipula utilizando su poder y su rol, pervirtiendo de esta manera las relaciones familiares. Llamamos a estas familias "familias sexualmente abusivas o incestuosas". Esto se expresa por el comportamiento y propósitos abusivos de carácter sexual de uno o varios miembros adultos, ya sea para cubrir sus carencias o para elaborar los traumatismos sufridos por su propia familia. (ejemplo: abandono o maltrato).

La trasgresión se produce en el interior de la matriz biológica y social, como base y que debería permitir al niño convertirse en una persona sana a nivel biopsicosocial. Los niños no solo sufren abusos de alguien de quien dependen vitalmente, sino también de otra persona y esto es más grave, es más difícil que en otros tipos de maltrato se pueda recibir otro tipo de violencia o abuso de poder por parte del adulto. Por eso se encuentran en la imposibilidad de denunciar o revelar los hechos fuera de la familia.

f).- LA ESTRUCTURA DE LA FAMILIA SEXUALMENTE ABUSIVA.

Estas familias se caracterizan por fronteras y roles familiares mal definido; las historias familiares, las jerarquías, los sentimientos y los comportamientos son ambiguos, afectivos y sentimentales. Los modos de comportamientos son poco claras, los límites entre la afectividad y la sexualidad son consistentes. En una familia, un padre tuvo contactos sexuales completos con sus hijas; comenzó manoseándolas y masturbándose delante de ellas, y las obligo posteriormente a practicarle múltiples felaciones.

CAPITULO III.- EFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL ABUSO SEXUAL EN LOS MENORES.

3.1.- CONCEPTOS Y DEFINICIONES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL, VIOLACIÓN E INCESTO.

CONCEPTO DE ABUSO SEXUAL.- Es la existencia de un contacto o interacción de tipo sexual, no consentido por una de las partes.

La existencia por parte del abusador, la búsqueda de la propia excitación sexual por medio del contacto físico con la otra persona con o sin provocación de la excitación sexual; es decir, es impuesto a través de la fuerza y/o la intimidación.

Los Abusos Sexuales deben ser definidos a partir de dos grandes conceptos: primero el de coerción y el segundo de asimetría de edad. La Coerción (con fuerza física, presión o engaño) debe ser considerada, por sí misma, un criterio suficiente para que una conducta sea etiquetada abuso sexual de un menor, independientemente de la edad del agresor. La Asimetría de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual común, ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes. "Esta Asimetría supone en sí misma un poder que vicia toda posibilidad de relación igualitaria".¹³³

El Abuso Sexual es definido como la realización de actos atentatorios a la libertad sexual de otra persona, sin violencia ni intimidación y sin el consentimiento de esta última. Los Abusos Sexuales y Agresiones Sexuales, pueden definirse como la ausencia de violencia y de intimidación en los primeros frente a la presencia inevitable de estos elementos y en la segunda las conductas sexuales propias de unos y de otros son las mismas.

El Abuso Sexual, es todo acto en el que se implica a otra persona sin su consentimiento o con este, si el abuso sexual se ejecuta con persona menor de doce años o sobre personas privadas de sentido o trastorno mental.

Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo.

¹³³ Casados Flores, Juan. Niños Maltratados. Edit. Díaz de Santos. México 1997. Pág. 162

CONCEPTO DE VIOLACIÓN.- es el elemento material “**copula**” radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual – normal o contra natura - con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa, y con independencia de las consecuencias posteriores a la cópula.

La violación se contempla de medios coactivos o impositivos, al daño causado específicamente contra la libertad sexual, categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de libertad física, asalto, lesiones más o menos graves y aun homicidio.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN.- es la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que en la historia de las instituciones penales como en la doctrina, constituye la esencia de verdadero delito sexual de violación. El bien jurídico de este delito consiste primordialmente en la libertad sexual.

DEFINICIÓN DE VIOLACIÓN.- Es un acercamiento de tipo sexual ya que tiene como fin y resultado la penetración de cualquier tipo sea vaginal, anal o bucal. Este ataque es ejercido por personas ajenas, desconocidas, lejanas, sin el consentimiento y/o la voluntad de la víctima ejerciendo la violencia física.

Para *MANZINI*, la violación es todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas sujeto activo o pasivo, se ha introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

Para *CRIVELLARI*, expresa que la conjunción se verifica siempre que haya introducción, aunque sea incompleta, del miembro viril en los genitales de la mujer o en el hombre.

En la violación, es irrelevante que el ayuntamiento se haya agotado penalmente por el derrame seminal dentro del vaso utilizado para el fornicio o que no se haya efectuado, puesto que la acción de copular ha existido, se han lesionado los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica – libertad sexual – objeto preferente de la tutela penal.

CONCEPTO DE INCESTO.- es todo contacto o interacción de tipo sexual realizada en forma voluntaria por un adulto que es pariente de la víctima, incluidos los no biológicos (padrastrros, hermanastros, tíos o personas a cargo de los menores).

Estos contactos, son iniciados en la infancia y se prolongan en el tiempo a través de la utilización de la fuerza o la intimidación para lograr su consentimiento y silenciarlo.

INCESTO.- Es todo contacto o interacción de tipo sexual realizada en forma voluntaria por un adulto que es pariente de la víctima.

INTERACCION SEXUAL:

- Tocar con la intención de excitar sexualmente a un niño o proveer excitación sexual al adulto, pariente u ofensor;
- Acanciar los genitales u otras partes del cuerpo de un modo sexual;
- Besar de manera prolongada con el mismo propósito.

3.2.-DIFERENCIAS DEL ABUSO SEXUAL, VIOLACIÓN E INCESTO EN EL CASO DE UN CONTACTO SEXUAL ENTRE NIÑO Y ADULTO.

La violación y el abuso sexual infantil, son dos entidades diferentes que guardan una estrecha relación en cuanto a su rasgo fundamental: ambas están circunscritas al marco del poder y de la violencia. Por violencia debe entenderse, el poder para imponer la voluntad de los otros; en nuestra sociedad se ha creado la idea de que hay seres más valiosos que otros y por tanto hay seres menos valiosos o inferiores.

