

00721
790

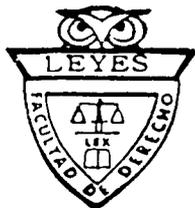


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ANALISIS A LAS REFORMAS DEL ARTICULO 159 DEL
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL".

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A ,
ANA LUISA ROMERO VALERIO



ASESOR: LIC. JESUS UBANDO LOPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

2003

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.



FACULTAD DE DERECHO
 SEMINARIO DE DERECHO PENAL
 OFICIO INTERNO FDER/60/SP/02/03
 ASUNTO: APROBACION DE TESIS

Autorizo a la Dirección de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de esta tesis de carácter recepcional.
 NOMBRE: Ana Luisa Romero Valerio

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

FECHA: 23 de JUNIO de 2003
 FIRMA: [Firma]

La alumna ROMERO VALERIO ANA LUISA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JESUS UBANDO LOPEZ, la tesis profesional intitulada "ANALISIS A LAS REFORMAS DEL ARTICULO 159 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", 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 "ANALISIS A LAS REFORMAS DEL ARTICULO 159 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna ROMERO VALERIO ANA LUISA.

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 ESPÍRITU"
 Cd. Universitaria, D. F., 26 de febrero de 2003.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
 DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipg.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

*A Dios por ser mi guía, a mis
padres, por brindarme su amor,
apoyo y comprensión incondicional.*

*A La Universidad Nacional Autónoma de México, a
sus maestros, a la Lic. Leticia Esquivel Granados,
Profa. Eustofia Flores Amaya, Lic. Glauco Aréchiga y
Lic. Jesús Ubando López por su apoyo profesional.*

*A Juan Carlos, Margarita y Baldomero Romero
Valerio, Aurora Toriz, Aida Rivera, Carmen Albino,
Liliana Soto, Maribel Arizpe, Patricia Morales,
Verónica Cruz, Vianey Rodríguez, Francisco Brito,
Jacobo Marín, José Juan Olea, Luis Recendiz,
Martín Flores, Nicanor Zarco y Noé Zárate,
gracias.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

NDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	----------

CAPITULO I "PELIGRO DE CONTAGIO"

1 Antecedentes y reformas	2
1.1 Código de 1871	4
1.2 Código de 1929	6
1.3 Código de 1931	12
1.4 Código de 1940	14
1.5 Código de 1999	15
1.6 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	15
2 Concepto del tipo penal	16
2.1 Definición gramatical	16
2.2 Definición legal	17
2.3 Definición judicial	17
2.4 Opiniones de penalistas	18
3 Análisis del tipo penal "Del peligro de contagio"	20
3.1 Clasificación de las enfermedades contagiosas	21
3.2 El SIDA enfermedad Incurable	32

CAPITULO II NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

1 Concepto	45
1.1 El delito en la escuela clásica	45
1.2 El delito en la escuela positiva	50
1.3 Concepto jurídico del delito	52

1.4	El delito en el derecho positivo mexicano	56
1.5	Elementos del delito y factores negativos	62
2	Clasificación de los delitos	65

**CAPITULO III
TEORÍA DEL DELITO**

1	Conducta	71
1.1	La acción en la sistemática finalista	73
1.2	Elementos de la acción	75
1.3	Elementos de la omisión	76
1.4	Relación de causalidad en la acción	77
1.5	La causalidad en los delitos de omisión	80
1.6	Lugar y tiempo de comisión del delito	81
2	Ausencia de conducta	83
3	La tipicidad	85
3.1	Función de la tipicidad	85
3.2	Tipo y tipicidad en el finalismo	86
3.3	Tipo de injusto	86
3.4	Clasificación de los tipos	87
4	Ausencia de tipo y de tipicidad	89
5	La antijuridicidad	90
5.1	Antijuridicidad formal y material	91
6	Ausencia de antijuridicidad	92
6.1	Causas excluyentes del delito	92
6.2	Las causas de justificación	95
6.2.1	Legítima defensa	96
6.2.1.1	Defensa del honor	98
6.2.1.2	Presunciones de legítima defensa	99
6.2.1.3	Exceso de legítima defensa	99
6.2.1.4	Problemática de la legítima defensa	100

6.2.2	Estado de necesidad	101
6.2.2.1	Naturaleza jurídica	101
6.2.2.2	Elementos del estado de necesidad	102
6.2.2.3	Casos específicos	102
6.2.3	Cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho	103
6.2.3.1	Impedimento legítimo	104
6.2.4	Consentimiento del interesado	104
6.2.5	El exceso	105
7	Imputabilidad	105
7.1	La responsabilidad	106
8	La inimputabilidad	107
8.1	Algunas causas de inimputabilidad	108
9	Culpabilidad	110
9.1	Naturaleza jurídica	110
9.2	Formas de la culpabilidad	111
9.3	Dolo	112
9.3.1	Diversas clases de dolo	113
9.3.2	El dolo en el derecho penal mexicano	113
9.4	La culpa	114
9.4.1	Naturaleza de la culpa	114
9.4.2	Elementos de la culpa	115
9.4.3	Diversas clases de culpa	115
9.4.4	La culpa en el Derecho Penal Mexicano	116
9.5	La preterintención	117
9.6	El caso fortuito	118
10	La inculpabilidad	119
10.1	Las causas de inculpabilidad	120
10.2	El error y la ignorancia	121
10.3	La obediencia jerárquica	122
10.4	Las eximentes putativas	123

11 La punibilidad y su ausencia	127
11.1 Condiciones objetivas de punibilidad	127
12 Ausencia de punibilidad	128
12.1 Especies de causas absolutorias	128

CAPÍTULO IV

LA VIDA DEL DELITO

1 Concepto	130
1.1 Fases del <i>iter criminis</i>	130
1.1.1 Diversas formas de tentativa	133
1.1.2 Delito imposible	133
1.1.3 Delito putativo	134
2 Participación	134
2.1 Grados de participación	134
2.2 Reglas especiales de participación	139
3 El concurso de delitos	142
3.1 Unidad de acción y de resultado	143
3.2 Unidad de acción y pluralidad de resultados	143
3.3 Pluralidad de acciones y unidad de resultado	144
3.4 Pluralidad de acciones y de resultados	144
4 Criterios de imposición de la pena en el concurso de delitos	144
5 Concurso aparente de leyes	146
6 Reincidencia	149
7 Habitualidad	150
CONCLUSIONES	152
BIBLIOGRAFÍA	158

PAGINACION DISCONTINUA

INTRODUCCIÓN

Es importante hacer mención que el presente trabajo de investigación, surgió con motivo de la publicación en el Diario Oficial de la Federación, del Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal de fecha 30 de septiembre de 1999, el cual modifica la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, mismo que en su artículo primero señala que el presente Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos de la competencia del fuero común cometidos en su territorio.

Es de observarse que en dichas reformas, los artículos 193 al 199 del Capítulo I "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros temas de narcotráfico" correspondientes del Título Séptimo "Delitos contra la Salud" son derogados y el artículo 199 Bis "Del peligro de Contagio" perteneciente al Capítulo II del mismo Título, únicamente es reformado en lo correspondiente a la sanción, por lo anterior, nace la inquietud de llevar a cabo una investigación a cerca del mismo, haciendo necesario realizar el estudio correspondiente a sus Antecedentes Históricos, Naturaleza Jurídica, Teoría y Vida del Delito y su correspondiente clasificación del tipo penal, con la finalidad de estar en posibilidad de elaborar una propuesta de reforma para el mismo.

Es importante hacer mención a que, una vez concluida la presente investigación, con fecha 16 de julio de 2002 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal publica en la Gaceta Oficial el Decreto por el que se da a conocer el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de lo cual, se hace necesario realizar las modificaciones correspondientes al presente trabajo de investigación.

CAPITULO I "PELIGRO DE CONTAGIO"

1 Antecedentes y reformas del tipo penal

En 1821 al consumarse la independencia de México, las principales leyes vigentes que regían eran, la Recopilación de Indias complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, las partidas y las ordenanzas de Bilbao, constituyendo éstas el Código Mercantil que regía para su materia, pero sin referencias penales. Más tarde, la forma de gobierno que debería regir al país la marcó la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, decretada el 4 de octubre de 1824 en la cual, se había establecido que la Nación adoptaba el sistema federal: "La Nación Mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal" (artículo 4o.); y señalaba cuales eran las partes integrantes de la federación, a las que denominó Estados o Territorios (artículo 5o.); la constitución de 1857 mantendría después igual sistema artículo 40). Y todo esto sumaba nuevos problemas administrativos y legislativos a los antes existentes, pues amparaba el nacimiento de legislaciones locales o de los estados, al par que la federal."¹

Sin duda alguna, lo más importante en ese tiempo era que el nuevo Estado, nacido con la independencia política, se interesara primeramente por legislar sobre su composición y administración, razón por la cual todo empeño legislativo atendiera primero, al Derecho Constitucional y al Administrativo. Pero antes de esta necesidad primordial, la necesidad de guardar el orden, impuso una inmediata reglamentación relativa a la portación de armas, uso de bebidas alcoholizadas, represión de la vagancia y de la mendicidad y organización policial.

¹ Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México. 1997. Pág. 122.

Para prevenir la delincuencia, se legisló también sobre organización de la policía preventiva, dando como resultado la creación de la "policía de seguridad", como cuerpo permanente y especializado además, se reformó el procedimiento con relación a salteadores de caminos en cuadrilla y ladrones en despoblado o en poblado, disponiéndose juzgarlos militarmente en consejo de guerra. Los ladrones fueron condenados a trabajos en obras públicas, en fortificaciones, servicio de bajeles o de las Californias.

De esta forma, se dispuso el turno diario de los jueces de la Ciudad de México, dictándose reglas para sustanciar las causas y determinar las competencias; por lo tanto, se declaró que la ejecución de las sentencias corresponde al Poder Ejecutivo, también se reglamentaron las cárceles, estableciéndose en ellas talleres de artes y oficios y disponiéndose un ensayo de colonización penal en las Californias y en Texas inclusive, se reglamentó también el indulto como facultad del Poder Ejecutivo y, por último, se facultó al mismo poder para conmutar las penas, dispensar total o parcialmente de su cumplimiento y decretar destierros.

Escasa legislación, para atacar los grandes problemas que en materia penal existían, los que sólo podían hallar cause legal en los textos heredados en la Colonia y cuya vigencia real se imponía, no obstante la independencia política. Ante la magnitud de tales problemas, el Gobierno Federal hubo de reconocer expresamente la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana, como legislación mexicana propia. El dato de mayor importancia, consta en una Circular del Ministro de lo Interior (sep. 20, 1838), bajo el Gobierno del Gral. Anastacio Bustamante.

Así fue como en 1857, con los constituyentes y legisladores de diciembre 4 de 1860 y diciembre 14 de 1864, los que sentaron las bases

de nuestro Derecho Penal. Frustrado el Imperio de Maximiliano de Habsburgo, durante el cual el ministro Lares había proyectado un Código Penal para el Imperio Mexicano, que no llegó a ser promulgado; y restablecido el gobierno republicano en el territorio nacional, el Estado de Veracruz, fue el primero en el país que tomando como modelo próximo el Código Penal español de 1822 y haciéndole algunas modificaciones, promulgó su Código Penal de abril 28 de 1835, el primero de los códigos penales mexicanos, a partir de entonces, llegó a poner en vigor sus códigos propios Civil, Penal y de Procedimientos, el 5 de mayo de 1869; obra jurídica de la más alta importancia sin duda, cualesquiera que fueran sus defectos técnicos, y en la que se reveló la personalidad del Licenciado Don Fernando J. Corona, su principal realizador. De esta suerte quedó rota la unidad legislativa en que hasta entonces había vivido la Nación Mexicana.

1.1 Código de 1871

El Presidente Juárez por su parte, al ocupar la Capital de la República, había llevado a la Secretaría de Instrucción Pública, al Licenciado Don Antonio Martínez de Castro, quien procedió a organizar y presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal Federal mexicano de 1871. Años antes, el Gobierno Federal había designado una Comisión del Código Penal encargada de redactar un Proyecto, ésta logró dar fin al Proyecto del Libro I; pero hubo de suspender sus trabajos a causa de la Guerra contra la intervención francesa y el imperio. Años más tarde, vuelto el país a la normalidad, la nueva Comisión quedó designada en septiembre 28 de 1868, integrándola como su Presidente, el Ministro Martínez de Castro, y como vocales los Licenciados Don José Ma. Lafragua, Don Manuel Ortiz de Montellano y Don Manuel M. de Zamacona.

Contando ya, con el Proyecto de Libro I formulado por la Comisión anterior, la nueva trabajó por espacio de dos años y medio llegando a formular el Proyecto de Código que presentado a las Cámaras, fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir 1° de abril de 1872 (artículos transitorios), en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California.

El Código Penal de 1871, tomó como ejemplo próximo el español de 1870, que como es sabido, se inspiró a su vez en sus antecesores de 1850 y 1848. Por lo demás, la Comisión, en punto a doctrina, se guió por Orotlán para la parte general (libros I y II) y por Chauveau y Hélie para la especial (libro III). Responde así, el Código Penal de 1871, a su época: clasicismo penal con acusados retoques de correccionalismo, como enseguida veremos.

Carrancá y Rivas, refiere que: "Se trata de un libro bastante correctamente redactado, como su modelo español. Los tipos delictivos alcanzan, a veces, irreprochable justeza. Se compone de 1151 artículos de los que uno es transitorio y fue decretado por el Congreso y promulgado por el Presidente Juárez. La fundamentación clásica del Código se percibe claramente. Conjugó la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (artículo 34, fracción I). Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (artículos 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático. Reconoce excepcional limitadísimo el arbitrio judicial (artículos 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la Ley (artículos 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte (artículo 29, fracción X) y, para la de prisión, se organiza el sistema celular (artículo 130). No obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales

(artículo 94). Por último, se formula una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio (artículo 325).²

El Código Penal 1871, puesto en vigor en México con vista de provisional, mantuvo no obstante, su vigencia hasta 1929, con relación al tema que nos ocupa, en este ordenamiento, no se establece nada con relación al tipo penal "Del Peligro de Contagio". Las legislaciones anteriores han tipificado este hecho restringiéndolo a las enfermedades venéreas; no obstante, con el devenir de los años y algunas reformas que se verán en el apartado correspondiente así como, de nuevas afecciones, se ha ampliado el catálogo de las enfermedades al expresar en el Código Penal en su artículo 199 Bis, que el agente padezca un mal venéreo, y además añadir "u otra enfermedad grave en período infectante".

1.2 Código de 1929

En 1912, la Comisión presidida por el Licenciado Don Miguel S. Macedo, presentó un proyecto de reformas al Código de 1871, esta tomó como base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso y, a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes y los vicios que han podido notarse en el texto del Código, por más que no afecten a su sistema.

Los trabajos de la Comisión revisora, no recibieron la consagración legislativa por su inactualidad y porque las convulsiones internas del país llevaron a los gobiernos a atender a preocupaciones de más notoria

² Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 126.

urgencia y valla. La revolución, abanderada con las reivindicaciones populares, con las libertades efectivas, con la igualdad social y económica, luchó hasta dominar a las clases poseedoras del poder, imponiéndoles el estatuto de 1917.

Al ir recuperándose paulatinamente la paz pública renacieron las inquietudes reformadoras. En 1925 fueron designadas nuevas comisiones revisoras que en 1929 concluyeron sus trabajos, promulgándose el Código Penal de esta fecha. El Presidente Portes Gil, en uso de sus facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por Decreto de febrero 9 de 1929, expidió el Código Penal del 30 de septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año. Se trata de un código de 1,233 artículos de los que cinco son transitorios. Buena parte de su articulado procede del anteproyecto para el Estado de Veracruz, que fue promulgado como Código Penal hasta junio 10 de 1932. Al respecto, Carrancá y Trujillo observa que: "Muy al contrario del Código Penal 1871, el de 1929 padece graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica."³

El sistema interno del Código Penal de 1929, no difirió radicalmente, sin embargo, algunos de los aspectos más importantes fueron: grados del delito (artículo 20) y de la responsabilidad (artículo 36); catálogo de atenuantes y agravantes, con valor progresivo matemático (artículos 56 a 63), si bien reconociéndose a los jueces la facultad de señalar otras nuevas y hasta de valorar distintamente las señaladas por la ley (artículo 55); arbitrio judicial muy restringido (artículos 161, 171, 194 y 195), prisión con sistema celular (artículos 32, 125 a 128); la supresión de la pena de muerte; la multa, que se basó en la "utilidad diaria" del delincuente (artículo 84); la condena condicional, tomada del Proyecto Macedo y

³ Carrancá y Trujillo. Raúl, Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1997. Pág. 128.

recogida antes por el Código Penal de San Luis Potosí, y la recopilación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público (artículo 320): Algunas otras novedades, como las granjas escuelas y los navíos escuelas (artículos 123 y 124), por su condición de irrealizables entonces y aún ahora, dada la pobreza del erario, aunque inspiradas en el Proyecto Ferri (1921) y por crear el problema práctico en vista de su inexistencia, quedaron convertidas en poética legislativa que restó seriedad al legislador.

Ciertamente representó un progreso el sistema adoptado para la individualización judicial de las sanciones, mediante los mínimos y máximos señalados para cada delito, los que conjugaban con la regla siguiente: "Dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente" (artículo 161). Regla general que quedó a su vez limitada o cuando menos estorbada por el catálogo legal de atenuantes y agravantes, que retrocedió al cartabón clásico otra vez el sistema judicial adoptado.

La inspiración positiva, que guió a los redactores del Código no tuvo fiel traducción en su articulado positivo, el que fundamentalmente no modificó el sistema anterior de 1871. Esto y dificultades prácticas en la aplicación del Código, particularmente en lo tocante a la reparación del daño y a la individualización de la pena pecuniaria, hicieron sentir a los órganos del Poder la necesidad de una nueva reforma que diera satisfacción a las inquietudes científicas recogidas por el mismo Código de 1929, pero sólo muy limitadamente. De esta suerte el mérito principal del Código de 1929, no fue otro que el de proyectar la integral reforma penal mexicana derogando el venerable texto de Martínez de Castro y abriendo cauce legal a las corrientes modernas del Derecho Penal en México.

El Código Penal de 1929, hace referencia por primera vez, al tipo penal en estudio, señalando en el Título Séptimo De los delitos contra la Salud, Capítulo III Del contagio Sexual y del Nutricio, artículo 526 lo siguiente: "Toda persona que transmita a otra sífilis o una enfermedad venérea, será responsable en los términos de los artículos siguientes. Sancionándose en el artículo 527, al que sabiéndose enfermo de sífilis o de un mal venéreo contagie a otro, con pena de segregación, según las circunstancias del caso, de uno a seis años, y multa de diez a cuarenta días de utilidad, sin perjuicio de reparar totalmente el daño causado."⁴

Asimismo, cuando el "contaminador" no sabía que estaba enfermo o por su "rudeza", ignoraba la consecuencia del contagio, o si probaba no haber tenido la intención se le condenaba al pago de multa de cinco a veinte días de utilidad y a la reparación del daño. (artículo 529).

En torno a la querrela, se establecía que cuando fuere uno de los cónyuges el contagiado, sólo podía procederse a instancia del mismo o a petición de sus parientes consanguíneos en primer grado. (artículo 530).

Se estipulaba como obligación de los médicos, advertir al enfermo de sífilis, o de un mal venéreo, el carácter contagioso de su enfermedad, así como las consecuencias legales y la prohibición de contraer matrimonio mientras existía el peligro del contagio; su omisión se sancionaba con multa de cinco a veinte días de utilidad.

En caso de reincidencia, se le duplicaba la multa y a la tercera vez se le suspendía en el ejercicio de su profesión por un año, cada vez que incurría en la falta, además de multa duplicada que debía pagar. (artículo 532).

⁴ López, Betancourt Eduardo. Delitos en Particular. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 63.

Cuando una nodriza sabía o sospechaba que se encontraba atacada de sífilis, tuberculosis, blenorragia, oftalmia purulenta, tracoma, chancro blando, granuloma venéreo, lepra o tiña, se le prohibía amamantar al hijo de otra persona a menos que el niño padeciera la misma enfermedad. (artículo 532).

Asimismo, si el niño era un heredosifilitico, no podía ser alimentado por otra mujer que no fuere su madre, y si ésta no podía, se estipulaba la alimentación artificial o por una nodriza ya sifilítica, sometiéndose ambos a tratamiento médico. (artículo 533).

1.3 Código de 1931

Poco después, se determinó la inmediata designación, por el propio Licenciado Portes Gil, de una nueva Comisión Revisora, la que elaboró el hoy vigente Código Penal 1931, del Distrito Federal en materia de fuero común y de toda la República en materia federal. Este Código fue promulgado el 13 de agosto de 1931, por el Presidente Ortiz Rubio, en uso de facultades concedidas por el Congreso por Decreto de enero 2 del mismo año.

Se trata de un Código de 404 artículos de los que 3 son transitorios; y que a su correcta y sencilla redacción española une una arquitectura adecuada. La Comisión Redactora, tuvo en cuenta las siguientes orientaciones, resumidas por su Presidente el Licenciado Alfonso Teja Zabre: "Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: "no hay delitos sino delincuentes", debe completarse así: "no hay delincuentes sino hombres."⁵

⁵ Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 130.

El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden.

La Escuela Positiva, tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito.

El Código Penal 1931 no es, desde luego, un Código ceñido a cualquiera de las Escuelas conocidas. Respetuoso de la tradición mexicana, su arquitectura formal, con más de una originalidad, sin embargo, es la de todos los códigos del mundo, incluso el mexicano de 1871; pero por otra parte en su dirección interna acusa importantes novedades a las que se agrega lo que de auténtica modernidad había recogido el Código Penal de 1929. Además de mantener abolida la pena de muerte, las principales novedades consisten en: "la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones -sin más excepción, muy debida ciertamente, que la que señala el artículo 371 relativo a robos de cuantía progresiva-, fijándose reglas adecuadas al uso de dicho arbitrio, en los artículos 51 y 52, los que señalan a la Justicia Penal una dirección antro-po-social, que es fundamental, en la teoría del Código. Además, fueron técnicamente perfeccionados: la condena condicional (artículo 90), la tentativa (artículo 12), el encubrimiento (artículo 400), la participación (artículo 13), algunas excluyentes y se dio uniformemente carácter de pena pública a la multa y a la reparación del daño (artículo 29). Todo ello reveló un cuidadoso estilo

legislativo para corregir errores técnicos en que habían incurrido anteriores legisladores.”⁶

El fermento de nobles inquietudes que produjo ese importante fenómeno sociológico político, económico, que se conoce con el nombre de la “revolución mexicana”, no sólo había de despertar a la nación llamándola a la conquista de mejor reparto de la riqueza, a la conquista de su territorio y, en una palabra, a la conquista de la propia alma nacional, sino que tenía que hacerse sentir en el campo estrictamente legislativo, dando lugar a que los anhelos de sincera adaptación de las leyes a las condiciones reales del país, comenzados a sentir con la Reforma Liberal se tradujeran en normas sencillas, modernas, fácilmente aplicables y, sobre todo, acordes con el estado actual del país, dentro del estado actual de la ciencia. Y en el campo legislativo, especialmente en el de la legislación penal, tenía ésta que recibir ese influjo bienhechor, toda vez que tal legislación es la que más afecta a las clases desheredadas de la fortuna y a la sociedad entera.

1.4 Código de 1940.

En el ordenamiento penal original de 1931, el Capítulo en estudio, denominado, “Del contagio Sexual y Nutricio” no logró permanecer, encuadrándose la conducta sólo cuando se produjera contagio, al delito de lesiones; no obstante, fue hasta 1940, cuando se plasmó originalmente. Fue entonces cuando, el 26 de enero de 1940, en el Título Séptimo, del Código de 1931 se adicionó el artículo 199 bis con el siguiente texto:

“El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la

⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 131.

salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y multa hasta cuarenta días de multa.

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

Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas sólo podrá procederse por querrela del ofendido de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio. Cuando se trate de cónyuges sólo podrá procederse por querrela del ofendido.”⁷

Posteriormente, en 1963, el proyecto del Código Penal para la República Mexicana, dentro de Capítulo VIII “Delitos de peligro contra la vida y la salud de las personas”, en su artículo 295 decía:

“El que sabiendo que padece cualquier enfermedad grave en período infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión de tres días a tres años y multa de cien a tres mil pesos, sin perjuicio de su reclusión en un establecimiento adecuado hasta que cese el período infectante.

Igual sanción se impondrá a las personas que ejerciendo la patria potestad, tutela o guarda de un infante que padezca alguna de las enfermedades a que se refiere el párrafo anterior, permitan que sea amamantado por persona distinta de la madre, si conocen la existencia de la enfermedad. Entre cónyuges o concubinos, sólo se procederá por querrela del ofendido”.

⁷ Texto vigente de conformidad con el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1940.

El 20 de diciembre de 1990, por decreto publicado en el Diario Oficial el 21 de enero de 1991, se reformó el artículo 199 BIS de la siguiente manera:

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

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

1.5 Código de 1999.

Con fecha 30 de septiembre de 1999, se publica en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el cual señala en su Artículo Primero lo siguiente: "El Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal vigente, promulgado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de 1931 con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de diciembre de 1998, junto con las reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del Fuero Común, se denominará Código Penal para el Distrito Federal."⁸

⁸ Diario Oficial de la Federación, 30 de septiembre de 1999.

En virtud de lo anterior, es importante hacer mención al texto anterior a estas reformas, el cual establecía lo siguiente:

Del Peligro de Contagio

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

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

Quando se trate de cónyuges, concubinarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

En este sentido, las reformas que aluden a nuestro tipo penal en estudio, correspondientes a las publicadas el 30 de septiembre de 1999, señalan lo siguiente:

Artículo 199 Bis.- Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, y sin que la víctima u ofendido tenga conocimiento de esta circunstancia, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa hasta de cuarenta días multa.

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

Quando se trate de cónyuges, concubinarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

1.6 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

Mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, se expide el Nuevo Código Penal para el Distrito

Federal, el cual en su artículo Quinto Transitorio aboga el Código Penal de 1931, sus reformas y demás leyes que se opongan al mismo.

En consecuencia con lo anterior, el numeral 199 Bis "Del peligro de contagio" es cambiado al numeral 159 "Peligro de contagio", mismo que se encuentra consignado en el Capítulo II, Peligro de Contagio, Título Tercero, Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas, el cual prevé lo siguiente:

"Artículo 159. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de tres meses a tres años y de cincuenta a trescientos días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable, se le impondrán prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido."⁹

2 Concepto del Tipo Penal

2.1 Definición gramatical

Enfermedad: "(Del latín infirmitas; de in, priv., y firmitas firmeza) f. alteración más o menos grave de la salud. // adquirida: cualquiera que no es congénita. // aguda: la caracteriza por aparición súbita y curso rápido. // aparente: aquella cuyos síntomas se manifiestan exteriormente. // congénita: la que ya existía en el nacimiento. // contagiosa: la comunicable por contacto con el enfermo que la sufre. // crónica: la de curso largo y lento. // esporádica: la que se presenta en casos aislados. // hereditaria: la transmitida de ascendientes a descendientes..."¹⁰

⁹ Gaceta Oficial del Distrito Federal. 16 de julio de 2002.

¹⁰ Diccionario para Juristas. Palomar de Miguel. Juan. Ediciones Mayo. México. 1981. Pág. 515.

Peligro: "Riesgo o contingencia de que se produzca un malo daño...
Correr peligro: Estar expuesto a perder la vida o a padecer algún otro mal físico o espiritual... **Poner en peligro:** Por descuido, torpeza u otra falta, comprometer lo que interesa o se aprecia."¹¹

Contagio: "(Del latín contagio, de contigo: de cum, con y targo, tocar) es la transmisión por contacto inmediato o mediato de una enfermedad específica, desde el individuo enfermo al sano."¹²

Salud: "(Del latín salus) Situación de bienestar físico, mental y social con ausencia de enfermedad y de otras circunstancias anormales."¹³

2.2 Definición legal

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal lo define de la siguiente manera:

Artículo 159. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de tres meses a tres años y de cincuenta a trescientos días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable, se le impondrán prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido.

2.3 Definición judicial

El Poder Judicial de la Federación considera:

¹¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 1981. Pág. 178.

¹² Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo X. Ed. Driskill. Buenos Aires. 1989. Pág. 307.

¹³ Diccionario de Medicina. MOSBY. Ed. OCEANO. España. 1995. Pág. 1137.

"CONTAGIO SEXUAL, DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ), Conforme al Artículo 423 del Código Penal del Estado de Veracruz, uno de los elementos constitutivos del delito de contagio sexual, consiste en el conocimiento que se tenga en el delincuente del mal venéreo; por tanto, no puede castigarse por ese delito a quien creyéndose curado del mal de que se trate, lo transmite, si del dictamen pericial no aparece que por sus manifestaciones, podía ser ignorado el propio mal, por el acusado."¹⁴

2.4 Opiniones de penalistas

En opinión del Maestro González de la Vega, la redacción del artículo en el Código Penal de 1940, debió haber sido, de la siguiente manera: "El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante o de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales, amamante o de cualquiera otra manera directa ponga en peligro de contagio la salud de otro, será recluso en establecimientos adecuados por el tiempo necesario, hasta obtener una curación o la inocuidad del sujeto."¹⁵

Mariano Jiménez Huerta, observa en principio que: "El delito de peligro de contagio... aparece incluido en el Título Séptimo, que lleva por nombre "Delitos contra la Salud". Este epígrafe encierra una manifiesto equívoco, pues no expresa a que salud se refiere: si a la individual de la persona, tutelada en el delito de lesiones... que comprende toda alteración en la salud o cualquier otro daño... o a la pública, esto es, la que abstractamente se describe a la colectividad como grupo social..., no hay duda que a la salud a la que hace referencia en el título Séptimo es la pública, habida cuenta de que las además conductas que tipifica como

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación, 5ª Época, Tomo XLVII Pág. 2354.

¹⁵ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1990. Pág. 16

delitos no afectan directamente a la salud de una persona determinada, sino potencialmente a la salud de todos o, abstractamente dicho, a la salud pública.

No acontece así en el delito creado en la reforma de 1940. La conducta descrita en el artículo 199 Bis afecta de una manera a una persona determinada, resulta por tanto, que el bien jurídico protegido en el tipo de peligro de contagio venéreo es la salud en forma individual, o séase, el mismo que tutela el delito de lesiones. Nada pues justifica su inclusión en el Título Séptimo del Código Penal."¹⁶

Al respecto, Francisco Pavón Vasconcelos, indica que: "La primera crítica hecha a la inclusión en el Código de la figura delictiva, radica en su ubicación dentro del Título Séptimo del Libro Segundo, que se refiere a los Delitos contra la Salud, pues el mismo agrupa tipos penales cuyas conductas están dirigidas a lesionar la salud pública y no privada. Por otra parte, es evidente que se da autonomía típica a una clara tentativa de lesiones, cuya sanción cae de lo dispuesto en los artículos 288 y 12 del propio ordenamiento punitivo."¹⁷

En este sentido, Carrancá y Rivas, hace alusión a que: "Causado el contagio se habrán causado lesiones y procederá entonces la acumulación de penas a que se contrae el artículo 58 del Código Penal por expreso mandamiento del precepto comentado ("sin perjuicio de la pena que corresponda"...); lo que nos parece técnicamente un grave error, dado que se trata, en el caso, de un delito de lesiones consumado y el contagio venéreo no habrá sido más que el medio operativo para causarlo, por lo que se consuma en el resultado."¹⁸

¹⁶ Jiménez Huerta, Mariano. La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana. Tomo II. Sexta Edición. Ed. Porrúa. México. 1984. Págs. 334, 335.

¹⁷ Pavón, Vasconcelos Francisco. Diccionario de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 242.

¹⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 530.

Para Díaz de León, es un delito cometido por "quien a sabiendas de padecer una enfermedad grave o incurable, transferible por contagio, pone en riesgo a otras personas de transmitirles un mal, fuere por relaciones sexuales u otras formas, propiciando con ello un peligro para la salud y seguridad individual de aquéllas."¹⁹

Eduardo López Betancourt, al respecto señala: "El delito de peligro de contagio, es aquel por el cual, una persona que conoce su calidad de enfermo de un mal venéreo o de una enfermedad grave en período infectante, a través de cualquier medio transmite a un tercero, dicho mal o enfermedad. Por la naturaleza del ilícito, nos parece excluyente e inútil indicar el medio de "relaciones sexuales" puesto que bastará con decir "cualquier medio transmisible", por que esto implica, con certeza, que las relaciones sexuales son una de las tantas formas en que puede cometerse este delito."²⁰

3 Análisis del tipo penal "Peligro de contagio"

Atendiendo al primer párrafo del tipo penal "Peligro de contagio", el cual señala que "Al que padece una enfermedad grave en período infectante, ..." es necesario conocer en primera instancia, la clasificación de las enfermedades venéreas, así como de aquellas que pueden ser graves, o en su caso, que se encuentren en período infectante; lo anterior, con la finalidad de conocer las enfermedades, que encuadrarían en el tipo penal, para que en consecuencia se reúnan todos los elementos y circunstancias del tipo penal y se llegue a considerar como una conducta delictiva.

¹⁹ Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios. Ed. Porrúa. México 1994. Pág. 268.

²⁰ López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 56.

3.1 Clasificación de las enfermedades contagiosas (enfermedades de transmisión sexual)

Con la finalidad de poder conocer mejor las enfermedades sexuales ("venéreas"), se clasificarán de acuerdo a la importancia que tienen en la transmisión del virus del SIDA, por lo tanto, se describirán en 3 grupos:

Grupo 1

Aquellas que producen úlceras o llagas (heridas abiertas):

- Sífilis
- Chancro
- Herpes genital
- Granuloma inguinal

Este grupo de molestias por presentar heridas abiertas, representan un mayor riesgo pues las mismas facilitan la penetración del virus. Principalmente en el caso de la sífilis, donde la herida no presenta dolor. En estos casos el riesgo de contraer el virus del SIDA (si la persona estuviera infectada) puede aumentar hasta un 13%.

Grupo 2

En este grupo se encuentran todas las enfermedades sexuales que se manifiestan produciendo secreciones o pus:

- Gonorrea
- Clamidia
- Tricomonas
- Hongos

Estas molestias que presentan secreciones, flujos o pus (en algunas ocasiones sangre), tienen una mayor concentración de glóbulos blancos en las mismas y según estudios realizados en el África, por el CDC, si la persona estuviera infectada por el virus del SIDA, la concentración de estos en las secreciones sexuales aumenta hasta el doble de lo normal, en estos casos, el riesgo de transmitir el virus se incrementa hasta un 7%.

Grupo 3

- **Verrugas genitales**
- **Sarna**
- **Piojos**
- **Otras**

Se incluyen también las verrugas genitales o condilomas, por ser una molestia frecuente en los consultorios ginecológicos de varias regiones de Latinoamérica.

La sarna y los piojos (que tienen otras formas de contagio), también aprovechan la relación sexual para pasar a un nuevo huésped. En esta situación, ambos parásitos provocan escozor que al rascarlos pueden ocasionar pequeñas heridas. La presencia de lesiones abiertas en diferentes regiones en los genitales son puertas de entrada para el virus si las secreciones sexuales de la pareja estuvieran infectadas. (semen, fluidos vaginales).

Finalmente, en otras enfermedades tendremos que también se transmiten por relaciones sexuales, pero que no son muy frecuentes en nuestro medio (Hepatitis B, Linfogranuloma venéreo, molusco contagioso).

Sifilis

La sífilis, es una de las enfermedades de transmisión sexual más antiguas que continúa presentándose con frecuencia en todas las regiones del mundo.

Causa

La sífilis es provocada, por un microorganismo cuyo nombre científico es *Treponema pallidum*, tiene la forma de un espiral y su tamaño es de 15 a 20 milimicras. Fuera del cuerpo es muy frágil y apenas consigue sobrevivir 26 horas.

Periodo de incubación y síntomas

Desde el momento en que se produce el contagio del *Treponema*, este comienza a multiplicarse rápidamente en el local donde penetra y posteriormente se disemina por la corriente sanguínea al interior del organismo.