EL ABUSO SEXUAL INFANTIL.- es un fenómeno conectado con la sexualidad de los hombres. En ellos se sugiere que el abuso sexual infantil, es por lo general más común en familias pobres, pero en la clase media muestran una distribución mayor que otras formas de abuso.

El abuso sexual infantil, es una experiencia aversiva para los niños, que produce a menudo efectos dañinos a largo plazo. Para algunos niños el abuso sexual se produce solo una ocasión. Hay una gran distinción entre los diferentes grados de gravedad de los abusos:

- Penetración digital de la vagina hasta tentativa de contacto no forzado de los pechos o coito simulado.

- Abuso sexual infantil Intrafamiliar y extrafamiliar.
- Abuso sexual infantil perpetrado por padrastros.

LA VIOLACIÓN, constituye el máximo ultraje ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (*VIOLENCIA FÍSICA*), bien por el empleo de amagos, constreñimiento psíquicos o amenazas graves que, por la intimidación que producen otros daños, le impiden resistir (*VIOLENCIA MORAL*).

La violación se contempla de medios coactivos o impositivos, al daño causado específicamente contra la libertad sexual, estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad física, asalto, lesiones más o menos graves y aun homicidio.

3.3.- LAS TEORÍAS DEL ABUSO SEXUAL PARA LOS NIÑOS.

La formulación de una teoría completa del abuso sexual de niños es un asunto complejo, porque incluye elementos relacionados con amplios procesos sociales así como también relaciones personales íntimas, "el abuso sexual infantil es un fenómeno social vinculado a las actitudes, las prácticas generales hacia los niños y también los modos como las relaciones sexuales se hallan organizadas y reguladas en una determinada sociedad".¹³⁴

Es importante distinguir entre la causa inmediata del abuso sexual, que radica en la psicología del abusador, y la constelación de relaciones, arreglos y valores sociales, que determinan que los niños sean victimizados en mayor o menor medida. *FINKELHOR*, describe un modelo de abuso sexual con cuatro condiciones en el que se distingue:

- La motivación del abuso sexual, la motivación están todos relacionados con la sexualidad masculina, sea internos de un individuo.
- Los factores inhibitorios, están divididos en tres clases:
- *EXTERNOS* (valores morales)
- (*INTERNOS* supervisión del niño por otros), y

¹³⁴ Glaser Danya y Stephen Frosh, *Abuso Sexual de Niños*, Edit. Paidós, México 1997, Pág. 35

- **RESISTENCIA DEL NIÑO MISMO.**

Inhibiciones internas, pueden ser separadas, la ausencia o la enfermedad de la madre del niño puede remover una importante inhibición externa; la coacción puede obligar a un niño o abandona la resistencia, es posible polemizar respecto de varias sugerencias específicas de *FINKELHOR*, pero su modelo es muy útil: "Localiza la fuente general del abuso sexual infantil en la sexualidad masculina, y deja en claro que es el abusador el responsable cuando se produce un acto de abuso determinado"¹³⁵

También toma en consideración la prueba existente de las influencias, que contribuyen el abuso, derivadas de las necesidades emocionales de otros miembros de la familia. Es necesario mantener una distinción entre los factores generales, que convierten el abuso en una posibilidad para todos los hombres, y las influencias sobre los individuos que pueden incidir para hacer, que un hombre determinado abuse de un determinado niño.

A).- SEXUALIDAD DE LOS HOMBRES.

El hombre que abusa sexualmente de los menores mediante engaños, para abusar de ellos como expresión de su propia degeneración. Las estadísticas presentadas ponen de relieve que la mayoría de las víctimas son abusadas por alguien que conocen frecuentemente dentro de su propia familia. Los abusadores son a menudo jóvenes y en muchos casos menores de 20 años, todos los abusadores están sexualmente frustrados en el sentido de no tener escapes alternativos para sus deseos: al menos algunos de los que tienen relaciones con niños.

Para describir a los abusadores, han realizado algunas tentativas para caracterizarlos de acuerdo con los atributos de su comportamiento o de su personalidad.

Se distinguen los abusadores entre:

A).- Abusadores Endogámicos, que están orientados hacia adentro, hacia sus familias sobre las cuales mantienen un lazo fuertemente posesivo.

B).- Abusadores Psicópatas, tratan a todas las personas que caen bajo su poder como objetos sexuales.

C).- Abusadores Pedofílicos, cuya inmadurez psicológica hace que tengan una fijación sobre los niños como objetos sexuales.

¹³⁵ Glaser Danya y Stephen Frosh. Op. Cit. Pág. 36

Los abusadores constituyen grupos extremadamente heterogéneos, por ejemplo: algunos parecen estar motivados por deseos sexuales, mientras que otros están motivados por necesidades de proximidad o por agresión.

Alguno abusadores Pedofílicos, por su preferencia explícita por los niños como parejas sexuales, en tanto que otros tienen tan sólo una atracción hacia un niño determinado con el cual se involucran, o simplemente se aprovechan de una situación determinada.

Muchos actos abusivos contra niños, se cometen cuando los hombres están bebidos, y hay una indicación de que una mayor cantidad de hombres en este grupo pueden ser alcohólicos. Algunos hombres prefieren a niños pequeños como objetivo; algunos hombres son homosexuales, aunque la mayoría es heterosexual; algunos pueden abusar de cuanto niño este disponible.

"Los hombres que abusan sexualmente de los niños, hablan de ellos como generalmente normales, que muestran una gama de percepciones y respuestas sexuales, características de los que no son abusadores"¹³⁶

Se basan en cuatro factores subyacentes:

- Consecuencia Emocional (contacto sexual con el niño puede ser emocionalmente gratificante para el adulto).
- Excitación sexual de los niños (producido por los efectos de la victimización y legitimado por la pornografía).
- Bloqueo de caminos alternativos de gratificación, y
- Desinhibición de las limitaciones sociales corrientes.