Chancro

El chancro es otra enfermedad, que también se manifiesta por medio de úlceras o llagas, tiene preferencia por climas tropicales, por las grandes ciudades (principalmente aquellas que tienen puertos). Se presenta por épocas, de forma epidémica. Acompaña también las guerras y las migraciones.

El chancro, es causado por unas bacterias pequeñas llamadas *Haemophilus ducreyi*.

- Su tamaño es de 1.5 X 0.5 milimicras (de largo y de ancho respectivamente).
- Forman cadenas paralelas, son inmóviles y no tienen cápsula.

- Fuera del organismo puede ser destruido con facilidad con calor arriba de los 42°C. y por los antisépticos comunes.

Periodo de incubación

El tiempo que pasa desde el contagio, hasta que se presentan los primeros síntomas, generalmente de 2 a 5 días.

Causa

- Es causada por una bacteria llamada *Calymmatobacterium granulomatis* (*Donovania granulomatis*).
- Puede ser encontrada en las lesiones, vistas al microscopio se le puede apreciar dentro de los glóbulos blancos.
- Su tamaño es de 0.6 a 2 milimicras.

Periodo de incubación

El tiempo en que se presentan las primeras manifestaciones es variable, generalmente ocurre de 2 semanas a 1 mes.

Hay algunos autores como Greenblatt, Dienst y Torpin, que proponen de 42 a 50 días. Otros mencionan de 3 días a 6 meses.

Herpes Genital

El herpes genital, es una enfermedad que cada vez va ganando mayor espacio en este grupo de molestias que se transmiten por medio de las relaciones sexuales. Es incurable pero no mortal y se manifiesta en episodios que se repiten constantemente durante toda la vida.

El herpes genital, es causado por un virus cuyo nombre completo es **Virus del herpes Simple tipo 2**. (El herpes labial es causado por el **Virus del Herpes Simple tipo 1**) y tiene las siguientes características:

Su tamaño es de aproximadamente 180 a 200 nanómetros.

Es sensible a la acción del calor y puede ser destruido arriba de los 56°C. en 30 minutos.

No resiste tampoco al contacto con éter, formol, fenol y otros antisépticos comunes. Resiste muy bien el frío hasta 70°C.

Periodo de incubación

El tiempo que pasa, desde el momento del contagio hasta que se presentan los síntomas puede variar de 1 a 7 días, pudiendo llegar en casos extremos hasta 30 días.

- 24 horas después del contagio, surgen las primeras manifestaciones que consisten en el enrojecimiento de la región afectada, acompañados de ardor, escozor y dolor que pasa a ser más intenso, principalmente cuando hay contacto con la zona.
- Puede ser posible la presencia de fiebre, dolor de cabeza y dolores musculares.
- Posteriormente aparecen pequeñas ampollas o vesículas con líquido en su interior, generalmente se les ve agrupadas.
- Después de 4 a 5 días, las ampollas se rompen pasando a formar una o pequeñas úlceras que continúan manifestando dolor intenso.
- Al seguir y por un tiempo que puede variar de 1 a 3 semanas, las úlceras van cicatrizando hasta desaparecer por completo, hasta un nuevo episodio.

- En el hombre, las úlceras se presentan en cualquier parte del pene.
- En las mujeres en cualquier parte del genital externo, vagina, cuello del útero.
- Cuando la persona práctica relaciones sexuales orales, las lesiones se pueden manifestar en labios, lengua o garganta.

Gonorrea

La gonorrea es la enfermedad "venérea", más antigua y frecuente de todos los tiempos, en la actualidad se encuentra en tercer lugar a nivel mundial con 62 millones de casos anuales, detrás de la infección por tricomonas (170 millones) y clamidia (89 millones).

Causa

Los microbios que causan la gonorrea, son unas bacterias que se llaman *Neisseria gonorrhoeae*, pero se las conoce más por **gonococos**:

- Su tamaño varía de 0.6 a 1 milimicra.
- Tienen la forma de porotos o "riñones" y se encuentran formando pares, con sus caras cóncavas juntas, por este hecho también les dicen **diplococos**.
- Es exclusivo de los seres humanos.

Periodo de incubación

El tiempo que tardan en presentarse los síntomas, es generalmente de 2 a 5, días pudiendo variar hasta 10 días. Existen unos cuantos casos registrados que llegan o pasan los 15 días.

Clamidia

La clamidia, es otra enfermedad de transmisión sexual relativamente reciente, tiene una propagación rápida y la característica de no presentar manifestaciones significativas en el inicio de sus síntomas, con esto puede pasar desapercibida y ocasionar alteraciones graves en una etapa posterior.

Causa

Es causada por unas bacterias llamadas *Clamidia tracomatis*, tienen preferencia por las mucosas de los conductos del sistema reproductivo y urinario.

- También puede afectar la mucosa del recto (cuando hay relaciones anales).
- La boca, lengua o garganta (si hay relaciones orales).
- Las conjuntivas de los ojos cuando el bebé nace y la madre tiene clamidia o cuando el adulto toca sus ojos con dedos contaminados, principalmente el hombre.

Periodo de incubación

Las primeras manifestaciones, se presentan de 1 a 3 semanas después que sucede el contagio y en la mayoría de las personas afectadas (sean hombre o mujeres), la enfermedad puede avanzar en silencio, sin presentar ningún malestar.

Hongos

Los hongos, son tal vez los gérmenes mas difundidos en la naturaleza, estos se caracterizan por necesitar de humedad para vivir y

sus esporas (huevos) pueden soportar largos períodos de tiempo en ambientes secos. Es por esta razón que las infecciones provocadas por hongos son muy frecuentes en los seres humanos.

La infección por hongos, también es conocida en términos médicos como **candidiasis**.

Los hongos no son transmitidos únicamente por relaciones sexuales, también es posible como consecuencia de otros factores como:

- **El embarazo.-** Una mujer en la etapa de gestación aumenta hasta 2 veces más la posibilidad de presentar infección por hongos.
- **La diabetes.-** En este caso, la presencia de una mayor concentración de azúcar en la región genital disminuye la acidez, condición que favorece el desarrollo de hongos.
- **Uso de medicamentos como antibióticos de amplio espectro, corticoides y otros que disminuyen las defensas orgánicas.**
- **Uso de ropa interior sintética, muy apretada, que conserva e incrementa la humedad en la región genital.**

Causa

La causa de esta enfermedad, es una especie de hongo llamado ***Candida albicans***. Este microbio es oportunista y vive en las mucosas genitales en pequeñas cantidades sin causar molestias; pero toda vez, que las defensas del cuerpo caen o son debilitadas por cualquier motivo, estos hongos se reproducen fácilmente y pasan a manifestar síntomas.

Verrugas Genitales (condilomas)

Esta enfermedad se puede presentar en cualquier etapa de la vida,

pero generalmente acomete a los que son más activos sexualmente. Existen estudios que demuestran que tiene preferencia por mujeres embarazadas que están con las defensas orgánicas debilitadas.

Causa

Las verrugas genitales, conocidas también por **condilomas**, son causadas por una especie de virus, el *Papiloma virus*.

Periodo de incubación

La mayoría de las personas, comienzan a presentar la primera verruga 3 meses después del contagio, pudiendo variar de 2 semanas hasta los 8 meses.

Sarna

La sarna afecta al ser humano desde hace siglos, pero fue después de la segunda guerra mundial, que la incidencia disminuyó como consecuencia del uso de DDT y otros insecticidas.

En la actualidad sigue siendo una molestia frecuente y es considerada de transmisión sexual, simplemente por el hecho de que durante esa actividad el parásito puede pasar a otra persona.

Como la sarna es provocada por un parásito, que vive sobre y en las camadas que hacen parte de la piel, es muy fácil encontrarlos en las sábanas y otras prendas de las personas afectadas que al entrar en contacto con otras puede provocar el contagio. Es por eso que en la gran mayoría de los casos se observan micro-epidemias dentro de los hogares así como de ambientes cerrados donde conviven día a día: jardines de infancia, colegios, escuelas, cuarteles, cárceles, etc.

En realidad el contagio sexual de la sarna, no deja de ser una eventualidad, así como sucede con la gripe, además afecta a niños y ancianos que no tienen actividad sexual.

Causa

La causa es un insecto muy pequeño cuyo nombre es *Sarcoptes scabiei* (un artrópodo de la familia de los Sarcoptídeos).

Los parientes de este insecto, que provocan sarna en otros animales no hacen lo mismo con el humano.

Piojos

La presencia de piojos en los pelos del pubis, es conocida hace siglos y debido a que estos parásitos pueden pasar a otra persona durante la relación sexual, también está incluida dentro de las antes denominadas "enfermedades venéreas".

Causa

Esta molestia es causada por una especie de piojos, llamada *Phtirus pubis*, estos piojos parasitan la parte externa del cuerpo, en la región del pubis.

- El *Phtirus pubis* es un insecto del genero *Phtirus*, orden *Anoplura* (piojos chupadores), fue descrito por Lineu en 1758.
- Este piojo puede observarse a simple vista o mejor con el auxilio de una lupa de mano y es más visible cuando está con el estómago lleno.
- El macho mide un centímetro y la hembra un milímetro y medio.

- Tiene la forma de un pequeño cangrejo con la cabeza corta. Su abdomen formado por 6 anillos es más grande que el tórax.
- Este piojo afecta principalmente la región del pubis y las áreas vecinas (abdomen inferior, la región anal, de la parte superior de las piernas).
- La hembra pone sus huevos (liendres) en los pelos púbicos, cerca del lugar de implantación.
- La extensión de las zonas afectadas depende de la cantidad de pelos existentes y del aseo de la persona. Se pueden apreciar invasiones extensas en hombres que tienen muchos pelos. En las mujeres el 95 % de los casos se limitan a la región del pubis.
- El cuero cabelludo casi nunca es acometido por esta especie de piojos (los que habitan la cabeza son unos parientes muy parecidos).
- Eventualmente puede ser encontrado en las axilas o bigote.

Contagio

El principal modo de transmisión de estos piojos, es por medio de la relación sexual aunque eventualmente puede llegar a otras personas por contacto con sábanas y otras prendas de la persona afectada.

La transmisión de los piojos de una persona a otra es, muy fácil; prácticamente el 95 %, de quienes tienen relaciones sexuales con personas con piojos contraen al parásito.

Tricomonas

La infección por tricomonas, es la enfermedad más frecuente y difundida en todo el planeta con una incidencia anual de 170 millones de

casos. Afecta los genitales y las vías urinarias tanto en la mujer como en el hombre.

Causa

La causa de esta molestia es el *Trichomonas vaginalis*, un parásito que tiene forma ovalada.

- Su estructura es provista de 4 flagelos (colas) y una estructura ondulante que le permiten gran movilidad
- Tiene un tamaño de aproximadamente 15 milimicras (un poco más grande que un glóbulo blanco) y fácilmente visible al microscopio común.
- Este parásito fue descubierto por Alfred Donné, en Francia en el año 1836.
- Solo afecta al ser humano.

Contagio

La principal vía de contagio, es la relación sexual y con menor frecuencia a través de instrumentos ginecológicos mal esterilizados, muy raramente se puede transmitir por toallas o baños públicos.

3.2 El SIDA "enfermedad Incurable"

Por lo que respecta al tipo penal en estudio, párrafo segundo del tipo penal en estudio, que a la letra dice "...si la enfermedad padecida fuera incurable...", este supuesto encuadra perfectamente al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). En este contexto, se hará un breve estudio de esta enfermedad, atendiendo a la penalidad de seis meses a cinco años de prisión, señalada en mismo párrafo citado, del artículo en comento.

El virus que provoca el SIDA, tiene un nombre muy largo, se llama **Virus de la Inmunodeficiencia Humana**, con las siglas VIH en español y HIV en inglés.

Fue descubierto por la Dra. **Françoise Barre Sinousii**, del equipo del Dr. **Luc Montagnier**, del Instituto Pasteur de París - Francia en mayo de 1983.

Es muy pequeño, mide la diezmilésima parte de un milímetro y no es posible verlo a través de un microscopio común. Es necesario uno electrónico.

Características

Este virus tiene la particularidad de invadir ciertos tipos de glóbulos blancos. Los glóbulos blancos son las defensas del cuerpo, son el ejercito que nos protege de la constante invasión de tantos microbios que entran en nuestro cuerpo día a día. El virus del SIDA, ataca justamente a los comandantes de ese ejercito.

De igual manera afecta a otros grupos de glóbulos blancos y a unas células que se encuentran en la superficie de todo el tubo digestivo incluyendo el recto.

Origen

Sobre el origen del virus, se mencionan una serie de hipótesis que al final se resumen tres:

HIPÓTESIS 1

Esta primera hipótesis, dice: Que el virus proviene de otro muy parecido que se encuentra en la sangre de los monos verdes, monos mangabey y algunas especies de chimpancés del Africa Central.

El mecanismo de contagio entre los monos y el hombre parece estar relacionado al contacto de sangre de los animales con mucosas y heridas en la piel de los nativos que se alimentan de ellos.

- Existen algunas tribus que extraen la sangre de los monos y la toman en señal de agradecimiento, otros hacen lo mismo manchando sus cuerpos con la sangre de los animales. Estos monos habrían infectado a los primeros nativos en regiones selváticas alejadas. En una fase posterior, llegaron a las primeras comunidades.
- También se menciona, que el contagio sucedió a través de productos utilizados en medicina que son hechos a partir de plasma de monos.

HIPÓTESIS 2

Esta segunda hipótesis, dice: Que el virus fue creado por el hombre en ese afán de producir un arma biológica con fines destructivos determinados, por algún motivo habría escapado al control desencadenando la epidemia.

Esta hipótesis, es cuestionada ahora que se sabe que hay muestras de sangre colectadas en el año de 1959 (congeladas y guardadas para estudios posteriores) que ya eran positivas a los exámenes de sangre que se realizaron a partir del año 85. En esa época la tecnología disponible no permitía la producción de un virus tan pequeño.

HIPÓTESIS 3

Esta hipótesis, menciona que: El virus es producto de una mutación, es decir, un virus que anteriormente vivía sin hacer daño, de pronto y por cualquier motivo desconocido, se torna agresivo y comienza a producir la epidemia que estamos viviendo.

Pero indiferente de donde venga el virus, lo cierto es, que son los tiempos modernos los que se encargaron de diseminar la enfermedad de la forma como está sucediendo. Los medios de transporte actual que permiten desplazarse a cualquier lugar del planeta en cuestión de horas, asociado a la promiscuidad y a la presencia de enfermedades de transmisión sexual (venéreas), hicieron posible que el SIDA, se encuentre en prácticamente todos los países del mundo.

Las 3 Epidemias

Por ser una enfermedad que presenta sus síntomas varios años después de que se produce el contagio, las personas infectadas pasan desapercibidas, es decir, tienen el virus dentro de sus cuerpos y como no tienen ni manifiestan ninguna molestia, pueden realizar su vida normalmente, transmitiendo el virus a las personas con las cuales tienen relaciones sexuales.

Por el impacto que la enfermedad produce en el personal de salud en todas sus especialidades, principalmente en el sector de enfermería que es el que se encuentra en contacto directo con líquidos y secreciones de los pacientes.

También por que los vecinos, compañeros de trabajo de curso, de estudios, familiares y quienes se encuentran alrededor reaccionan contra las personas afectadas generando un efecto social contra estas

Por toda esa secuencia de eventos, que acompañan el desarrollo de la epidemia en cualquier comunidad, se denomina al SIDA como siendo la suma de 3 epidemias que tienen características particulares bien marcantes

Primera epidemia

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), esta primera epidemia tiene su inicio en los años 70, época en que supuestamente comenzó el contagio masivo en las comunidades homosexuales de América del Norte, mientras que en el Africa la propagación sucedía en la población heterosexual

Esta epidemia continua vigente y sucede silenciosamente, de forma rápida, por medio de las relaciones sexuales, principalmente en países del sudeste asiático, África y América Latina.

La mejor alternativa para controlar esta epidemia, es la información, educación a todas las personas sexualmente activas, direccionando acciones para los diferentes grupos humanos de cada comunidad.

Segunda epidemia

Esta epidemia tiene su inicio algunos años después de la primera y es cuando los pacientes comienzan a buscar atención en los servicios de Salud.

- Es el aumento progresivo y cada vez mayor de personas víctimas de la enfermedad.
- Es el incremento de la mortalidad por causa del SIDA en las comunidades.

Para controlar esta segunda epidemia, se necesita implementar espacios físicos donde puedan ser atendidos los pacientes, principalmente cuando estos no cuentan con recursos económicos.

También se debe contar con los medicamentos necesarios, para combatir las infecciones y enfermedades que se presentan en los pacientes como medicamentos específicos contra el virus.

Es igualmente importante la participación de otros profesionales de diferentes especialidades, que tienen que intervenir en todos los sectores donde se destacan: inmunólogos, psicólogos, trabajadoras sociales y por que no, abogados para resolver aspectos legales que tienen que ver con los afectados.

Tercera epidemia

Esta epidemia aparece luego o conjuntamente la segunda epidemia y se caracteriza por todas las reacciones adversas y negativas que suceden en el ambiente de las personas afectadas.

- Es la negativa del personal de Salud a la atención de los pacientes.
- Es el rechazo de los vecinos, colegas de trabajo, compañeros de estudios.
- Es la estigmatización, es la expulsión de los inmuebles que alquilan, es la negativa al trabajo.

- Es la constante agresión a los derechos del individuo.

Para superar esta epidemia, tal vez la más agresiva, ingrata e injusta, se necesita que la sociedad comprenda, que las personas que caen víctimas de la enfermedad son seres humanos y en ningún momento representan el peligro que todos suponen.

Es necesario informar adecuadamente a toda la población, para que la misma entienda que se puede convivir perfectamente con quienes tengan la infección.

Resistencia

El virus del SIDA es resistente al frío, puede soportar hasta menos 70°C. sin ningún problema.

Los rayos gama, X y ultravioleta no le hacen nada según propia versión del Instituto Pasteur de París.

También hay publicaciones, que demuestran que el virus resiste muy bien a la deshidratación. La envoltura o cáscara del virus lo protege en ambientes secos por un buen tiempo, puede sobrevivir hasta 7 días en una gota de sangre seca.

Es bueno recordar que en estos casos, para que exista contagio, la sangre seca necesariamente tiene que entrar en contacto con una herida o lesión en la piel. Esto es infrecuente en las actividades cotidianas a no ser que se trate de un ambiente de Salud (hospitales, Centros de Salud, etc.).

Vulnerabilidad

- Fuera del cuerpo humano puede ser destruido con facilidad por una serie de productos químicos como la lavandina (hipoclorito de sodio), alcohol, agua oxigenada y otros utilizados con mayor frecuencia en ambientes de salud.
- Los detergentes comunes, también pueden destruirlo, pero solo se recomienda su uso solo para limpiar superficies y objetos previamente desinfectados.
- El virus no soporta el calor arriba de 56°C.

¿Dónde se encuentra el virus?

Una vez que el virus entra dentro de una persona, pasa a multiplicarse y puede ser encontrado en todos los líquidos, secreciones y órganos de las personas infectadas o enfermas.

De todos ellos solo pueden transmitir la enfermedad:

- El semen y las secreciones uretrales del hombre infectado
- Las secreciones vaginales en la mujer infectada.
- La sangre de una persona infectada
- Finalmente la leche materna de una madre infectada.

Puertas de entrada

Las puertas de entrada o zonas vulnerables del cuerpo son:

- **Las mucosas.-** Principalmente aquellas que recubren la vagina y el cuello del útero en la mujer, el glande en el hombre, la mucosa del recto cuando la persona tiene relaciones sexuales anales y la mucosa de la boca cuando hay relaciones orales. En ambientes de salud, las mucosas de los ojos y la boca se pueden exponerse al contacto con sangre, secreciones y fluidos de pacientes

infectados por el virus.

- **Cortes, heridas y lesiones en la piel que entren en contacto con los fluidos anteriormente citados.**

Contagio

El contagio del SIDA sucede básicamente de 3 formas:

- Por relaciones sexuales.
- Por medio de sangre infectada
- De la madre a su bebe.
- Contagio por relaciones sexuales

La relación sexual constituye en la actualidad la forma más frecuente de transmisión del SIDA, llegando a cubrir del 70 al 92 % de los registros en los países del tercer mundo.

Puede suceder:

- De un hombre infectado a una mujer.
- De una mujer infectada a un hombre.
- De un hombre infectado a otro (en las relaciones homosexuales).

Contagio por sangre

Transfusiones

Cuando una persona pierde sangre en cantidad, ya sea por un accidente de tránsito o por heridas ocasionadas por balas o instrumentos cortantes (cuchillos, puñal, etc.), necesita con urgencia de una transfusión. Si la sangre del donante está infectada por el virus y no hay el control correspondiente, puede infectar a esta persona.

Instrumentos punzo-cortantes

Lo mismo sucede con cualquier instrumento punzocortante contaminado, que se utilice nuevamente en otra persona sin esterilizarlo ni desinfectarlo adecuadamente.

Entre estos podemos citar:

- El instrumental punzocortante que se usa en las cirugías, en los Centros Médicos, en consultorios dentales.
- Agujas y jeringas que comparten los adictos a drogas inyectables, agujas de acupuntura, de tatuajes.
- Material de mani y pedicura, las navajas de peluquerías y otra serie de instrumentos que puedan punzar o cortar la piel.

Otros equipos médicos

Existen también equipos médicos como sondas, catéteres y principalmente los equipos de hemodiálisis que utilizan las personas que tienen problemas en los riñones (estos equipos funcionan como riñones artificiales y purifican la sangre).

Si estos equipos no se desinfectan o esterilizan adecuadamente, pueden transmitir la infección en el caso que sea utilizado previamente por una persona infectada por el virus.

Transplantes/inseminación

Finalmente puede ocurrir por transplantes, si el órgano proviene de un donante infectado, naturalmente que en nuestros días no se debe permitir un transplante sin el control correspondiente. Lo mismo sucede con las inseminaciones.

Contagio de la madre a su bebe

La tercera forma de contagio, es de una madre infectada a su bebé, esto puede suceder en tres momentos:

Durante la gestación

Cuando el bebé se está desarrollando dentro del útero, el virus puede atravesar la barrera placentaria y llegar al bebé a través del cordón umbilical.

En el momento del parto

El contagio puede suceder, si hay contacto de sangre y otros líquidos de la madre con las mucosas de los ojos, nariz o boca del bebe.

Durante la lactación

Finalmente si el bebé nace libre del virus, puede ser contaminado en una etapa posterior, cuando la madre le dé el pecho. El virus puede llegar al bebe por medio de la leche materna.

La posibilidad de que un bebé nazca infectado, varía del 20 al 50% (dependiendo del autor). Eso depende mucho de diversos factores entre los cuales están incluidas las condiciones de higiene en el ambiente del parto.

Todos los bebés que nacen de una madre infectada tienen los resultados positivos a los exámenes de sangre. Eso debe a que estos exámenes detectan la presencia de anticuerpos y en el caso de los bebés

no infectados lo que se detecta son los anticuerpos de la madre que los recibe a través de la leche.

Por otra parte si una mujer infectada que está embarazada toma AZT, la posibilidad de que su bebé nazca infectado baja a 8 %. En términos económicos significa un presupuesto de por lo menos 180 dólares americanos mensuales solo para comprar el medicamento (AZT).

Situación actual

- a) En la actualidad habrían más de 30 millones de personas infectadas por el virus del SIDA a nivel mundial, de ese total, más de un millón y medio son niños. La mayoría se encuentran en países pobres del tercer mundo, principalmente el sudeste asiático, África (con mayor intensidad en la región central y occidental) y también en Latinoamérica.
- b) Desde que comenzó la epidemia, se dice que más de 11 millones de personas en casi todos los países del mundo desarrollaron la enfermedad, de ese total, habrían fallecido más de la mitad.
- c) Es la primera causa de muerte en mujeres de 25 a 35 años en Brasil, país con mayor número de casos registrados en Sudamérica.
- d) De acuerdo a diferentes especialistas, cada día se estarían infectando de 12.000 a 15.000 nuevas personas.
- e) Existen algunas poblaciones del África, donde ya están infectadas hasta el 65% de las personas sexualmente activas.
- f) En Uganda (África), existen grupos de trabajadoras sexuales que tienen un índice de infección que llega al 90%, es decir, 9 de cada 10 están infectadas por el virus.
- g) Existe un aumento explosivo de casos en trabajadoras sexuales del sudeste asiático, principalmente en Tailandia, donde el índice

de infección ya llega al 30%. Lo mismo está sucediendo en este grupo de mujeres de África y Latinoamérica.

- h) En este momento el virus se está propagando con mayor frecuencia en relaciones heterosexuales (de hombre a mujer o de mujer a hombre).
- i) Las personas que están en mayor riesgo de contraer el virus del SIDA y transmitirlo a otros, son aquellas que tienen enfermedades sexuales (venéreas).
- j) El riesgo aumenta hasta un 13% en aquellas que manifiestan úlceras (sífilis, chancro, herpes) y de 4 a 7% en aquellas que producen secreciones o pus (gonorrea, clamidia y otras).
- k) La incidencia de bebés infectados también se está incrementando en la misma proporción que las mujeres, se dice que hasta fines de esta década, las tasas de mortalidad infantil llegaran hasta el 50% por causa del SIDA en varias regiones del mundo, principalmente en los países del tercer mundo.
- l) Un aspecto que llama la atención, es la relación que hay entre el SIDA y otras enfermedades contagiosas, de todas ellas la que más preocupa es la tuberculosis que se manifiesta de forma exagerada e invasiva en pacientes afectados por el SIDA. En estos momentos por lo menos 4 millones de adultos tienen el virus del SIDA y también el microbio que causa la tuberculosis, es decir, un número elevado de personas que tienen una gran posibilidad de que sea la tuberculosis la principal complicación una vez que se debiliten las defensas orgánicas.
- m) Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en algunos grandes hospitales urbanos del África, del 60 a 80% de los adultos internados lo hacen por causa del SIDA.

CAPITULO II NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

1 Concepto

"La palabra delito, deriva del supino delictum del verbo *delinquere* a la vez compuesto de *linquere*, dejar, y del prefijo *de* en la connotación peyorativa, se toma como *linquere viam o rectam viam*: dejar o abandonar el buen camino

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que una vez han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

1.1 EL delito en la escuela clásica

El representante más importante de la Escuela Clásica es, Francisco Carrara llamado "el grande", indica, que la ley penal deriva de la voluntad misma de Dios, pero tiene un fin humano: Proveer a la tutela jurídica, a la protección del Derecho, su límite es la moral, el sistema de la tutela jurídica deriva la razón de la prohibición, de la necesidad de proteger el Derecho, la medida de la sanción se encuentra en la importancia del Derecho que protege.

²¹ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1992. Pág. 202.

El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad; está destinada la pena a influir más sobre los otros que sobre el culpable (moralmente se entiende). El hombre es interiormente libre y la ley le garantiza el ejercicio exterior de su libertad.

En este sentido, define al delito, como la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger los seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, en la violación del derecho. Llama al delito infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además para hacer patente que la idea esencial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos.

La infracción debe de ser resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la Ley Penal las simples opiniones, deseos, pensamientos y, también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones.

Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales, en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.

"Las directrices conceptual–básicas de la Escuela Clásica, se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) El punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente, hecho subjetivo. El método filosófico–jurídico es el deductivo y especulativo.
- b) Sólo puede ser castigado aquél que realice una acción prevista por la ley como delito y sancionada con una pena.
- c) La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables (libre albedrío).
- d) La represión penal pertenece al Estado exclusivamente; pero en el ejercicio de su función el Estado debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente.
- e) La pena debe ser estrictamente proporcional al delito (retribución) y señalada en forma fija.
- f) El juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito."²²

La orientación penal clásica no fue eficaz para atacar el aumento de la reincidencia (del 35 al 40%), el incremento de la criminalidad juvenil (de cada 4 delincuentes 1 era joven); la defectuosa organización carcelaria con régimen celular y, por último, la pródiga abundancia de las penas cortas de privación de la libertad (de cada 10 condenados 9 lo eran no más de 6 meses de prisión).

Cuando se habla de delito como hecho objetivo, se hace abstracción del autor (delincuente) pues los clásicos se inclinaron por considerar la existencia de un derecho natural, congénito a la humanidad el cual implica que el derecho debe tener vida y criterios preexistentes a los pareceres de los legisladores humanos. Lo anterior, debido a que la razón fundamental

²² González Quintanilla, Arturo. Derecho Penal. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 29.

del derecho criminal está en la tutela jurídica del derecho y no de los infractores del mismo.

Estableciendo como criterio preexistente al hombre, se utiliza como un método la deducción que consiste en un tránsito universal a lo particular, supone principios conocidos o existentes de antemano (*a priori*), que son las verdades universales de las que se infieren las particulares. La deducción es de orden racional, especulativa, dando por ciertos principios fuera de toda duda, por lo que, al ser el derecho un principio rector que existe por sí no por obra del hombre, dentro de la corriente clásica, se analiza el derecho utilizando este método.

La figura delictiva y su sanción, deben estar previamente en la ley, es decir, no debe ser ilegal a la pena; esto es, no se irroga legítimamente, si antes la ley no la ha conminado. Quien castiga debe ser la ley, no el hombre. Por tanto, a nadie puede considerársele culpable de algún delito, si éste no está previsto por la ley como sancionable con determinada pena.

Los hombres tienen libre voluntad de actuar, en tal virtud, la ley dirige al hombre en cuanto es un ser moralmente libre y, por ello, a nadie se le puede pedir cuenta de un resultado del cual ha sido causa puramente física, sin haber sido de ningún modo causa moral. Es necesario que el individuo sea moralmente responsable, esto es, que haya realizado el acto con voluntad inteligente.

El Estado como complemento de la ley moral, fija los delitos y las penas, pero también establece su propia autolimitante, para no excederse de ese marco, por tanto, la fuerza coactiva y represiva que no tiene la ley moral, sólo se encuentra en el brazo mismo del hombre.

Se niega la teórica del contrato social, al determinarse que de la ley se derivan la sociedad, la autoridad y el derecho que tiene ésta para prohibir y castigar. La necesidad de la defensa inviste a la autoridad humana de un poder sobre el hombre, pero la justicia domina indefectiblemente el ejercicio de ese poder como medida moderadora. El medio para lograr tal moderación es el rito procesal, que no sólo sirve a los hombres honrados en cuanto les ayuda a descubrir a los delincuentes, sino que les sirve en cuanto los preserva de ser víctimas de errores judiciales; y les sirve también, en la forma debida, a los culpables mismos, en cuanto impide que se les imponga un castigo que exceda la medida adecuada.

En cuanto a la pena como retribución, proporcionada como daño ocasionado, viene a ser formalmente una reacción, substancialmente un castigo retributivo en nombre de aquella exigencia ética que quiere que al bien siga el bien (el premio) y al mal siga al mal (castigo). No existen cometidos especiales que correspondan a la pena. Esta es represión del delito perpetrado y en esta idea de la represión el Derecho Penal debe basarse. No incumben, por tanto, al Derecho Penal, cometidos de prevención que serían cometidos de utilidad social. La pena no debe ser excesiva, es decir, no debe superar la proporción con el mal causado por el delito.

El juez no debe tener criterio personal para fijar las sanciones ya que éstas, objetivamente están fijadas por el legislador sin ningún margen de variabilidad, porque la pena es una emanación del derecho, pues se justifica por la necesidad de coacción moral mediante la amenaza de un mal de los infractores del derecho que sirva para apartarlos de la agresión y que sea la protección del ciudadano honrado; por tanto, síguese de esto que la pena no puede tener sus criterios mensuradores en el arbitrio del legislador, sino en la ley misma.

1.2 El delito en la escuela positiva

Los principales representantes del positivismo son Lombroso, Ferri y Garófalo, iniciaron una tesis antropológica; seguida por una antítesis sociológica, culminando así con una síntesis en que se conjugaban ambas teorías sobre la génesis del delito. La inducción es en general, un género de argumentación por el cual, la recta observación o simple experiencia de los casos particulares, se infiere una ley universal, es el tránsito de lo particular a lo universal, la escuela positiva aplica a la investigación de la criminalidad el método inductivo-experimental, porque se considera que el delito es un fenómeno natural producido por el hombre dentro del seno social, por lo que su estudio debe hacerse en base al método propio de las ciencias causales explicativas; partiendo de realidades, observa y clasifica los hechos por medio de la estadística, advierte la desaparición o reproducción de fenómenos por la supresión o permanencia de hechos antecedentes y trata de inducir todo ello en leyes, principios o conclusiones generales.

Cesar Lombroso, fue el iniciador de esta Escuela; profesaba la carrera de medicina y era uno de los principales seguidores al positivismo y al darwinismo, adentrándose al estudio del genio y del delincuente, las cuales entendía por "anormalidades" en la especie humana y que explicó por la evolución y por la neurosis epilépticas consideradas en esa época lo más racional. "Partiendo de trabajos anteriores sobre Fisiognomía, Frenología y Antropologías Criminales, especialmente los publicados por Despine; partiendo del supuesto darwiniano, afirmó encontrar en el primer bosquejo del delito (cuyo concepto falseaba) en las plantas, después entre los animales y finalmente en los hombres salvajes (a quienes inexplicadamente equipara con los hombres primitivos en el sentido evolucionista), concluyendo por afirmar que el delincuente es un *anormal por atavismo*, un hombre en etapa anterior al grado medio de evolución

actual, doctrina que después amplió explicando tales casos por una regresión debida a la epilepsia."²³

Cuando la Escuela Clásica estaba fuertemente adherida a fórmulas metafísicas, Cesar Lombroso estableció que antes de estudiar el delito como entidad jurídica o como infracción a la ley penal, habría que estudiarlo como una acción humana, como un fenómeno humano, natural y social, teniendo en cuenta la biología del delincuente. Por lo que la fase antropológica de la Escuela Positiva, que cedió el paso a la Escuela Sociológica representada por Ferri: el delito es producto de los factores antropológicos, físicos y sociales. Garófalo, pudo construir la noción de *temibilitá*: perversidad constante y activa del delincuente y cantidad del mal previsto que hay que temer de él", completada después, por Grispigni así: "La peligrosidad criminal es la capacidad de una persona de convertirse con toda probabilidad en autora de un delito."²⁴

Desde el punto de vista psíquico, por tanto, la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, es un atributo, es una cualidad de una persona y, más precisamente, la condición psíquica de una persona en cuanto causa probable de un delito. Desde el punto de vista jurídico la peligrosidad criminal es un estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción criminal, se le pudo así señalar el criterio básico para la fijación de sanciones.

"Algunos de los aspectos importantes de la Escuela Positiva, son los siguientes:

²³ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1992. Pág. 37.

²⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 158.

- a) El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente, autor de la infracción, pues ésta no es otra cosa que un síntoma revelador de su "estado peligroso".
- b) La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al "estado peligroso" y no a la gravedad objetiva de la infracción. El método filosófico jurídico es el inductivo experimental.
- c) Todo infractor, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal si cae bajo el campo de la ley penal.
- d) La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.
- e) El juez tiene facultad para establecer la sanción en forma indeterminada, según sea el infractor.
- f) El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles; por tanto, el régimen celular absoluto y las penas cortas de privación de la libertad son contraproducentes; la pena es, pues, defensa y reeducación."²⁵

1.3 Concepto jurídico del delito

Triunfante el positivismo, pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

La definición jurídica del delito debe de ser, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras.

²⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1997. Pág. 158.

Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe de ser 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.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter sustancial:

- **Noción jurídico-formal**

La verdadera noción formal del delito, suministra la Ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues expresan que el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

Para Edmundo Mezguer, el delito es una acción punible; esto es el conjunto de presupuestos de la pena.

Concepciones desde el punto jurídico-sustancial del delito: dos son los principales sistemas para realizar el estudio jurídico-sustancial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico

Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Antolisei, lo considera como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es modo alguno fraccionable.

Los analíticos o atomizadores, estudian al ilícito penal por sus elementos constitutivos, para estar en posibilidad de entender el todo, lo cual no implica la negación de que el delito integra la unidad. Francisco

Carrara, habla del ilícito penal como una disonancia armónica; ya que al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad.

En cuanto a los elementos integradores del delito, no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos, surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas etc.