Este esquema intenta describir la constitución de los hombres que abusan sexualmente de niños sin basarse en categorizaciones simples de la personalidad ni una serie de categorías patológicas.

FINKELHOR, argumenta la importancia que interactúa con atributos internos y factores amplios que contribuyen más generalmente a una orientación sexual, y socialización de los hombres (pornografía, denigración de la mujer y de los niños a quienes consideran de su propiedad). También reconoce que cualquier abusador infantil presentará

¹³⁶ Glaser Danyu y Stephen Frosh. Op. Cit. Pág. 38

aspectos, que tiene relevancia para el abuso; pero indica factores normativos en la socialización de los hombres que explican porque tal abuso es difundido.

La sexualidad de los hombres, es producida por impulso biológico, cuya función es asegurar la reproducción de la especie. Esta es una visión de la sexualidad masculina a menudo adoptada por los abusadores como un modo de liberarse de responsabilidad por sus deseos y actos.

La ideología de la violación, dice que la sexualidad masculina es congénitamente activa, agresiva e insaciable; la sexualidad femenina es congénitamente pasiva, receptiva e inhibida.

B).- SEXUALIDAD DE LOS NIÑOS.

La sexualidad consiste en un impulso central dirigido simplemente a obtener placer y que carece de objeto, a través de la experiencia, el niño descubre que algunos objetos aportan más placer que otros. La madre es el mejor de estos objetos, puesto que su actividad se centra alrededor del niño. Así sus deseos sexuales se dirigen hacia ella, este aspecto se refleja en un deseo de desplazar al padre.

3.4.- GRAVEDAD DEL ABUSO SEXUAL DEL MENOR.

Para muchos niños el abuso sexual se produce sólo en una ocasión, una gran cantidad experimenta prolongados o múltiples abusos de índole grave.

En segundo lugar una minoría de abusos, involucra el coito sexual completo, la mayoría incluye alguna forma de contacto físico y el uso de la fuerza. "RUSSELL hizo una cuidadosa distinción entre los diferentes grados de gravedad incluye experiencias que van desde la penetración *PENÉ- VAGINA*, forzada a la tentativa de *FELLATIO*, *CUNNILINGUIS* y coito anal; el abuso sexual grave incluye experiencias que van desde la penetración digital de la vagina hasta tentativa de contacto no forzado de los pechos o coito simulado".¹³⁷

El 23% de todos los incidentes de abuso sexual infantil intra familiar, fue clasificado como muy grave; el 41%, como grave; las cifras correspondientes al abuso extrafamiliar fueron 53% y 27% respectivamente.

¹³⁷ Glaser Danya y Stephen Frosh. Op. Cit. Pág. 13 y 32

El abuso sexual perpetrado por padrastros, porción de los muy graves alcanzó el 47%.

En tercer término, la mayoría de los niños siente el contacto sexual con adultos como aversivo; el 54% dijo que el abuso había producido un efecto perjudicial en sus vidas; aquellos que fueron abusados dentro de familias se sintieron aún más perjudicados, con un 67% que informo la experiencia dañina, en tanto que la cifra equivalente de aquellos abusados por el padre alcanza el 75%. El daño percibido fue peor para las mujeres que para los hombres.

Los niños sexualmente abusados, por lo general muestran reacciones emocionales negativas tales como depresión, culpa o autoestima disminuida; el abuso sexual también se vincula a fobias, pesadillas, inquietud, enuresis, rechazo escolar, embarazos adolescentes, tentativas de suicidio, espectro total de las dificultades psicológicas de la infancia.

Las víctimas de abuso sexual, pueden sexualizar todas sus relaciones como una tentativa de ganar afecto; en la adolescencia esta actitud puede conducir a un cuadro autodestructivo de promiscuidad con una sucesión de relaciones abusivas. Las encuestas de sondeo indican que los adultos (especialmente mujeres, de quienes se obtuvo la mayor parte de la información), que fueron sexualmente abusadas de niñas tienen dañada su autoestima, incluida la autoestima sexual.

3.5.- CONSECUENCIAS DE LOS ABUSOS SEXUALES PARA LOS NIÑOS.

Me parece pertinente abordar la familia incestuosamente abusiva como un sistema o una institución totalitaria en el sentido empleado por *GOFFMAN*.

El grado de totalitarismo familiar es diferente en cada situación, pero esta noción parece pertinente para describir la relación que el abusador impone a su víctima. El agresor ejerce un control sobre su víctima, ya sea a través de la sugestión, de mentiras, de chantaje afectivo, de intimidación y/o a través de la utilización de la violencia.

El abuso intrafamiliar, la víctima depende de manera vital de su abusador. Se encuentra pues en una situación de dependencia extrema y, si es joven, sobre todo sin distancia afectiva y social que le permita defenderse de su abusador.

Abuso físico, donde las experiencias extremas en el caso del abuso sexual son el goce sexual, la manipulación de los lazos afectivos, un discurso de culpabilidad, así como la obligación del silencio y del secreto. Las consecuencias de esta son la aparición de efectos traumáticos, teniendo en cuenta su dependencia del abusador y el proceso de sumisión y la manipulación que este le impone.

Los efectos de la traumatización, se manifiestan una vez comenzado el abuso, pero la víctima, a pesar del sufrimiento, mantiene una distancia con respecto a su abusador. El carácter traumático de los comportamientos sexualmente abusivos, se debe al hecho de que las actuaciones del adulto se sitúan fuera del cuadro de la experiencia habitual del niño. Estas acciones alteran sus percepciones y emociones con respecto a su entorno, creando una distorsión de la imagen que tiene de sí mismo, de su visión del mundo y de sus capacidades afectivas.

"Las agresiones forman parte de un proceso que transcurre en el tiempo, es importante distinguir los signos que corresponden a la fase inicial de la interacción abusiva, de aquellos que corresponden a una fase intermedia o de equilibrio donde la víctima acepta bajo presión la situación como única posible, de los signos que corresponden a una tercera fase"¹³⁸

El momento de la desestabilización de la interacción incestuosa, provocada ya sea por fluctuaciones introducidas por la víctima, por cambios en el cuadro familiar o por la rebelión activa contra el abusador. Todo esto suele conducir a una revelación de los hechos.

Los comportamientos abusivos, con su contenido paradójico, producen el cambio de un contexto de cuidados e intercambios familiares hacia uno abusivo sexualizado. La víctima, sometida a este cambio y a la confusión, pierde el equilibrio habitual. Esta situación desencadena estrés, angustias y pérdida de energía psicológica en el niño; la que necesita para continuar creciendo, es desviada para adaptarse a ese cambio de contexto.

El aislamiento y la ausencia de puntos de referencia refuerzan los sentimientos de angustia y de culpabilidad inducidos por el abusador. De esta manera, la

¹³⁸ Barudy Labrin, Jorge. Dolor Invisible de la Infancia. Una Lectura Ecosistemática del Maltrato Infantil. Edit. Paidós. México 1998. Pág. 245

víctima no puede servirse más que de ese adulto, de ese padre, como referencia de normalidad y de la Ley. El sentimiento de seguridad, de protección del niño, ya no está asegurado ni física ni simbólicamente. Los acontecimientos traumáticos pueden ser comprendidos como consecuencia de la angustia, o como estrategias destinadas a representarse lo acontecido con objeto de imaginar que se puede controlar en este último caso, un fenómeno de repetición mórbida donde la víctima, en la fase intermedia del proceso abusivo, trata de repetir algunos de esos actos o desencadenar afectos para controlarlos y superar de esta manera la angustia de ser víctima pasiva.

Las víctimas pueden presentar un síndrome persistente de hiperactividad y de hipervigilancia. También dificultades para conciliar el sueño, terrores nocturnos, comportamientos de hipervigilancia y dificultades de concentración y para terminar una tarea. La presencia de comportamientos agresivos también es frecuente, en las situaciones menos graves las víctimas muestran un carácter irritable, con dificultades para adaptarse a los cambios y manejar la frustración y los imprevistos, por medio de perder el control y no poder controlar las emociones desencadenadas por las frustraciones. En los casos más graves, en que la víctima ha recibido abusos durante largos periodos de tiempo, y sobre todo con violencia física, mostrarán con mayor frecuencia explosiones de cólera, la mayoría de las veces imprevisible.

Las víctimas presentan además una disminución de la capacidad de sentir las emociones asociadas a la intimidad, al contacto físico y a la sexualidad. La víctima para resistir a la agresión utiliza a menudo estos mecanismos disociativos, entregando su cuerpo al agresor, porque no tiene otra alternativa, pero refugiándose en su pensamiento. Otros mecanismos utilizados habitualmente son las fobias o situaciones, actividades que recuerdan o simbolizan los acontecimientos abusivos, estas fobias perturban el desarrollo del niño. En esta fase, como consecuencia del proceso de vampirización la víctima puede realizar actos agresivos con connotaciones sexuales. Estos pueden provocar reacciones de rechazo en su entorno y surgen nuevas agresiones. Estos comportamientos corresponden a conductas de seducción, de masturbación compulsiva en los niños y las niñas o aún interés exagerado por los genitales de otros y de los animales.

A).- EL COMIENZO DE LA INTERACCIÓN ABUSIVA: LA RUPTURA DEL CUADRO VIRAL DE LA VICTIMA.

Para tratar la situación abusiva, existen diferentes manifestaciones traumáticas de la existencia en los primeros momentos del abuso. Los comportamientos abusivos, con su contenido paradójico, producen el cambio de un contexto de cuidados e intercambios familiares hacia uno abusivo sexualizado.

La víctima, sometida a este cambio y a la confusión, pierde su equilibrio habitual. Esta situación desencadena estrés, angustia y pérdida de energía psicológica en el niño. Los cambios de comportamiento de padre perturban la relación del niño con su cuerpo y el descubrimiento de la sexualidad; el descubrimiento de la vulva o el pene eran fuente de explotación de sí mismo, el descubrimiento de placeres y estimulaciones hasta entonces desconocidos. Esos descubrimientos permitían al niño aventurarse a la explotación del otro, igualmente sexualizado. Los comportamientos del abusador provocan un traumatismo a nivel de lo vivido corporalmente, es decir: "no me gusta aquello", "cuando mi padre me ponía su pene en mi boca creía que me iba ahogar".

La niña o el niño están afrontando de manera brutal la visión concreta de una sexualidad adulta. El aislamiento y la ausencia refuerzan los sentimientos de angustia y de culpabilidad inducidos por el abusador. De esta manera, la víctima no puede servirse más que de ese adulto, de ese padre. El sentimiento de seguridad, de protección del niño, ya no está asegurado ni física ni simbólicamente.

Para describir las manifestaciones traumáticas de los abusos sexuales intrafamiliares, son un proceso traumático biopsicosocial, de carácter sexual. Los niños que son abusados sexualmente presentan una hipersensibilidad frente a diversos estímulos que recuerdan los hechos abusivos.

Los acontecimientos traumáticos, se expresan por medio de estados disociativos, estos estados pueden ser comprendidos como consecuencias de la angustia, o como estrategias destinadas a representarse lo acontecido con objeto de imaginar que se puede controlar. En este último caso, asistimos a un fenómeno de repetición donde la víctima, en la fase intermedia del proceso abusivo, trata de repetir algunos de esos actos o de desencadenar (afectos) para poder superar la angustia de ser víctima pasiva.