- **Noción jurídico sustancial del delito**

Mezguer, elabora una definición jurídico-sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Para Cuello Calón, es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. Jiménez de Asúa, considera que el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, 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.

Cada delito en particular, se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza.

La Escuela Positiva, adoptó como fundamento amplio la defensa social; pero no obstante no hizo de ella su propia y principal base de sustentación, asignando a la pena fines concretos: imposibilitar al delincuente durante más o menos tiempo la comisión de nuevos delitos, mejorarlo socialmente, prevenirlo así contra el peligro de delinquir nuevamente y prevenir esto mismo en los demás. Todo ello es exclusivamente defensa social. La defensa social así concebida no es venganza social porque rechaza la nota necesariamente aflictiva de la pena, que no se justifica en la necesidad. Tampoco es corolario de la idea abstracta de justicia o compensación moral retributiva de mal por mal, porque esta idea errónea es ajena al Derecho Penal, que mira a las actividades antisociales de los individuos, examinando sus causas más que sus efectos.

La defensa social, tampoco es defensa jurídica o tutela de orden jurídico, aunque al Derecho Penal corresponda tutelar enérgicamente los bienes jurídicos, por que es mucho más: defensa de la sociedad por medio de la conservación y el perfeccionamiento de la sociedad entera. La defensa social tiene como fines la prevención del delito y, cuando ya ha ocurrido, la defensa contra sus efectos. Para ello se mantiene ajena a todo fin trascendental, retributivo moralmente, de expiación o de castigo. La tutela penal se justifica por la necesidad de defender las condiciones de existencia de una sociedad determinada, en un momento dado, frente a las violaciones que ponen en peligro.

Esta Escuela, es realmente una oposición ecléctica entre las dos escuelas anteriores, tomando conceptos fundamentales de los clásicos y también de los positivistas, estimando el delito como un fenómeno individual y social, orientándose al estudio científico del delincuente y de la criminalidad; niega el libre albedrío si éste es considerado con toda su dimensión; acepta el principio de la responsabilidad moral distinguiendo

entre imputables e inimputables; sin embargo, no se estima al delito como un acto realizado por alguien con libertad absoluta, sino que existen motivos que determinan y coaccionan psicológicamente al infractor, se inclina más por estimar la pena como una defensa social.

1.4 El delito en el derecho positivo mexicano

El artículo 7o. del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal, ahora denominado Código Penal Federal, establece en su primer párrafo: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El Código Penal de 1931, volviendo al de 1871 y tomando ejemplo del argentino, define el delito, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, artículo 7o. Esta definición es exclusivamente formalista, si bien suficiente a los fines prácticos objetivos de la ley penal. La finalidad pragmática de la definición decidió a la Comisión Revisora a suprimirle la calificativa de "voluntariedad" a la acción, semillero de contradictoria interpretación en la práctica, considerando, sin embargo, con Cuello Calón, que para que la sociedad aplique al delincuente una pena por el hecho realizado basta con que éste sea voluntario, proveniente de su libre (no cabida) voluntad, ya se halle determinada por un conjunto de concausas o ya provenga del libre albedrío. Es pues, la voluntariedad, el fundamento pragmático de la imputabilidad; esto es, que el acto u omisión es el elemento objetivo por medio del cual se manifiesta la voluntad, explican Ceniceros y Garrido.

Desde el punto de vista formal y de acuerdo con nuestro sistema positivo mexicano, generalmente una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales; con la salvedad de que en el propio Código se establezcan delitos no punibles, tratándose de las llamadas

excusas absolutorias, en las cuales la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica; por ende la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo.

No conviene solo lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos. Una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos o propiedades han de ser tales que radiquen en el objeto que se define o se relacionen con él de manera que, a través del tiempo y del espacio, haya la certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos.

Los caracteres constitutivos del delito son: tratarse de un acto u omisión (de una acción), de una conducta humana, y estar sancionados por las leyes penales. Al decirse acción (acto u omisión) debe entenderse la voluntad manifestada por el movimiento del organismo o por falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. Al decirse que esa acción ha de estar sancionada por la ley, se mantiene el principio de que la ignorancia de ésta a nadie aprovecha así como se deduce que la misma ley se obliga a enumerar descriptivamente los tipos de los delitos, los que, para los efectos penales, pasan a ser los únicos tipos de acciones punibles. El artículo 7o., fue reformado conforme al decreto del 30 de diciembre de 1983, Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, para introducir los conceptos del delito instantáneo, permanente o continuo y continuado.

El Código Penal en su artículo 8o, cuyo antecedente atiende al Código de 1871, divide a los delitos en:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia; y
- III. Preterintencionales.

El Código Penal, antes de sus reformas en su artículo 8o. señalaba que: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente"; con base en las posteriores reformas del 10 de enero de 1994, el cual entra en vigor, el día 1o, de febrero de 1994, se contemplaba lo siguiente:

"Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

El Código Penal vigente, en su artículo 18 señala: Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar".

Error de tipo y Error de prohibición, este, encierra múltiples problemas, (la ignorancia de las leyes no excusan su cumplimiento, artículo 21 del Código Civil vigente); añadiendo luego una excusa absolutoria, por lo que hay que interpretar el precepto civil en el sentido, de que lo que no puede —ni se debe— ignorar es la norma, pues la ignorancia de las normas, no excusa su cumplimiento; por lo que si el sujeto desconoce la existencia

de la ley, o el alcance de la misma, o bien crea que se halla justificada su conducta, en rigor se trata de una ignorancia de la ley en términos del Código Civil, lo que es realidad, la ignorancia de la norma.

La ley ya no presume *juris tantum* el dolo y la culpa, conforme al decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado el 10 de enero de 1984; en el que se señala que hay dos grados de culpabilidad; el dolo y la culpa. No contento con esto ha añadido preterintencionalidad, rebasando la sencillez y concreción de la fórmula inicial. En la parte primera de este precepto habla de obrar intencionalmente —se refiere sin duda al obrar doloso— pero, en la parte segunda, sólo habla de obrar imprudencialmente (suponiéndose que aquí quita la intención, lo cual no es correcto). La novedad más importante consiste en que desaparece la presunción legal del dolo que de acuerdo con la regla derogada era una presunción *juris tantum*, o sea que admitía prueba en contrario. Se considera que dicha regla es de naturaleza procesal y su sitio no es por lo tanto un Código Penal; el antecedente de esta regla es el artículo 9o. del Código Penal de 1871, ya que, la regla en cuestión forma o formaba parte de nuestra tradición legislativa, razón por la que hubiera sido conveniente cambiarla en caso de evidente improcedencia de la misma o a falta de solidez. Pero el hecho es que hay delitos que no pueden ser culposos y los hay que no pueden ser dolosos, problema que no es resuelto por la nueva legislación. y por lo que respecta al *juris tantum* del dolo, ya que si admitía prueba en contrario resolvía, el problema planteado.

Por lo tanto, en opinión de Carrancá y Rivas, la definición de la ley es imperfecta, lo grave es que circunscribe la acción humana (que se limita a tal definición) y constriñe la tarea de interpretación del juez. Cuantas acciones que no se reducen a lo que la ley deficientemente dice, son en realidad dolosas.

El que obra "intencionalmente" (dolosamente), el que conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley, lo mismo sucede con la culpa; obra "imprudencialmente" (en realidad culposamente), quien desde luego conoce las circunstancias del hecho típico y como consecuencia quiere o acepta el resultado prohibido por la ley. Supongamos que el agente de una acción culposa no conoce, las circunstancias del hecho típico, por lo que no puede querer o aceptar el resultado prohibido por la ley, lo que hace suponer que el legislador le atribuye al dolo (al obrar intencionalmete, según él) cualidades que también son propias de la culpa (al obrar imprudencialmente, según él).

Obra imprudencialmente (culposamente), según el legislador, quien realiza un hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen aunque no es necesario que se realice el hecho típico con las características señaladas, es menester, que se conozcan igual que en el dolo las circunstancias de tal hecho típico, las cuales comprenden las formales u objetivas, las materiales o esenciales, es decir las que le dan contenido a la acción atijurídica. Es necesario que conozca las circunstancias del hecho y que conozca, por que el deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen sólo se puede incumplir con posibilidades de responsabilidad penal, esto es, de juicio de reproche, si se rebasa la realización del hecho típico y se advierte tanto emocional como intelectualmente el contenido del mismo (haciéndose cargo de que su acción es antijurídica, violatoria por ende de una norma jurídica). La Doctrina distingue entre culpa consciente o con representación, en la que prevén las consecuencias del resultado esperando que no ocurran; y la inconsciente o sin representación, en la que no se prevén dichas consecuencias.

Obra preterintencionalmente, el que extiende su acción culpable, el que viola una norma jurídica mayor a la prevista; con una consecuencia inevitable, en el ámbito típico. La preterintención, ha sido vista a la luz de un propósito culposo y de un resultado doloso, lo que la sitúa en el ámbito de la culpabilidad más que en el de la tipicidad o resultado típico. El legislador al definir la preterintencionalidad en el artículo 9o. del Código Penal, infiere que el resultado debe ser por imprudencia, pero, sucede que, en la fracción VI del artículo 60 se lee lo siguiente: "En caso de preterintención, el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuera intencional", (esta fracción fue derogada según decreto de 10 de enero de 1984), esto quiere decir que, se admite la posibilidad de que el delito sea intencional, doloso en realidad. Pero acontece que, donde se define la preterintencionalidad se califica al resultado como consecuencia de una acción imprudencial. Luego entonces, en el artículo 9o. el resultado se produce por imprudencia, no es que se trate de un imprudencial, sino que, se produce por imprudencia, porque el delito fue o es imprudencial (culposo). Para que exista la preterintencionalidad, en los términos del artículo 9o. el resultado ha de ser producido por imprudencia, por una acción culposa. En cambio, en la fracción VI del artículo 60 el resultado es producto de una acción dolosa. Hay en consecuencia una confusión y contradicción entre ambos preceptos legales del Código.

Según el artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal, el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, de modo que la consumación del delito se obtiene por el simple hecho de infringir la Ley, independientemente del resultado que con ello se obtenga.
Seminario Judicial de la Federación, XLIV, Pág. 138.

La ley al definir los delitos, determina los elementos que constituyen su naturaleza, para darles existencia jurídica; de tal manera que a falta de

comprobación de uno de sus elementos hace que los delitos no queden legalmente comprobados. *El delito es, en su entidad legal, una creación de la misma ley, y en vano se intentaría, fuera de ella, buscar una infracción penal que ameritase castigo*; la ley, para evitar la arbitrariedad, debe señalar como en efecto señala, la manera de probar la existencia del delito (Seminario Judicial de la Federación, VII, pág. 1425.)

El delito consiste en un acto antisocial y antijurídico, que es una negación del derecho, que esta sancionado con una pena y causa una perturbación social. (Anales de jurisprudencia, II, página 695.)

1.5 Elementos del delito y factores negativos

Jiménez de Asúa, define al delito y siguiendo el método aristotélico de *sic et non*, contrapone lo que el delito es a lo que no es, señala los aspectos positivos y negativos del mismo indica: "El delito es un acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre sometido a una sanción penal". enumera sus caracteres de la siguiente forma:

ASPECTOS POSITIVOS

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad objetiva
- g) Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- Falta de acción
- Ausencia de tipo
- Causas de justificación
- Causas de inimputabilidad
- Causas de inculpabilidad
- Falta de condición objetiva
- Excusas absolutorias

- Las características del delito serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad, ahora bien el acto independiente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes; por tanto la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.
- Presupuestos del delito: Son las circunstancias jurídicas de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito. Clasifican a los presupuestos del delito en generales y especiales, son generales cuando necesariamente deben ocurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia implica la posibilidad de integrarlo; mencionan como tales a la norma penal, al sujeto activo y al pasivo y al bien jurídico. Los presupuestos especiales, son los condicionantes de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar la no aparición del delito.

Pessina, considera que el delito como tal, consiste en una negación del Derecho o en un ataque al orden jurídico; Mezguer indica que es la acción punible, entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena, que desde luego, lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera.

Rossi, establece que es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos; Carrara, argumenta que es un ente jurídico constituido por una realidad de contradicción entre un hecho y la

ley; es una disonancia; es 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; es señala Maggiore, desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico; y desde el ámbito valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena.

Como noción jurídica basada en la violación de la norma recogida por el precepto penal al formular los tipos del delito, ha construido Beling la siguiente: es una acción –conducta humana–, contraria típica a Derecho –antijurídica–, culpable –reprochable–, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad.

Después de considerar el delito en un amplio sentido, como "un hecho que produce o es fuente de responsabilidad penal", Eduardo Novoa Monreal formula la noción de delito desde el punto de vista de la ciencia jurídica, tomando en cuenta dos aspectos: uno es la realidad de un hecho contradictorio con el Derecho, ejecutado por un ser humano culpable; el otro, una valoración política del legislador quien decide que esa realidad debe ser sancionada penalmente para mayor convivencia social. El delito no es un concepto delimitable *a priori* conforme a principios abstractos, ya que uno de sus factores está constituido por una apreciación política librada al buen sentido de la justicia y de defensa del orden jurídico del legislador, lo que confiere carácter contingente y mudable.

El delito es siempre una conducta (acto u omisión), reprobada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que ésta amenace, es decir, se

anuncie como consecuencia de la misma, legalmente necesaria. La noción teórico-jurídica del delito puede así, fijarse con estos elementos.

2 Clasificación de los delitos

a) En función de su gravedad

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones; según la división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita considera a los crímenes, delitos y faltas o contravenciones. Nuestra legislación penal, se refiere únicamente a delitos.

b) En orden a la conducta del agente

Los delitos pueden ser de acción y de omisión: los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo, en ellos se viola una ley prohibitiva; en los delitos de omisión, el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de lo ordenado por la ley, violando una ley dispositiva. Los delitos de omisión se dividen en:

- *Delitos de simple omisión o de omisión:* consistentes en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan, es decir se sancionan por la omisión misma, violando una ley dispositiva.
- *Delitos de comisión por omisión o impropios:* son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material, infringiendo una ley dispositiva y una prohibitiva.

c) Por el resultado

Por el resultado que producen, se clasifican en formales y materiales:

- *Los formales de simple actividad o de acción:* son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la

omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o del funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta, se sanciona la acción en sí misma.

- *Los delitos materiales o de resultado material:* son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material.

d) Por el daño que causan

En razón al bien jurídico, los delitos se clasifican en delitos de daño y delitos de peligro; los delitos de daño al consumarse, causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada; en los delitos de peligro, no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro.

e) Por su duración

Los delitos se dividen en instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes:

- *En el instantáneo,* la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, para calificarlo se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples, consumándose en evento típico en un solo instante. Artículo 17o. fracción I del C.P. para el D.F.
- *El Instantáneo con efectos permanentes,* es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.
- *En el delito continuado,* se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la

ejecución. "Artículo 17o. fracción III, se considera que el delito continuado consiste en:

- Una unidad de propósito delictivo;
- Una pluralidad de conductas (discontinuidad en las ejecuciones); e
- Identidad del sujeto pasivo.

En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución, persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución

f) Por el elemento interno de culpabilidad

Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos. El delito es doloso, cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico. En la culpa, no se quiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común, y el preterintencional el cual es citado por algunos autores, el resultado sobrepasa a la intención.

g) En función a su estructura

En función a su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos.

- Los simples, son aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, en ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible.
- Los delitos complejos, son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

h) En relación al número de actos

En relación al número de actos los delitos se clasifican en unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, y los segundos constan de varios actos. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, separados, bajo una sola figura, ya que el tipo se colma con el concurso de varias conductas.

i) En relación al número de sujetos

Estos se clasifican en delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, atendiendo al número de sujetos que intervienen en la realización del hecho descrito por el tipo.

j) Por su forma de persecución

Los delitos se clasifican en delitos que se persiguen de oficio y por querrela; los que se persiguen de oficio, son aquellos en los que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona y la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos como consecuencia, no surte efecto el perdón del ofendido. En los delitos privados o perseguibles por querrela necesaria, para su persecución se requiere que sea llenado el requisito previo de la querrela por la parte ofendida.

k) En función de su materia

Se clasifican en delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos. Los delitos comunes, son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las Legislaturas locales, los federales se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión; los delitos oficiales, son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones; los delitos del orden militar, se rigen por la ley especial de la

materia y los delitos políticos se encuentran consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1) Clasificación legal

El artículo 159 "Peligro de Contagio" se encuentra tipificado en el Código Penal para el Distrito Federal, en su Título Séptimo; Delitos contra la Salud, Capítulo II.

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

1. Por su gravedad	{	Delitos
		Faltas
2. Por la conducta del agente	{	Acción
		Omisión
3. Por el daño que causan	{	Lesión
		Peligro
4. Por su resultado	{	Formales
		Materiales
5. Por su duración	{	Instantáneos
		Continuados
		Permanentes

- 6. Por su culpabilidad
 - Dolosos
 - Culposos
 - Preterintencionales

- 7. Por su estructura
 - Simples
 - Complejos

- 8. Por el número de sujetos
 - Unisubjetivo
 - Plurisubjetivo

- 9. Por el número de actos
 - Unisubsistente
 - Plurisubsistente

- 10. Por su forma de persecución
 - Oficio
 - Querella

- 11. Por la materia
 - Comunes
 - Federales
 - Oficiales
 - Militares
 - Políticos

CAPITULO III TEORÍA DEL DELITO

1 Conducta

"La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."²⁶

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho, el acto y la omisión deben corresponder al hombre, por ser sujeto activo de las infracciones penales; las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente de la de sus miembros, razón por la cual faltará el elemento de conducta, básico para la existencia del delito.

El sujeto pasivo o víctima del delito, es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, el ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal, a veces se confunden ambas, pero hay diferencia entre ellas como ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras que los ofendidos son los familiares del occiso.

Objetos del delito; se hace una distinción entre objeto material y objeto jurídico del delito, el objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se

²⁶ López, Belancourt Eduardo. Teoría del Delito. Novena Edición, Editorial Porrúa. México. 2001. página 83.

concreta la acción delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la Ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan.

La acción "*strictu sensu*" y la omisión; la conducta o acción lato sensu, puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones.