El diálogo psicoterapéutico con adolescentes consumidoras de drogas como la heroína, que han sido víctimas de incesto, nos ha permitido establecer conexiones entre dicho consumo y la experiencia que equivale a desafiar a la droga. Las víctimas pueden presentar un síndrome persistente de hiperactividad, y de hipervigilancia. También dificultades para conciliar el sueño, terrores nocturnos, comportamientos de hipervigilancia y dificultades de concentración y para terminar una tarea. La presencia de comportamientos agresivos también son frecuentes en situaciones menos graves, las víctimas muestran un carácter irritable, con dificultades para adaptarse a los cambios y manejar la frustración y los imprevistos, por miedo de perder el control y por no poder controlar las emociones desencadenadas por las frustraciones.

En casos graves, la víctima ha recibido abusos durante largos períodos de tiempo, y sobre todo con violencia física, mostrarán con mayor frecuencia explosiones de cólera, la mayoría de las veces imprevisibles. Las víctimas presentan además una disminución de la capacidad de sentir emociones asociadas a la intimidad, al contacto físico y a la sexualidad. En la edad escolar aparecen en casi todos los casos trastornos del aprendizaje con caída brusca del rendimiento escolar; también son frecuentes las perturbaciones en la capacidad de concentración y memoria, sobre todo ligadas a los acontecimientos traumáticos. Las víctimas de incesto defienden del horror abusivo a través de la no simbolización en la memoria de la experiencia, tendrán dificultades para describir detalles en las que sufrieron abusos.

Otros mecanismos habituales son las fobias o actividades que recuerdan o simbolizan los acontecimientos abusivos. Estas fobias y la somatización, perturban el desarrollo del niño, a medida que el proceso abusivo progresa en el tiempo. La víctima puede realizar actos agresivos con connotaciones sexuales, que pueden provocar reacciones de rechazo en su entorno o exponerle a nuevas agresiones.

Estos comportamientos corresponden a conductas de seducción, de masturbación compulsiva en los niños y las niñas o a un interés exagerado por los genitales de los otros y de los animales. Los trastornos del comportamiento, así como el contenido de los dibujos, constituyen indicadores indirectos cuya presencia puede facilitar el diagnóstico de abuso sexual.

B).- LA CARRERA MORAL DE LOS NIÑOS ABUSADOS SEXUALMENTE.

El proceso de alineación sacrificial aparece ya a medio plazo en el proceso relacional de los abusos sexuales. La interacción abusiva tiende a tres niveles:

- LAS ACTUACIONES DEL ABUSADOR.
- LA RESPUESTA ADAPTATIVA, DE LA VICTIMA, y
- LA NECESIDAD DE COHESIÓN DE LA FAMILIA.

Las niñas y niños, son el objeto de un proceso de resocialización secundaria bajo la influencia de su abusador. La víctima se adapta a la intimidad de este proceso tratando de salvar lo que le es posible salvar,

"El término *"resocialización"*, es entendido en el sentido de una socialización forzada, fenómeno típico de las instituciones totalitarias y el término *"secundario"* se refiere al hecho de que el abusador impone a su hija un rol específico: el de una mujer capaz en todo momento de responder a sus deseos y exigencia de relaciones sexuales al mismo tiempo que le impone la creencia de ser la responsable de lo que le ocurre"¹³⁹ Este proceso de socialización forzada, está facilitado por la asimetría entre los derechos y poderes, primero entre los sexos y luego entre los adultos y los niños, reforzada por el arquetipo cultural de denominación de los hombre y sobre mujeres y los niños.

La resocialización forzada, será por lo tanto el resultado del contenido de los mensajes y del carácter paradójico de la comunicación impuesta por el abusador. La víctima no puede hacer otra cosa que adaptarse al modelo relacional de su abusador, comunicando su drama con trastornos de comportamiento que lo denuncian de vulnerabilidad y dependencia.

SUMMIT, identifica cinco fases bajo el nombre de síndrome de adaptación, referidas particularmente al abuso Intrafamiliar, aunque se puede igualmente encontrar estos elementos en los casos de abuso extrafamiliar. Las dos primeras, la aceptación por parte de la víctima de la Ley del silencio y la participación pasiva, no puede hacer otra cosa que adaptarse al modelo relacional de su abusador, comunicando su drama con trastornos de comportamiento que lo denuncian de una forma encubierta. Las otras tres

¹³⁹ Barudy Labrin, Jorge. El Dolor Invisible de la Infancia. Una Lectura Ecosistemática del Maltrato Infantil. Edit. Paidós. México 1998. Pág. 251

corresponden a la aceptación de la situación, a la revelación tardía y no convincente, y la retractación después de la divulgación.

La víctima acepta la Ley del silencio, como una fuente de seguridad para ella y su familia. El niño se siente investido de una forma culpabilizadora de un poder sobre su propia destrucción o su propia supervivencia y la de su familia.

Esta idealización, es el resultado de una distorsión cognitiva como consecuencia de la necesidad vital que tiene el niño de los cuidados de los adultos y de pertenecer a una familia, pero también se debe al hecho de que muy a menudo los abusadores desorientan objetivamente a sus hijos presentándose como sujetos llenos de cualidades. Los abusadores están atrapados en la dinámica de auto-idealización que les impide ponerse en el lugar de su víctima y representarse sus actos como un abuso de poder o como la consecuencia de su propio sufrimiento y fragilidad.

C).- LA DINAMICA FAMILIAR DEL INCESTO ENTRE HERMANOS.

"El incesto ligado a un ambiente hiposexualizado o incesto por poder, los padres impiden a las niñas y a los niños acceder a todo conocimiento sobre su cuerpo, las relaciones afectivas, y la sexualidad, dado que no tienen ni el vocabulario ni experiencia adecuados para conversar sobre estos temas".¹⁴⁰

El incesto entre hermanos, puede también producirse en una familia hipersexualizada que facilita la atracción sexual entre hermanos y hermanas, impidiendo el desarrollo de comportamientos y de representaciones de rechazo del incesto. Las relaciones afectivas padre-hija, madre-hijo, abuelos- niños o dentro de las tres generaciones, están fuertemente sexualizados y muy a menudo acompañadas de la ausencia de una representación del incesto como prohibición fundamental.

D).- LAS ORGANIZACIONES FAMILIARES ABUSIVAS EN EL CASO DE INCESTO ENTRE PADRE E HIJA.

Debemos distinguir tres tipos de organización familiar:

1.- **LA ORGANIZACIÓN ENMARAÑADA Y ALTRUISTA.**-Este sistema familiar es el lenguaje del arrepentimiento y del perdón.

¹⁴⁰ Barudy Labrin, Jorge. Op. Cit. Pág. 256

El arrepentimiento del adulto abusador y perdón del conjunto de la familia, víctima incluida. El padre agresor tratará de convencerse y convencerlos del porque abusó de su hija.

El clima de arrepentimiento y perdón que se manifiesta en las familias suele desencadenar la ambivalencia y la vacilación de los sistemas que intervienen. Otro modelo es la organización promiscua, caótica, indiferenciada y usurpadora; la promiscuidad de las interacciones caóticas y la falta de fronteras generacionales son las características notorias de este funcionamiento familiar.

Las estructuras familiares son muy heterogéneas y variables. La promiscuidad se debe generalmente a la pobreza y al hacinamiento, situación objetiva que facilita las transgresiones sexuales. Las relaciones sexuales salen del terreno de la intimidad de los adultos, para llegar a ser posibles y normales entre los adultos y niños, entre hermanos, etc., de las interacciones generalmente a la pobreza.

Existen antecedentes de carencias Psicosocioafectivas graves, que se han repetido de generación en generación favoreciendo la emergencia de conductas depredadoras. Las niñas pueden ser fácilmente las presas de los adultos en busca de ternura, de calor humano y de poder. La niña se transforma también en chivo expiatorio de una familia abusiva, pero también de un sistema social injusto. Estas carencias impiden a la familia desarrollar intercambios positivos con el entorno (trabajo, amigos, obligaciones administrativas, etc.), lo que bloquea a la familia.

La organización rígida, absolutista y totalitaria, es un modelo donde la reacción de la familia durante la crisis se caracteriza por la negación, el rechazo y la culpabilización de la víctima.

La víctima al revelar la situación de Abuso, pero el adulto continúa defendiendo su pseudoyó, sus relaciones familiares idealizadas y su mundo moral puritano, todo ello en plena contradicción con lo que acaba de descubrir. Las manifestaciones de este individuo son profundamente dogmáticas, la adhesión a una representación mística de la realidad excluye toda posibilidad de crítica de sus gestos. Este sujeto se enfurece cuando algo nuevo cuestiona lo que él piensa de sí mismo y del mundo, a pesar de que esto es incongruente con lo que él ha hecho, y además es incapaz de reconocer estos actos.

CAPITULO IV: MARCO JURÍDICO.

4.1.- CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO PENAL.

HOSTIGAMIENTO SEXUAL.- Art. 259 Bis Al que asedie, acose o solicite favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero con la amenaza de causar a la víctima un mal relacionado con las expectativas que pueda tener en el ámbito de una relación, bien sea entre superior e inferior jerárquico, entre iguales o en cualquier circunstancia que los relacione en el campo laboral, docente, doméstico o cualquier otro, se le impondrá sanción de uno a tres años de prisión.

Si el hostigador fuere servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le destituirá de su encargo.

El delito previsto por este artículo sólo será perseguido por querrela del ofendido o de su legítimo representante.

ABUSO SEXUAL.-Art. 260 Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión.

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

Art. 261 -Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión

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

ESTUPRO. Art. 262 - Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

VIOLACIÓN. Art. 265. Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

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

Art. 266 - se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

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

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

III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta una mitad.

4.2.- PROCEDIMIENTOS LEGALES ESTABLECIDOS PARA EL CUIDADO DE LOS NIÑOS.

En la declaración de los derechos del niño (1959) contiene una relación de los derechos que el niño disfrutará, y se agrega que "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

La convención de los derechos del niño (1989), entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Se considera niño, y se le protege, al embrión humano, pues en el preámbulo se expresa que como se indica en la declaración de los derechos del niño " el niño por falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, inclusive la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Convenio de la Haya del 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medida de protección a los niños. En esta convención se señalan las autoridades que son competentes para la protección de las personas (padres y quienes ejerzan autoridad); asegurar el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección; y establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos de la convención.

Surge en nuestro país una Ley de Derechos de las niñas y los niños en el Distrito federal y nos señala:

Artículo 1 - la presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal. Los beneficios que se deriven de esta Ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que se encuentren en el Distrito Federal.

La aplicación de la presente Ley corresponde, en el ámbito de su competencia, a la Administración Pública centralizada y descentralizada del Distrito Federal.

Artículo 2 - La presente Ley tiene por objeto:

- I.- Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;
- II.- Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y niños;
- III.- Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de las niñas y niños a fin de:

a) - Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas y niños;

b) - establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;

c) - Promover la cultura de respeto hacia las niñas y niños en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado;

d) - establecer las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley.

Artículo 3 - Para los efectos de esta ley, se entiende por:

XV.- Maltrato físico: A todo acto de agresión que cause daño a la integridad físicas de las niñas y niños.

XVI.- Maltrato Psicoemocional: A los actos u omisiones cuya formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido, devaluatorias o de abandono que provoquen en la niña o niño daño en cualquiera de sus esferas cognoscitivas, conductual, afectiva y social;

XVII.- Niña o niño: a todo ser humano menor de 18 años de edad;

XIX.- Niñas y niños que se encuentran o vivan en circunstancias de desventaja social: Aquellos que dentro o fuera del ámbito familiar, y en especial por causas de pobreza o miseria, están temporal o permanentemente sujetos a:

g) - Víctimas de cualquier abuso, explotación laboral o sexual.