El acto o la acción, *strictu 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.

La omisión, en cambio radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción.

El artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia del Fuero Federal (párrafo segundo), se refiere a la llamada posición de garante dentro de la concepción finalista, ya que como el propio precepto señala, no basta con la omisión que origina un resultado típico; es preciso que el sujeto tenga la obligación de impedir la producción del hecho punible; ese deber es derivado de una Ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que el resultado no se procederá.

Esta adición al artículo 7o., obedeció al cumplimiento del principio de legalidad, regula con precisión la figura de la omisión impropia en virtud de que se había planteado con frecuencia, por la doctrina, que se violaba la mencionada garantía, porque esa forma de realización del comportamiento humano no estaba descrita en la Ley.

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 Ley dispositiva.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia.

Porte Petit, estima como elementos de la omisión propia:

- a) Voluntad, o no voluntad (delitos de olvido);
- b) Inactividad, y
- c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico.

Afirma que la omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico. En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva. Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva."

El olvido solo integra delito si el autor no procuró, por falta de cuidado o diligencia, recordar la acción debida; por ello a tales delitos se les considera siempre como culposos (imprudenciales, según anterior terminología de la Ley e indudablemente no está ausente el factor volitivo).

1.1 La acción en la sistemática finalista

En esta concepción la acción humana no es un mero proceso causal, de ser así, la acción humana se confundiría con los fenómenos de la naturaleza; la acción del hombre es cualitativamente distinta a los acontecimientos naturales; la acción humana se distingue por su finalidad el comportamiento humano es un actuar dirigido a la realización de un propósito, el propósito de la acción permite al hombre sobredeterminar el proceso causal, y como consecuencia anticipa en su pensamiento una meta determinada, a partir de esa determinación, el hombre dispone de los elementos y medios necesarios para la consecución de una finalidad.

El sistema tradicional no desconoce el carácter finalista de la acción, es decir, la acción del hombre está encaminada a un propósito; éste como un aspecto subjetivo según el finalismo, se encuentra dividido en el sistema tradicional, pues se concibe a la acción como un proceso causal "ciego", dejando a la culpabilidad la valoración de la intencionalidad de la acción. El finalismo considera, que la acción humana no es un proceso causal simple, sino que además tiene como parte esencial a la voluntad. Es así como la voluntad forma parte de la acción humana, concluyendo que la causalidad es ciega, la finalidad vidente.

Dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es el ejercicio de la actividad final.

En la sistemática finalista, la dirección final de la acción se realiza en dos fases: interna y externa.

- a) *En la fase interna*, la cual sucede en la esfera del pensamiento del autor, inicialmente se propone la realización de un fin; la selección de los medios para alcanzar el fin propuesto, la consideración de los efectos secundarios, los medios seleccionados y la consecución de un fin.
- b) *En la fase externa*, el autor procede a la realización en el mundo externo de lo planeado en la fase interna; pone en marcha el proceso causal impregnado de finalidad, procurando alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal se verifica en cualquiera de las fases de la acción, una vez que se ha materializado en el mundo exterior. Puede darse el caso de que la finalidad propuesta sea irrelevante para el derecho penal y no lo sean los medios empleados o los efectos secundarios.

1.2 Elementos de la acción

Porte Petit, escribe generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad... la manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado.

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

Welzel, subraya que la acción humana es, por lo tanto, un acontecimiento 'finalista' y no solamente 'causa', que la finalidad es 'vidente'; la causalidad es ciega.

La conducta en Derecho Penal no puede entenderse sino como conducta culpable por tanto, abarca querer la conducta y el resultado; de

no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta limitada a querer únicamente el comportamiento corporal

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal.

Luis Jiménez de Asúa, estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad.

Para Edmundo Mezger, en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Existen varios criterios con respecto a si la relación dentro de la causalidad y el resultado deben o no ser considerados dentro de la acción. La razón de esa divergencia radica exclusivamente, en el uso de la terminología variada; si al elemento objetivo le denomina acción, evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el NEXO CAUSAL, dada la amplitud otorgada a dicho término; lo mismo cabe decir respecto a otros tales como acto, conducta y hecho.

Por eso *Porte Petit*, habla de conducta o hecho; para él la primera no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto a la propia conducta como al resultado y al nexo de causalidad cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior.

1.3 Elementos de la omisión

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

- a) *La voluntad*, la voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. (también en los delitos de olvido ya que en ellos se aprecia el factor volitivo); y
- b) *La inactividad*, la inactividad está ligada al elemento psicológico, ya que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

Para Franz Von Litz, en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura de delito prevista en la Ley. Siempre hay un resultado jurídico; en la comisión por omisión, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma respectiva sino, también una norma prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

1.4 Relación de causalidad en la acción

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

Para determinar cuales actividades humanas deben ser tenidas como causas de resultado, se han elaborado dos corrientes para explicarlas:

- a) *Generalizadora*, todas las condiciones productoras del resultado consideráanse causa del mismo.

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

Teoría de la equivalencia de las condiciones, según esta tesis generalizadora, debida a *Von Buri*, también conocida como la *conditio sine qua non*, todas las condiciones productoras del resultado con equivalentes y por ende, todas son sus causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; éste surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de toda consecuencia y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

Esta teoría ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación.

Para evitar tales excesos se ha pretendido limitarla mediante la aplicación de correctivos. Así, algunos autores, como *Antolisei*, buscan en la culpabilidad el correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones; pues para ser un sujeto responsable, no basta la comprobación del nexo de causalidad, en el caso de una acción dolosa no se requiere retroceder en busca de otras acciones, por existir en la Ley una prohibición del retroceso en la investigación de los antecedentes.

Celestino Porte Petit, afirma que la relación de causalidad, es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado. Por tanto el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, debe comprobarse para dar por existente el hecho, el elemento del delito, una conducta, resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento 'hecho' se

resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta y el nexo naturalístico, entre la misma conducta y el resultado (consecuencia o efecto).

Pero para ser un sujeto responsable, no basta el nexo naturalístico, es decir, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad y constituye un elemento del delito.

Así pues, una vez que se comprueben los elementos del hecho y, por lo tanto, la relación causal, es necesario comprobar los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello no podemos admitir, que la culpabilidad constituya un correctivo en la teoría de la equivalencia de las condiciones; no puede ser correctivo lo que es elemento, o sea aquello indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del delito.

En la teoría de la equivalencia, al ser acertada desde el punto de vista físico y lógico, lo es también en el campo jurídico, sin necesidad de correctivos; basta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito; se requieren los demás elementos esenciales integrantes del ilícito penal.

La corriente individualizadora presenta diversos aspectos:

- a) *Teoría de la última condición: de la causa próxima o de la causa inmediata:* Ortmann sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, las más cercana al resultado. Es inadmisibles esta tendencia, habida

cuenta de que niega valor a las demás concausas y los especialistas están acordes en que el derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del evento.

- b) *Teoría de la condición más eficaz:* Para Birkmeyer, sólo es causa de resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo). Constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador la hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.
- c) *Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada:* Únicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta. Von Bar empieza por distinguir entre condición y causa, ésta es sólo la que produce, por ser idónea, regularmente el resultado.
- d) *Teoría de la imputación objetiva:* En los delitos de resultado la condición material se precisa, además de la acción, la producción de aquél; el legislador exige una relación de causalidad entre la acción y el efecto, que permite, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la acción que lo produjo. Para el finalismo la relación se denomina *imputación objetiva* del resultado al autor de la acción.

1.5 La causalidad en los delitos de omisión

En los delitos de simple omisión, no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (sólo comportan resultado jurídico). Únicamente en los de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (material) a parte del resultado jurídico.

El problema de la causalidad, se agudiza en los delitos de comisión por omisión. Se dice que si la omisión consiste en un no hacer, a quien nada hace no se le puede exigir responsabilidad alguna; de la nada, nada puede resultar.

Para Sebastián Soler, la mera abstención causal se transforma en omisión causal y punible cuando el acto que hubiera evitado el resultado era jurídicamente exigible, éste deber de obrar subsiste en tres casos diferentes, cuando emana de un precepto jurídico específico; si existe una obligación especialmente contraída a ese fin y, por último, cuando un acto precedente impone esa obligación.

1.6 Lugar y tiempo de comisión del delito

En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado; el tiempo que media entre el hacer o no hacer humanos y su resultado es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes.

En ocasiones, sin embargo la conducta y el resultado no coinciden respecto al lugar y el tiempo y es entonces cuando se está en presencia de los llamados delitos a distancia, que dan lugar no sólo a problemas sobre aplicación de la Ley Penal en función de dos o más países soberanos, sino también, dentro del Derecho interno, a cuestiones sobre

determinación de la legislación aplicable, atento el sistema federal mexicano.

Para solucionar estos problemas se han elaborado diversas teorías: Cuello Calón señala tres a saber:

- a) *Teoría de la actividad*, el delito se comete en el lugar y al tiempo de la acción o de la omisión;
- b) *Teoría del resultado*, el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado; y
- c) *Teoría del conjunto o de la ubicuidad*: El delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como en donde y cuando se produce el resultado.

Al respecto, Edmundo Mezger, indica "lugar del hecho es todo lugar en el que ha sido realizada alguna parte integrante del hecho tratándose de la actividad corporal del autor o del resultado posterior", adhiriéndose a la teoría del conjunto o de la ubicuidad, en cuanto a lugar se refiere; con relación al tiempo, para cuestiones sobre prescripción, se afilia a la teoría del resultado; a la de la actividad, tratándose de determinar la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto.

Además, se han elaborado algunos otros como los de la intención, según el cual el delito debe tenerse por realizado en el tiempo y lugar en donde subjetivamente el agente lo ubica, y el de la actividad preponderante, que ve en el acto de mayor trascendencia, dentro de la actividad, el medio de determinar el lugar y tiempo de ejecución del delito.

En nuestra legislación penal se adoptan distintas soluciones debido a la ausencia de una disposición en concreto, siguiéndose la teoría del resultado.

2 Ausencia de conducta

Si la conducta está ausente o si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, en consecuencia si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Es pues la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o impositivos de la formación de la conducta delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico.

Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible a que se refería la fracción I del artículo 15 del Código Penal antes de la reforma.

En el fondo de esta eximente, en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto de halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comprobarse en el campo jurídico-penal como persona capaz. Por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta.

La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de la voluntad.

No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación éste.

con independencia de lo que diga o no expresamente el legislador el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

En este sentido, se puede considerar como factores eliminitorios de la conducta a la vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Operan, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta, que es siempre un comportamiento humano voluntario.

La vis absoluta y la vis maior difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito).

Para algunos penalistas son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues tales fenómenos psíquicos, el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros especialistas los sitúan entre las causas de inimputabilidad.

Según el maestro Villalobos, en el sonambulismo si existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconsciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia" no correspondiente a la realidad (inimputabilidad). Sostiene el mismo tratadista, que el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a

cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia; pero aún admitiendo esto, no puede perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una imputabilidad. También el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según el caso, a una *actio liberae in causa*, cuando el responsable la prevé y la consiente al entregarse al sueño. Finalmente admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad, entre el sueño y la vigilia existe un oscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alucinaciones oníricas, que hagan al sujeto consumir actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente.

3 La tipicidad

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, no debe confundirse el tipo con la tipicidad, el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, basta que el legislador suprima de la Ley penal un tipo, para que el delito quede excluido.

3.1 Función de la tipicidad

Si se admite que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho Liberal, por no haber delito sin tipo legal.

3.2 Tipo y tipicidad en el finalismo

Para el finalismo, la tipicidad es el elemento del delito más relevante; al igual que en el sistema tradicional, la tipicidad es la cualidad que se le atribuye a una acción cuando es subsumible al supuesto de hecho de una norma penal, o lo que es lo mismo, adecuación de la acción (u omisión) al tipo.

3.3 Tipo de injusto

Existe relación estrecha entre la tipicidad y los demás elementos del delito; se habla de tipo de culpabilidad, para designar a los elementos en que esta se fundamenta; se habla de tipo de delito, para designar el conjunto de presupuestos que deben darse para imponer una pena; pero lo correcto es reservar a los elementos en que esta se fundamenta; se habla del tipo del delito, para designar el conjunto de presupuestos que deben darse para imponer una pena; pero lo correcto es reservar el nombre de tipo para la descripción conceptual que sirve para describir la acción prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal, se habla así, terminológicamente, de tipo de injusto.

Como consecuencia de transportar al tipo el dolo y la culpa, el tipo de injusto adquiere una doble vertiente: el llamado tipo objetivo y, el llamado tipo subjetivo:

- a) *Tipo de injusto objetivo*, está constituido de todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica tales como el autor, la acción, medios y forma de comisión, resultado, objeto material, etc.
- b) *Tipo de injusto subjetivo*, se constituye del contenido de la voluntad que rige la acción dirigida a una finalidad; el tipo de injusto se divide a su vez en:

- *Tipo de injusto del delito doloso*, está constituido por el dolo, entendiéndolo simplemente como consecuencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito; y
- *Tipo de injusto del delito culposo o imprudente*, constituido por la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo; la imprudencia se fundamenta en la observancia del deber objetivo de cuidado; la diligencia debida, es el punto de partida obligado del tipo de injusto del delito imprudente.

En la culpa, la acción final no puede acreditarse la imprudencia, por carecer de actuar dirigido a la obtención del resultado típico; no podemos hablar de actuar dirigido a un objetivo, pues los efectos secundarios no son el objetivo planteado.

3.4 Clasificación de los tipos

- a) *Normales y anormales*, la Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos.

Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. La diferencia entre tipo normal y anormal estriba en que, mientras el primero sólo contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe situaciones valoradas y subjetivas.

Si la Ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo. Cuando las frases son usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran

ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo.

- b) *Fundamentales o básicas*, los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código. Por ejemplo en el apartado de "Delitos contra la Vida" es básico el contemplado en el artículo 123 ya que, tiene plena independencia.
- c) *Complementados*, estos tipos se integran con el fundamental, ya que éstos excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.
- d) *Autónomos o Independientes*, son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo (robo simple)
- e) *Subordinados*, dependen de otro tipo, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan (homicidio en riña).
- f) *De formulación casuística*, son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en:
 - *Alternativamente formados*, se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas; así para la tipificación del adulterio precisaba su realización en el domicilio conyugal o con escándalo (artículo 273).

- *Acumulativamente formados*, se requiere el concurso de todas las hipótesis como el delito de usurpación de funciones, en donde el tipo exige dos circunstancias: atribuirse el carácter de funcionario público, sin serlo y, además ejercer alguna de las funciones de tal.

g) *De formulación amplia*, se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo.

h) *De daño y de peligro*, si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño; de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (omisión de auxilio).

4 Ausencia de tipo y de tipicidad

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad.

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos.

La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con persona mayor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento mediante engaño: el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción

legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la ofendida sea menor de dieciocho años.

En el fondo, en toda la atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de él no existe tipo.

El Código Penal en la fracción II del artículo 29, incluye lo relativo a las Causas de Exclusión del delito al mencionar que el delito se excluye cuando falte alguno de los elementos que integran la disposición legal del delito de que se trate.

Las causas de atipicidad se pueden reducir a lo siguiente:

- a) Ausencia de calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activos y pasivo;
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley;
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y
- f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

5 La antijuridicidad

El delito es una conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, además debe ser antijurídica y culpable.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.

Para Sebastián Soler, no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario.

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. En los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores.

5.1 Antijuridicidad formal y material

La antijuridicidad constituye un elemento unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad.

- a) El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el estado (oposición a la Ley); y

- b) El acto será materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto;

- a) La rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal); y
- b) El daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

Para Ignacio Villalobos, la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material.

6 Ausencia de antijuridicidad

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

6.1 Causas excluyentes del delito

- a) Ausencia de conducta;
- b) Atipicidad;
- c) Causas de justificación;
- d) Causas de inimputabilidad; y
- e) Causas de inculpabilidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan.

Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras –añade Nuñez–, son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.

Las causas de inculpabilidad difieren de las de imputabilidad; en tanto las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese supuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable anota Jiménez de Asúa, es psicológicamente incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla, en este sentido, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las causas absolutorias no hay pena.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto, atañen a la realización externa, aprovechan a todos los copartícipes otras eximentes no, ya que son de naturaleza subjetiva, miran el aspecto personal del autor, son personales si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal pues como dice cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos, sin embargo, el mismo autor indica que existe una excepción contemplada en el Código Civil artículo 1911 que establece "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de

indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

Dado el doble carácter de la antijuridicidad (material y formal), sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso.

Para Edmundo Mezguer, la exclusión de la antijuridicidad se funda en la ausencia de interés, y en la función del interés preponderante.

- a) *En la ausencia de interés*, el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad protegida por la Ley, ejercicio de una libertad individual); entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

Más debe tenerse en cuenta, que generalmente los tipos contienen referencias tales como “falta de consentimiento” (del titular), “contra la voluntad”, “sin permiso”, etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el

tipo penal no se captan esos requisitos por darlos la Ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación.

Actualmente el Código Penal en la fracción III del artículo 29 establece: El delito se excluye cuando: Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo (bajo ciertos requisitos).

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuridicidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo.

- b) *Interés preponderante*, cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan opta por la salvación del mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

6.2 Las causas de justificación

Son aquellas condiciones, que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad.

En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causa eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud.

Raúl Carrancá y Trujillo, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación, este nombre es más adecuado ya que comprende todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancias por causas, explicando propiamente Jiménez de Asúa que circunstancia es todo aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente, y las causas cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia.

Causas de Justificación

Legítima defensa.
Estado de necesidad.
Cumplimiento de un deber.
Ejercicio de un derecho
Consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

6.2.1 Legítima defensa

Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

La fracción IV, párrafo primero del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal expresa:

“Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista

amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.”²⁷

Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo, agresión, es la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. La agresión debe de ser real, no hipotética o imaginaria, debe de ser también actual o inminente, es decir, presente o muy próxima, actual es lo que está ocurriendo, inminente, cercano o inmediato.

Pero no basta una agresión real, actual o inminente, precisa también que es injusta, sin derecho; esto es, antijurídica contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.

La agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos

Antes de la reforma se mencionaba la defensa de la persona, del honor o de los bienes del que se defiende o de la persona, honor o bienes de otro a quien se defiende, actualmente se alude en forma genérica a la defensa de los bienes propios o ajenos además, al igual que en el texto anterior se exige que exista necesidad de la defensa, racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

No se menciona la inoperancia de la legítima defensa cuando el agredido previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por medios legales.

²⁷ Gaceta Oficial del Distrito Federal, 16 de julio de 2002.

tampoco el caso relativo a si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o notoriamente de poca importancia comparado por el acusado por la defensa ya que el nuevo texto sólo destaca la necesidad de la defensa, la racionalidad de los medios empleados y la no provocación dolosa suficiente e inmediata.

6.2.1.1 Defensa del honor

Antes de la reforma de 1994 el artículo 310 del Código Penal establecía:

"Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesiones a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso, se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión."

Ahora el artículo 136 hace referencia a una forma más genérica, la cual, incluye la hipótesis antes mencionada así como los casos de homicidio o lesiones cometidos en estado de emoción violenta, estableciendo lo siguiente:

"Al que en estado de emoción violenta cometa homicidio o lesiones, se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan por su comisión.

Existe emoción violenta, cuando en virtud de las circunstancias que desencadenaron el delito, se atenúa en forma considerable y transitoria la imputabilidad del agente."

6.2.1.2 Presunciones de legítima defensa

El segundo párrafo de la fracción IV del artículo 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal señala:

"Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia, o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

Este supuesto comprende dos hipótesis, primero cuando se cause daño a quien en las condiciones descritas trate de penetrar en los lugares señalados, y la segunda, si el intruso ya se encuentra dentro de los sitios indicados, en circunstancias reveladoras de la probabilidad de la agresión.

6.2.1.3 Exceso de legítima defensa

Sebastián Soler indica que el exceso de la defensa es la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada, por lo que, hay exceso en la legítima defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión. En este sentido, el artículo 29 del C. P. Para el D.F. señala que quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.

Antes de la reforma del artículo 16, se penaba este exceso como delito por impudencia, en los casos previstos por las fracciones III y IV del artículo 15 también reformado, señalaban lo siguiente, el caso de no haber necesidad racional del medio empleado en la defensa o que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

6.2.1.4 Problemática de la legítima defensa

Existen situaciones comunes en las que se realiza una conducta típica, en las que se hace alusión a que se actúa en legítima defensa, en estos casos, se tiene que comprobar que esa acción realizada es consecuencia de la repulsión de una injusta agresión, por ejemplo:

- a) *Riña y legítima defensa*, la riña es la contienda de obra entre dos o más personas con el propósito de causarse un daño (artículo 137 del C.P. para el D.F.). Se debe de considerar que la riña es una acción antijurídica, por lo cual, no encuadra dentro de la defensa legítima ya que esta requiere para su existencia de una conducta lícita, frente a una injusta agresión.
- b) *Legítima defensa contra exceso en la legítima defensa*. Giuseppe Maggiore hace una corta pero excelente explicación tratándose del exceso en la defensa legítima indicando que todo exceso constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa.
- c) *Legítima defensa recíproca*, no es admisible la defensa legítima recíproca; quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contraataca:

su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a Derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuridicidad, para quedar justificadas las dos actitudes, precisaría que con ellas, respectivamente, se repeliera una injusta agresión y las conductas no devienen, al mismo tiempo, jurídicas y antijurídicas.

- d) *Legítima defensa del inimputable*, partiendo de la naturaleza objetiva de antijuridicidad, es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe ser valorada objetivamente y dársele, en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se le repele.
- e) *Legítima defensa contra inimputables*, aún cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarle las capacidades de conocimiento y voluntad, si puede, en cambio, ser antijurídica (la antijuridicidad es objetiva) y da lugar a una reacción defensiva legítima.

6.2.2 Estado de necesidad

Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona.

6.2.2.1 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica es aún muy discutible ya que, no se ha podido distinguir si los bienes en conflicto son de igual valor o de diferente valor, presentándose los siguientes casos:

- a) Si el sacrificado es de menor identidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación;
- b) Si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si se configura alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento.
- c) Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuridicidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera una excusa absoluta.

6.2.2.2 Elementos del estado de necesidad

- a) Una situación de peligro, real, actual e inminente;
- b) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente;
- c) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno)
- d) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Nuestro texto legal señala en la fracción V del artículo 29 del C.P., para el D.F., es causa de exclusión del delito, cuando "se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

6.2.2.3 Casos específicos:

- a) El aborto terapéutico, establecido en la fracción II del artículo 148 del C.P. para el D.F.
- b) El robo de famélico, consagrado en el artículo 379 del C.P. para el D.F. (antes de la publicación del Nuevo Código Penal del 16 de julio de 2002).

6.2.3 Cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho

Al lado de las causas de justificación, figuran otras que privan a la conducta del elemento de antijuridicidad, e imposibilitan la integración del delito, es el caso del previsto en la fracción VI del artículo 29 del C.P. del D.F. que como excluyente del delito indica que:

“La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.”²⁸

Como en la defensa legítima, se exige la racionalidad del medio empleado, dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden citarse:

- a) Las lesiones y homicidio cometido en los deportes, ya que los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado, el cual al celebrarse este tipo de eventos en los que se cobra a los espectadores, envía representantes y delegados sino que, percibe los impuestos correspondientes.
- b) Lesiones y homicidio como resultado de tratamientos médicos-quirúrgicos, los cuales tienen su justificación formal derivada de la autorización oficial (expresa o tácita); la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con estas intervenciones

²⁸ Gaceta Oficial del Distrito Federal, 16 de julio de 2002.

quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva; y

- c) Un tipo de lesiones que se contemplaban en el artículo 294 ahora derogado, establecía que las lesiones inferidas por quienes ejercieran la patria potestad o la tutela en el ejercicio del derecho de corregir, no serían punibles si fueran de las comprendidas en el artículo 289 (que tarden en sanar menos de 15 días y no pongan en peligro la vida), y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia.

6.2.3.1 Impedimento legítimo

Al respecto, con las reformas de enero de 1994 al artículo 15, quedó suprimida la excluyente por impedimento legítimo la cual establecía en su fracción VII lo siguiente: "Contravenir lo dispuesto en una Ley Penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo", lo cual impide la actuación de una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción.

6.2.4 Consentimiento del interesado

Esta excluyente del delito, se establece en la fracción III del artículo 29, el cual refiere que:

"Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible:

b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento;

El consentimiento del interesado puede operar algunas veces como causa de atipicidad y otras como causa de justificación; si el tipo exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; sólo cuando el tipo no alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra una justificante.

6.2.5 El exceso.

Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, emerge la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de la delictuosidad.

Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 29, estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.

7 Imputabilidad

Algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando a ambas como elementos autónomos del delito, otros dan un amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella a la imputabilidad y una tercera posición sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Para que un individuo sea culpable y conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo debe tener la capacidad de entender y querer de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Por lo que la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

Por consiguiente, la imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal, es un conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

La imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental; son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad.

7.1 La responsabilidad

Es la situación jurídica, en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado; son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica

que lo imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo desarrollo psíquico exigido por la Ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder por él. La responsabilidad tiene dos acepciones diversas:

- a) Se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente al hecho ante los tribunales; con esto se da a entender la sujeción a un proceso en donde puede resultar condenado o absuelto según se demuestre la concurrencia o la exclusión de la antijuridicidad o culpabilidad de su conducta; y
- b) Para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto contrario a Derecho, si obró culpablemente; así los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva.

La responsabilidad es el resultado de la relación existente ente el sujeto y el Estado, el cual se encuentra representado por una autoridad, misma que declara que aquél obró culpablemente, imponiendo la sanción correspondiente establecida en la Ley.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito, a estas condiciones se les llama *liberae in causa* (libres en causa, pero determinadas en cuanto a su efecto).

8 La inimputabilidad

Como ya se señaló, la imputabilidad es la calidad del sujeto respecto al desarrollo y salud mentales; es la base y esencia de la culpabilidad, ya que, sin aquella no existe ésta y sin la culpabilidad no puede configurarse el delito; por lo que la imputabilidad es indispensable para la formación del delito. Por lo tanto, la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.

Las causas negativas de la inimputabilidad, son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, en su caso, el desarrollo o la salud mental careciendo el sujeto de aptitud psicológica para la delictuosidad. En nuestra legislación vigente se contemplan en el artículo 29 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal:

"Art. 29.- El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código".

8.1 Algunas causas de inimputabilidad

- a) *Trastorno mental*, consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La ley vigente no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes; por lo tanto puede operar la

imputabilidad tanto en un trastorno efímero como en uno duradero.

b) *Tratamiento de inimputables en internamiento o en libertad*, los sujetos que se adecuan a las causas excluyentes de responsabilidad, quedan al margen de toda consecuencia represiva o asegurativa, por haber realizado el hecho penalmente tipificado sin capacidad de juicio y de decisión, impidiendo así el surgimiento de un delito. Se admite que el Estado, adopte las medidas necesarias que no son penas, para la atención de tales sujetos, así como para la protección de la comunidad.

c) *Miedo grave*, en el miedo grave se presenta la inimputabilidad, ya que el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial. El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad ya que obedece a procesos materiales y el temor fundado puede ocasionar una inculpabilidad debido a que tiene su origen en procesos materiales.

Es posible la existencia del temor sin el miedo, en el temor el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia y por ello constituye una causa de inimputabilidad.

d) *Menores infractores*, el Código Penal indicaba en sus artículos 119 al 122 lo relativo a los menores infractores, quedando derogados estos preceptos por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores

9 Culpabilidad

Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

9.1 Naturaleza jurídica

Existen dos principales doctrinas que explican la naturaleza jurídica de la culpabilidad, ellas son:

- a) *Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad*, esta teoría indica que la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad; ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado delictuoso, entonces, la culpabilidad "consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o emocional y el otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres; la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta."²⁹

- b) *Teoría normativa o normativista de la culpabilidad*, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o con culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

²⁹ Porte Petit, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Editorial Porrúa. México. 1984. Pág. 455.

La esencia del normativismo, consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado.

La culpabilidad no nace en ausencia del poder de comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad, ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho, es decir, el deber ser jurídico.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. Los normativistas no se han unificado ni en torno a la norma soporte del juicio de culpabilidad, ni con relación a la materia de hecho sobre la cual ha de recaer ese juicio.

Tanto psicologistas como normativistas, coinciden en que el delito no sólo el acto (objetivamente considerado) ha de ser contrario a Derecho y a las leyes que tutelan, sino que es menester la oposición subjetiva, es decir que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico.

9.2 Formas de la culpabilidad

La culpabilidad reviste dos formas: el dolo y la culpa; según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención

delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). El Código Penal vigente excluye la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad.

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la consciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe descuido por los intereses de los demás.

Por lo que respecta a la preterintención, el artículo 9o. del Código Penal. para el Distrito Federal expresaba: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

9.3 Dolo

El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. El dolo contiene dos elementos:

- a) Un elemento ético que está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber; y
- b) Un elemento volitivo o emocional consiste en la voluntad de realizar el acto; en la violación del hecho típico el elemento.

9.3.1 Diversas clases de dolo

DOLO	Directo	{ El resultado coincide con el propósito del agente.
	Indirecto	{ El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.
	Indeterminado	{ Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial
	Eventual	{ Se desea un resultado delictivo previniéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

9.3.2 El dolo en el derecho penal mexicano

El artículo 18 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en cuanto al dolo señala lo siguiente:

"Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de

la violación a un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar".

9.4 La culpa

Para la delictuosidad de una conducta es necesario que haya sido determinada por una intención (dolo), o por olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa); en ausencia del dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causado por un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. (Cuello Calón). Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (Edmundo Mezguer).

9.4.1 Naturaleza de la culpa

Para determinar la naturaleza de la culpa se han establecido varias teorías, las cuales son:

- a) *La de la previsibilidad*, fue sostenida principalmente por Carrara, para quien la esencia de la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido; afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia, el cual no es, sino un vicio de la voluntad.
- b) *La de la previsibilidad y evitabilidad*, expuesta por Brindling y seguida por Bursa, acepta la previsibilidad del evento, pero

añade el carácter de evitable o previene para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar a juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

- c) *La del defecto de la atención*, sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la Ley.

9.4.2 Elementos de la culpa

Los elementos de la culpa son los siguientes:

- a) El actuar voluntario ya sea positivo o negativo; y
- b) Que la conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado;
- c) Los resultados del acto han de ser previsible y evitables y tipificarse plenamente; y
- d) Precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

9.4.3 Diversas clases de culpa

Dos son las principales especies de culpa: la culpa consciente con previsión o con representación, e inconsciente sin previsión o sin representación:

- a) *La culpa consciente*, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la

posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

- b) *La culpa inconsciente*, existe la voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Es una conducta en la que no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

Con anterioridad la culpa solía ser clasificada en lata, leve y levísima; la culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes. Actualmente la Doctrina ya no hace referencia a tal clasificación, y solamente se acepta en el sentido de operar mayor o menor penalidad.

9.4.4 La culpa en el Derecho Penal Mexicano

Según el artículo 18, del Código Penal para el Distrito Federal:

"Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

...

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar".

En la culpa una de las formas de culpabilidad, consistente en infringir la obligación de comportarse con el cuidado necesario para mantener el orden jurídico; como el texto legal es amplio por referirse al incumplimiento

del deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales imponen al autor, compete al juzgador, determinar, esas circunstancias personales motivadoras del deber de cuidado incumplido.

Pavón Vasconcelos, sugiere, para la afirmación de que un comportamiento es culposo, los siguientes elementos de juicio:

- a) La determinación de si, el hombre medio, hubiera estado en condiciones de dirigir su actuar de tal manera que hubiese podido evitar el proceso causal que originó el evento dañoso y prohibido; y
- b) Si el sujeto no realizó su conducta de acuerdo a la medida de dirección ideal, de lo cual era capaz, para impedir la realización de los efectos nocivos, es decir con la prudencia necesaria, o bien si se actuó con falta de previsión de aquello que era por su naturaleza previsible para el hombre medio y que por ello tenía la obligación de prever (culpa inconsciente o sin previsión) o si habiendo previsto el hecho típico, confió sin motivo, en que no se produciría (culpa consiente o con previsión).

Téngase previsto que no todos los delitos admiten la forma culposa. Muchos tipos requieren necesariamente de una ejecución dolosa, es decir, sólo pueden actualizarse mediante una conducta dirigida subjetivamente a la realización típica.

9.5 La preterintención

En la preterintención, el resultado típico sobrepasa a la intención del sujeto. Las reformas de 1983 al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, se creó una nueva forma de la culpabilidad en la fracción III del

artículo 8o. la preterintención; y se definió en el tercer párrafo del artículo 9o.: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia, reconociéndose así que la preterintención no es sólo dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su adecuación típica.

Con las reformas publicadas el 10 de enero de 1994, se elimina la preterintencionalidad, ya que el artículo 8o. expresa: "Las acciones y omisiones delictivas, solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

9.6 El caso fortuito

El caso fortuito, encontraba su reglamentación en la fracción X del artículo 15 del Código Penal: "Es circunstancia excluyente de responsabilidad: ...Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas". El legislador se refería, al hecho anterior inmediato a la producción del resultado y no a éste; la expresión lícito, atañe a la conducta inicial.

En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad (según Castellanos Tena), en virtud de no ser previsible el resultado, el Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible.

En caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta; de esta amalgama surge el evento.

En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuirsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

Mientras en la culpa inconsciente no se prevé el resultado previsible, en caso fortuito jamás puede preverse por ser imprevisible. Es decir, tanto en la culpa inconsciente como en el caso fortuito hay ausencia de previsión del resultado delictivo, pero en aquélla debe preverse por existir esa posibilidad, en cambio en el caso fortuito el sujeto no tiene el deber de prever lo humanamente imprevisible.

Por último, en las aludidas reformas publicadas en 1994, ésta fue modificada, quedando de la siguiente manera: El delito se excluye cuando: "El resultado típico se produce por caso fortuito".

10 La inculpabilidad

Consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche y opera cuando están ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad, y si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto.

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad; tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto.

La tipicidad debe referirse a una conducta, la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo

penal; y la culpabilidad presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica.

Al hablar de inculpabilidad o de las causas excluyentes de la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta de una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

10.1 Las causas de inculpabilidad

Para que un sujeto sea culpable, es necesario que su conducta intervenga el conocimiento y la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo, ya que, si alguno de ellos o ambos faltan, debe considerarse una causa de inculpabilidad. Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

La fracción IX del artículo 29 del Código Penal en materia del fuero común para el Distrito Federal vigente establece:

"El delito se excluye cuando: En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir a actuar conforme a derecho."

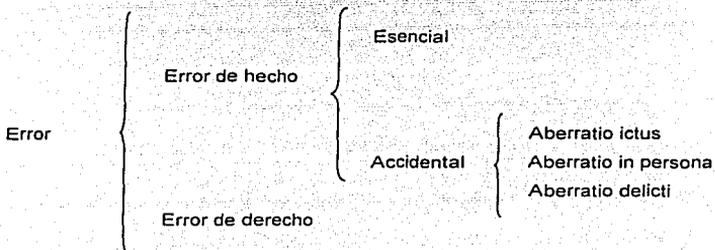
Por lo tanto las causas de inculpabilidad son: El error esencial de hecho (ataca al elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo).

10.2 El error y la ignorancia

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad, el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; en el error se conoce, pero se conoce mal. El error se divide en error de hecho y error de derecho:

- a) El error de hecho se clasifica en esencial y accidental:
- En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente,
 - El error accidental abarca; *aberratio ictus*, *aberratio in persona* y *aberratio delicti*.
- b) El error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación.

La ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, hay ausencia del conocimiento porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.



La doctrina contemporánea, divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del

tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.

La fracción VIII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, considera como causa de exclusión del delito, realizar la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

El error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, si no secundarias. El error en el golpe (*aberratio ictus*) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente. Cuando el error versa sobre la persona objeto del delito (*aberratio in persona*). Cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado (*aberratio delicti*).