Artículo 5.- De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

A).- A la vida, Integridad y Dignidad:

I.- A la vida, con calidad, siendo obligación del padre y la madre, de la familia, de los órganos locales de gobierno del Distrito Federal y de la sociedad, garantizar a las niñas y niños, su supervivencia y su desarrollo, así como el acceso a los medios y mecanismos necesarios para ello;

IV.- A ser respetado en su persona, en su integridad física, Psicoemocional y sexual;

E).- A la Asistencia Social;

I.- A ser sujetos de programas de asistencia social cuando se encuentren o vivan circunstancias de desventaja social, que garanticen la protección integral en tanto pueden valerse por sí mismos y que auxilien a recuperar su salud y equilibrio personal, en caso de daño físico.

Artículo 9.- Son obligaciones de los progenitores y miembros de la familia para con las niñas y niños:

I.- Asegurar el respeto y la aplicación eficaz de los derechos establecidos en la presente ley, así como garantizarles que no sufran ningún tipo de violencia, discriminación, maltrato, explotación o violación a sus derechos, en el seno de sus familias, en los centros de enseñanza, en los espacios de recreación o en cualquier otro lugar en que se encuentre;

Artículo 20.- Corresponde a la Secretaría de salud del Distrito Federal en relación con las niñas y niños:

II.- Concertar convenios con instituciones públicas y privadas, federales o estatales, para la presentación de servicios gratuitos a niñas y niños en condiciones de desventaja social, maltratados, víctimas de delitos, con discapacidad, con enfermedades terminales o niñas embarazadas, en cuanto a la hospitalización, tratamiento y rehabilitación.

Artículo 23 Corresponde al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal en materia de niñas y niños:

IV.- Coadyuvar con la Procuraduría en la atención y tratamiento de las niñas y niños víctimas del delito;

IX.- Denunciar ante las autoridades competentes cualquier caso de maltrato, lesiones, abuso físico o psíquico, sexual, abandono, descuido o negligencia, explotación, y en general cualquier acción que perjudique a la niña o niño.

Artículo 48.- Cualquier persona, servidor público autoridad o dependencia que tenga conocimiento de que alguna niña o niño hayan sufrido maltrato o se

encuentre en riesgo su integridad, tendrá la obligación de hacerlo del conocimiento del Agente del Ministerio Público.

Artículo 49.- Aun cuando la niña o niño se encuentre bajo la custodia de su padre, madre, tutor o de cualquier persona que lo tenga legalmente o en acogimiento, el Ministerio Público estará facultado para intervenir de Oficio en los casos en que su integridad física o psíquica este en peligro, a fin de proceder siempre en atención a su interés superior.

4.3.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Art. 1 - En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Art. 4 - Establece que: es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

4.4 CODIGO PENAL.

Art. 260 - menciona que: Toda persona sin el propósito de llegar a la cópula, y sin el consentimiento de la obra, ejecute con ella un acto sexual o obligue a ejecutarlo. Se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Art.- 261 - Da a entender que: Aquella persona que tenga cópula con una persona mayor de doce años y menor de dieciocho, a través de engaños, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

ART. 265 - Menciona que: Toda persona que utilice la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo. Se le impondrá sanción de ocho a catorce años.

Se entiende por cópula la introducción de miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Asimismo, se considerará como violación al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral. Se le aplicará una pena de ocho a catorce años de prisión.

Art. 266 - Establece: se Equipara a la violación:

- La persona que sin violencia realice con una persona menor de doce años de edad.
- La persona que realice cópula sin violencia con una persona que no tenga capacidad de comprender el significado o el hecho.
- La persona que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal, vaginal cualquier instrumento distinto del miembro viril en una persona de doce años de edad o persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho.

Art. 266 Bis. Establece: La persona que prive a otra persona de su libertad, con propósito de realizar un acto sexual. Se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión.

4.5 CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Art. 262 - Los Agentes del Ministerio Público y sus Auxiliares, de acuerdo a las ordenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de Oficio a la Averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticias. La Averiguación Previa no podrá iniciarse de Oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que solo se puede proceder por Querrela, sino se ha presentado esta, y

II.- Cuando la Ley exija algún requisito previo y este no se haya llenado.

Establece que: entre otras cosas, la Averiguación Previa no podrá iniciarse de Oficio cuando se trate de delitos en los que solamente se puede proceder por Querrela necesaria, si esta no se ha presentado. Es el caso de los delitos sexuales se sigue por Querrela de parte Ofendida.

Art. 263 – Solo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos

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

II.- Difamación y calumnia, y

III.- Los demás que determine el Código Penal.

Señala que es necesaria la Querrela del Ofendido, solamente en los casos en que así lo determine el Código Penal.

Art. 264- Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la Querrela de parte ofendida bastará que esta, aunque sea menor de edad manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este Código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la Querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta inculcado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a la falta de estos a los hermanos o a los que representen aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la Querrela serán las persona previstas por el artículo 30 bis del código penal.

Las Querellas presentadas por personas morales podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas y poder especial para el caso concreto.

Para las Querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante; salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio, en los que solo se tendrá

por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo.

Entre otras cosas señala que inmediatamente que el Ministerio Público tenga conocimiento de un delito tenga que perseguirse por Querrela, dictará todas las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos, cosas, objetos, efectos del mismo y en general impedir que se dificulte la Averiguación procediendo a la aprehensión del responsable o responsables en los casos de flagrante delito. Bastará que esta aunque sea menor de edad manifieste verbalmente su queja para que se proceda.

Conclusiones

1. La intencionalidad del perpetrador y el status socioeconómico de la familia influyen en el abuso sexual del menor.
2. Uno de los problemas fundamentales es que el niño que es abusado sexualmente vuelve a repetir lo mismo en una edad mayor con niños que se encuentren a su alrededor, o sea, que siguen el mismo patrón.
3. También al abuso sexual se observa con mucha frecuencia en estructuras familiares; y se hacen en diferentes formas: una de ellas es cuando el padre ocupa una posición dominante, despótica, ejercida mediante la fuerza y la coerción; la segunda es cuando los padres o los familiares cercanos utilizan la violencia para lograr lo que desea. Por lo cual el adulto utiliza la presión psicológica, social o económica para alcanzar sus propósitos, esto es a través de la seducción, regalos, chantajes, etc.
4. Se puede mencionar que casi todos los abusadores tienen una representación tanto del genero masculino como femenino, esto quiere decir que en la actualidad no hay valores.
5. El abuso sexual infantil no es un problema económico, porque abarca a toda la familia, esto quiere decir que tanto llega a las familias de bajos recursos económicos como aquellas de altos recursos.
6. Por otra parte, un factor importante en la explicación cultural del abuso infantil es la creencia de que los niños son una propiedad de los padres de la que estos pueden disponer, como consideren oportuno.
7. Es importante mencionar que los niños de menor edad parecen tener un riesgos mayor de ser abusado sexualmente debido a que pasan mas tiempo con sus cuidadores y dependen mas de ellos.

8. Todo acto sexual sobre niño o adolescentes dependientes e inmaduros que no comprenden plenamente el significado de tal contacto, esto quiere decir, que son incapaces para dar su consentimiento, abusando claramente de ellos. Otro de los casos de abuso sexual y que son del interés para los medios de comunicación es el de los niños que se encuentran en guarderías ya que corren un peligro al no saber que problemas psicológicos tienen las personas que los cuidan
9. Después de realizar este trabajo me doy cuenta que no es fácil llegar a la adultez habiendo sido víctima de abuso sexual infantil, esto significa que es una carga difícil de llevar. No importando a que edad ocurrió, el sentimiento de culpa es el mismo sobre todo por haberlo permitido y no contarlo en su momento. Es importante mencionar que este problema que tanto daño les hace y que en el momento cuando fueron abusados no estaban en igualdad de condiciones, por lo que el abusador tenía el poder y ellos eran demasiados vulnerables.
10. Generalmente las personas creen que el abuso sexual es cometido por adultos desconocidos por el menor, sin embargo, en la realidad se puede observar que la mayoría de los abusos son realizados por personas conocidos por la víctima e incluso pueden ser los propios padres del niño quienes sean los abusadores, esto se da porque en ciertas condiciones del sistema familiar, cuya finalidad consiste en asegurar la vida y la socialización de todos sus miembros, funcionan de tal modo que los intereses de los adultos se dan como prioritarios y urgentes en desmedro de los intereses de los menores.
11. Con este tema tengo mucho más conciencia de nuestra vulnerabilidad. Desde pequeños sabemos cuidarnos; desde allí, es mucho más fácil incorporar la violencia como un suceso en el que somos víctimas. El abuso sexual atenta contra la intimidad del menor, sobre todo por las devastadoras consecuencias que tal suceso implica.

12. El abuso sexual puede distorsionar las futuras relaciones con el niño, con adultos o padres, llevándolos a representar factores anormales de interacción social.

BIBLIOGRAFÍA

- Amuchategui Requena Irma G. Derecho penal, edit. Harla, México 1999
- Barudy Labrin Jorge. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistemática del maltrato infantil, edit. Paidós, México 1998
- Barrera Domínguez Humberto. Delitos sexuales, edit. Librería profesional, México 1987
- Barrita López Fernando. Delito, sistemáticas y reformas penales, edit. Porrúa, México 1995
- Bravo Martínez Mariano. Incesto y violación, ediciones academia, Chile 1994
- Cantón Duarte José y Cortés Arboleda Ma. del Rosario. Malos tratos y abuso sexual infantil, edit. Siglo XXI, Psicología, México 1997
- Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano, parte general, edit. Porrúa, México 1997
- Casados Flores Juan José. Niños maltratados, edit Díaz Santos, México 1997
- Castellanos Tena Fernando. Lineamiento elementales de derecho penal, edit. Porrúa, México 2001
- Diccionario jurídico mexicano. Instituto de investigaciones jurídicas, edit. Porrúa, México 1997
- Finkelhor David. El abuso sexual al menor, causa, consecuencias y tratamiento Psicosocial, edit. Pax, México 1987
- Fortan Balestra Carlos. Derecho penal, parte general, Abeledo - Perrot, Buenos aires 1997
- Glaser Danya y Frosh Stephen. Abuso sexual de niños, edit. Paidós, México 1997
- González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano, parte general y parte especial, Metodología Jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales, edit. Porrúa, México 1997
- González de la Vega Francisco. Derecho penal mexicano, los delitos, edit. Porrúa, México 1996
- Kuitko Luis Alberto. La violación. peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito, edit. Trillas México 1991
- López Bentancourt. Delitos en particular, Tomo II, edit. Porrúa, México 1996

Luzón Cuesta José Ma. Compendio de derecho penal (parte especial), edit. Dykinson, Madrid 1997

Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, México 2000

Márquez Piñero Rafael. Derecho Penal, Edit. Trillas, México 1997.

Martínez Roaro Marcela. Delitos sexuales (sexualidad y derecho), edit. Porrúa, México 1992

Moreno Cruz Marisela. La violación en los menores desde la perspectiva, México 1993

Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho penal mexicano, edit. Porrúa, México 2001

Reyes Echandía Alfonso. Tipicidad, edit. Themis, México 1997

Reyes E. Alonso. Derecho Penal, Edit. Porrúa, México 1996

Rodríguez Devesa José Ma. Derecho penal español (parte especial) Serrano Gómez Alonso, edición Dykinson, Madrid 1995

Rodríguez Manzanero Luis. Victimología, estudio de la víctima, edit. Porrúa, México 1990

Suárez Rodríguez Carlos. El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, edit. Porrúa, México 1995

Leyes

Emilio O. Rabasa. *Mexicano ésta es tu Constitución. Texto 1997*. Comisión de Régimen Interno y Concertación Política Comité del Instituto de Investigaciones Legislativas. Comité de Asuntos Editoriales.

Código Penal del Distrito Federal. Colección Penal 2001. 1era. Edición.

Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Colección Penal 2001. 1era. Edición.

Ley de los Derecho del niño y de la niña. Asamblea Legislativa. 1999.