10.3 La obediencia jerárquica

En nuestra legislación vigente la obediencia jerárquica no se encuentra especificada dentro de las causas de exclusión del delito; ésta hipótesis queda comprendida en la fracción VII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, relativa a la actuación del inferior para evitar graves consecuencias, hará operar una no exigibilidad de otra conducta (fracción IX); cuando se obedezca la orden por cumplimiento del deber de obediencia, el caso encuadra en la fracción VI del mismo precepto.

10.4 Las eximentes putativas

Son las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta, atípica, permitida, lícita sin serlo. La actuación del agente es antijurídica porque, por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación como se especifica en los siguientes casos:

a) Legítima defensa putativa

Existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión.

b) Legítima defensa putativa recíproca

Es considerada en el caso de que dos personas, al mismo tiempo y por error esencial, pueden creerse, fundadamente, víctimas de una injusta agresión. Entonces la inculpabilidad operaría para las dos partes, por hallarse ambos sujetos ante un error de hecho, invencible con la convicción de obrar, respectivamente, en legítima defensa, sin que en la realidad existan las dos agresiones simultáneas.

c) Legítima defensa real contra la putativa

Se puede dar el supuesto si el sujeto, que por error cree obrar en legítima defensa, con el propósito de repeler la imaginaria agresión, acomete efectivamente a quien considera su injusto atacante, éste puede, a su vez, reaccionar contra la acometida cierta, la cual, si bien inculpable,

es evidentemente antijurídica, por eso en su contra puede oponerse la legítima defensa real, atento el carácter objetivo de las causas de justificación. A uno de los protagonistas le beneficiará una causa de inculpabilidad y al otro una justificante.

d) Delito putativo y legítima defensa putativa

No debe confundirse el delito putativo con la legítima defensa putativa. En el primero, el sujeto imagina que comete una infracción punible, pero en realidad su actuación no es típica; en tanto que en la legítima defensa imaginaria se supone actuar jurídicamente.

e) Estado necesario putativo

Como en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de hecho, éste debe ser invencible y fundado en razones suficientes, precisa además la comprobación de que, si hubiera existido tiempo y manera de salir del error, el agente lo hubiera intentado. Para tener el error resultados eximentes, debe ser esencial, razonable; de lo contrario no produce efectos eliminatorios de la culpabilidad, pues deja subsistente el delito, al menos en su forma culposa.

La base para la solución de los problemas que puedan plantearse, debe darla el análisis de la culpabilidad para precisar si el error ha sido capaz de eliminar el elemento intelectual, por falta de conocimiento del agente sobre la antijuridicidad de su conducta.

f) Deber y derecho legales putativos

Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de

un deber no concurrente. Si el error reúne las condiciones ya antes señaladas, no habrá delito por ausencia de culpabilidad.

g) La no exigibilidad de otra conducta

Para desaparecer la culpabilidad es necesaria la anulación de alguno de sus dos elementos, o de ambos de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

"Art. 29.- El delito se excluye cuando:

IX. En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho."

h) El temor fundado

El Código Penal vigente en materia del fuero común para el Distrito Federal en el artículo 29 fracción IX, establece que el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos, propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. Como en realidad se trata de la vis compulsiva o coacción moral, queda comprendida como un caso de la no exigibilidad de otra conducta.

i) Encubrimiento de parientes y allegados

En este caso, la excusa absoluta se establecía en la parte final del artículo 400, misma que hacía referencia, a su fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, el cual señalaba que:

“Art. 400.- Comete el delito de encubrimiento quien:

III. Oculte o favorezca del ocultamiento del responsable del delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y

IV. Cuando se trate de:

- Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y
- Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

j) Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad

Se da el caso, cuando los intereses en conflicto son de un valor equivalente, si los bienes son desiguales, sólo cuando el sacrificado sea de menor entidad, se integrará una causa de justificación; el sistema jurídico, permite, aun con pérdida del menor, la salvación del de mayor valía. La conducta de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo

rango, no es delictuosa o no es punible; debe operar en su favor una causa de inculpabilidad.

11 La punibilidad y su ausencia

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando por su naturaleza amerita ser penado; es la acción de poner a los delincuentes, las penas conducentes.

Celestino Porte Petit señala: "Cuando existe una hipótesis en ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito".³⁰

11.1 Condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia.

Por lo regular, son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

³⁰ Porte Petit, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Editorial Porrúa. México. 1984. Pág. 468.

12 Ausencia de punibilidad

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la 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 o equidad; en presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta, típica, antijurídica y culpable) permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

12.1 Especies de causas absolutorias

Nombraremos algunas de las causas absolutorias más importantes:

- a) *Excusa en razón de mínima temibilidad*, un ejemplo de esta excusa lo encontramos en el artículo 375 del Código Penal Federal vigente el cual establece que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes que la Autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia. Todo es en razón de una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

- b) *Excusa en razón de la maternidad consciente*, en este caso la fracción IV del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal, establece la imputabilidad en caso de aborto sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de

su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad, por ende resultaría absurdo reprimirla. En este caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad. También se presenta el caso de que el embarazo sea producto de una violación (fracción I), nada puede justificar imponer a la mujer este tipo de maternidad como producto de un atentado sexual, en este caso se exime la pena en razón de la no exigibilidad de otra conducta.

- c) *Excusa por graves consecuencias sufridas*, atiende a una comprensión indulgente y humanitaria, así como a los verdaderos fines de la pena, en este caso, en el artículo 55 del Código Penal Federal, se establecen excusas absolutorias o formas de perdón judicial:

"Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos".

De igual manera, el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, establece una excusa absolutoria para quien culposamente cause lesiones y homicidio a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el agente se encontrare bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere la figura y no auxiliare a la víctima.

CAPÍTULO IV LA VIDA DEL DELITO

1 Concepto

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que inicia como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; a este proceso se le llama *iter criminis*; el camino del crimen.

Los delitos culposos no pasan por este camino, se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial. La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo empieza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito.

1.1 Fases del *iter criminis*

El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado; a la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta el punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación.

a) Fase interna

La fase interna abarca tres etapas: la idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

- *Idea criminosa o ideación*, en la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desiderada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.
- *Deliberación*, consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra, si la idea resulta rechazada, es anulada en la idea de la misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la liberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitoria.
- *Resolución*, a esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va hacer, decide llevar a cabo su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido a la exterior, sólo existe como propósito en la mente.

b) Fase externa

Comprende desde que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución.

- *Manifestación*, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existe sólo en la mente del sujeto.
- *Preparación*, los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y no

pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir.

- Ejecución, el momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación.
- Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos del tipo legal,
- En la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo, esto es, ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate.

En este sentido, el fundamento de la punibilidad en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminosa, no es punible la tentativa.

Por lo que el artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado."

Este precepto, comprende las dos formas de tentativa, la acabada como la inacabada, se alude en forma expresa a la comisión por omisión, al aludir a la conducta consistente en omitir los actos que deberían evitar el resultado.

1.1.1. Diversas formas de tentativa:

Como formas de tentativa se conocen la tentativa acabada y la tentativa inacabada.

- a) En la tentativa acabada o delito frustrado, el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.
- b) En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.

Si en la especie tentativa inacabada o delito intentado cabe el desistimiento, en la acabada o delito frustrado no es posible y tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento activo o eficaz; no es posible desistir de lo ya ejecutado, mas como el resultado no se produce por causas derivadas de la voluntad del agente, tampoco hay punición.

1.1.2 Delito imposible

En el delito imposible no se produce el resultado y no surge por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por ser imposible. En este no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por idoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito.

1.1.3 Delito putativo

En el delito putativo no hay infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe, ni existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria; el sujeto cree, erróneamente, que su conducta es punible sin serlo legalmente. El delito putativo no puede sancionarse en grado de tentativa ni de supuesta consumación, pues no entraña la ejecución de la conducta capaz de producir el delito, ni la omisión de la adecuada para evitarlo.

2. Participación

La participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad, si en la descripción típica no se precisa como necesaria la concurrencia de dos o más personas, el delito sigue siendo monosubjetivo aun cuando en forma contingente intervengan varios sujetos.

En los delitos unisubjetivos por naturaleza, es posible la concurrencia de varios agentes entonces, es cuando se habla de participación o concurso eventual de personas en la comisión del ilícito penal; si diversos individuos intervienen, tanto en la planeación como en la ejecución y a cada uno le toca una actividad distinta dentro del mismo propósito concebido, sus conductas, tendientes a la producción del resultado de muerte, configuran el concurso eventual o participación; si la estructura del tipo requiere de dos o más sujetos activos, se integra el concurso necesario.

2.1 Grados de participación

En la participación, es necesaria la intervención de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención entonces, si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado, ya que éste

se considerará respecto a la actividad o inactividad de cada uno, dando como resultado las diferentes grados de participación.

El autor, es el que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante; así como, los autores materiales y los intelectuales contribuyen con el elemento físico y anímico.

Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente autor; si varios lo originan, reciben el nombre de coautores; los auxiliares indirectos son los denominados cómplices, quienes cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

La participación es moral, cuando atiende al carácter psíquico o moral del aporte del autor principal; es física, si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

En la instigación, el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo.

La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillarlos a la ejecución del delito.

El mandato, existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio de quien ordena; la orden, no es sino una forma de mandato y la impone el superior al inferior con abuso de autoridad.

La coacción, se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El consejo es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador. La asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, en primer orden se refería a los responsables quienes aportan una actividad intelectual, la fracción II aludía al autor material, que es el que ejecuta el acto por sí mismo; la fracción III señalaba a los coautores; la fracción IV hacía referencia a la autoría mediata, es decir, que es responsable quien delinque por medio de otro; la fracción V contemplaba las hipótesis de instigación e inducción como autoría intelectual; en la fracción VI se hacía referencia a la complicidad; con las reformas, se eliminan las fracciones VII que refiere un aspecto del encubrimiento; y la fracción VIII que hace alusión a los casos de autoría indeterminada o responsabilidad respectiva.

En virtud de lo anterior, el artículo 64 Bis señala que:

"En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva".

El encubrimiento, encuadraba como una forma de participación según lo establecía el artículo 13, fracción VII; y como delito autónomo en el artículo 400, si la participación era considerada como la vinculación de los sujetos que intervienen en la preparación o ejecución del delito; por lo tanto, el encubrimiento no podía considerarse como una forma de

participación, salvo que la acción posterior al delito haya sido acordada previamente.

"Artículo 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I. Con ánimo de lucro después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

- II. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie de autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;
- III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;
- IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y
- V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que

tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables;

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones señaladas, hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito, debiendo aplicar la sanción que autoriza este párrafo."

La diferencia básica entre la participación múltiple y la asociación delictuosa radica en que en esta última el motor de la relación es la ejecución delictiva para la ejecución de un delito; en cambio, en la participación múltiple, ya sea por concierto previo o por adherencia, la relación será en función de un delito único, es decir, en la participación los activos lo son en relación con un delito precisado de antemano, en la asociación están dispuestos a participar en delitos aún no determinados.

Por otra parte, el texto vigente del artículo 22 en su último y penúltimos párrafos establecen que:

"Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código."

En virtud de lo anterior, el artículo 81 señala lo siguiente:

"En los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva."

2.2 Reglas especiales de participación

En el Código Penal para el Distrito Federal, se establecían las reglas especiales en cuanto a la realización de un delito emergente. El artículo 14 señalaba:

"Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los siguientes requisitos:

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
- III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito;
y
- IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho de su parte para impedirlo.

En la fracción I, se hace referencia a la imputación dolosa, por haberse querido el resultado, sea directa, indirecta o eventualmente; la fracción II contempla una hipótesis de dolo indirecto (de consecuencia necesaria); la fracción III, puede dar lugar al dolo en sus distintas especies, debido a que el sujeto al saber de la comisión del delito, es claro que tuvo la representación del mismo y lo quiso; y en la fracción IV, se aprecia el dolo eventual, porque al estar presente el agente en la ejecución del nuevo delito, no hizo cuanto estaba de su parte para impedirlo, por consiguiente lo ratificó o aceptó.

La llamada corresponsabilidad, es un fenómeno en el que uno de los partícipes en un delito que la ley llama principal, durante la fase de ejecución-consumación de tal delito, ejecuta otro totalmente ajeno a la secuela delictiva, al grado de que ni siquiera se le puede llamar contingente.

En este sentido, Gustavo Malo Camacho, señala que: "en términos de este artículo se hace alusión al "delito emergente", el cual se comete durante la realización de otro delito, conforme a un proceso causal del

todo independiente y diferente siempre que ocurran las características de las fracciones antes citadas.”³¹

El clásico ejemplo es de quienes son partícipes en un robo en casa habitada, y uno de ellos viola a una persona dentro de dicha casa. Si los demás partícipes están presentes y no se oponen, la ley ordena la imposición de una pena no como partícipes, sino como corresponsables, salvo que se opongan materialmente al nuevo delito.

En este caso la corresponsabilidad, el partícipe en un delito que no se opone a la comisión de otro delito totalmente ajeno a la secuela en la que tiene participación, responde porque la ley lo vuelve garante de cualquier bien jurídico que pueda resultar lesionado en forma típica.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal vigente, en su artículo 25 dispone:

“Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, todos serán responsables de éste, según su propia culpabilidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Que sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que sea una consecuencia necesaria o natural de aquél, o de los medios concentrados;
- III. Que hayan sabido antes que se iba a cometer; o
- IV. Que cuando hayan estado presentes en su ejecución, no hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

³¹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1998. Pág. 497.

3 El concurso de delitos

"En el derecho penal se habla de "concurso de personas" en el delito, cuando más de una persona interviene en su comisión; de "concurso de normas", cuando un mismo hecho aparece en principio regulado por diversas normas, siendo necesario determinar cual de entre ellas es la aplicable; y se habla también de "concurso de delitos", ante la realización de diversos delitos."³²

Concurso significa diversidad, pluralidad. Concurrir significa convergencia o intervención de varios, en la comisión de un hecho delictivo, cuando un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; se le da el nombre de concurso, ya que concurren varios actos delictivos. El concurso de delitos puede ser ideal o material.

Quando el delito es único, puede ser consecuencia de una sola conducta; pero en ocasiones, puede tener como resultado múltiples lesiones jurídicas, ya sea como unidad en la acción o mediante varias acciones; o por otra parte, con varias acciones que realice el mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico, por lo tanto se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- a) Hipótesis de delito simple, unidad de conducta y de resultado;
- b) Hipótesis de delito continuado, pluralidad de conductas y unidad de resultado delictivo;
- c) Hipótesis de concurso ideal o formal de delitos, unidad de conducta y pluralidad de resultados delictivos;
- d) Hipótesis de concurso real o material de delitos, pluralidad de conductas y de resultados delictivos.

³² Malo Camacho. Gustavo Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1998. Pág. 507.

- e) Unidad de conducta y de resultado típico, es el caso del delito singular y simple que se presenta cuando, con una sola acción una persona comete un solo delito.

3.1 Unidad de acción y de resultado

Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

3.2 Unidad de acción y pluralidad de resultados

En este caso aparece el concurso ideal y el concurso formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal –y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto–, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose. Consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

Artículo 28 del Código Penal para el Distrito Federal.- "Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos." por su parte el artículo 79 señala "En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor, penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en Título Tercero del Libro Primero de este Código."

El concurso de delitos es una figura jurídica que tiene por objeto dar un tratamiento especial, en orden a la penalidad, a la comisión de un número plural de delitos cometidos por un mismo autor, sea que tal pluralidad de delitos derive de una sola conducta, o bien que se a consecuencia de una pluralidad de éstas.

3.3 Pluralidad de acciones y unidad de resultado

Una conducta reiteradamente delictuosa, puede lesionar el mismo bien tutelado por el Derecho. Las acciones son múltiples, pero una lesión jurídica. Se habla entonces del delito continuado (continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución), consistente en unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de ataque jurídico.

3.4 Pluralidad de acciones y de resultados

Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo), cometidos por el mismo sujeto.

Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

4 Criterios de imposición de la pena en el concurso de delitos

- a) *Sistema de cúmulo material de la pena*, consiste en la aplicación que corresponden por cada uno de los delitos cometidos, mismas

que deberán ser compurgadas simultáneamente, si la naturaleza de las penas lo permite, o bien de manera sucesiva, cuando las penas sean de la misma especie o su naturaleza así lo exija.

- b) *Sistema de absorción de las penas*, este sistema de imposición propone la aplicación de la pena al delito más grave, dentro del cual se subsumen todos los demás delitos, mismos que operan a manera de circunstancias agravantes, la pena mayor absorbe a la pena menor.

- c) *Sistema del cúmulo jurídico de la pena*, este sistema, consiste en la aplicación de la suma total de las penas correspondientes a los de los delitos cometidos, si bien estableciendo una cierta reducción proporcional de manera tal que, de acuerdo con el sistema más frecuentemente aplicado, implica la aplicación de la pena por el delito más grave, la cual es incrementada hasta un cierto límite o bien dentro del parámetro del límite máximo señalado en la pena de esa naturaleza.

En opinión del Dr. Gustavo Malo Camacho, tanto en el concurso real como en el concurso ideal, son susceptibles de presentarse, como clases del mismo, en razón de la forma de lesión al bien jurídico, el concurso homogéneo y heterogéneo, que lo mismo pueden afectar al mismo o a diferentes pasivos.

- a) *Concurso homogéneo*, se refiere al caso en que la pluralidad de delitos ocasionados implica la violación al mismo tipo delictivo, lo que significa la lesión a los mismos bienes jurídicos que el tipo protege.

- b) *Concurso heterogéneo*, se presenta cuando los delitos cometidos suponen la violación a diversos tipos penales diferentes.

5 Concurso aparente de leyes

En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto; esto es bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de concurso aparente de leyes o conflicto de leyes.

- a) En el concurso ideal, un solo acto tipifica dos o más delitos por violarse en efecto dos o más disposiciones penales;
- b) En el concurso aparente sólo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cual sea, pues varias tipifican el mismo hecho.

Son dos o más leyes en donde, simultáneamente, trata de encuadrar una misma conducta. En este caso, no existe concurso de delitos, la infracción penal es única y una sola lesión jurídica; hay pues, concurso de leyes, por ser diversas las que pretenden comprender el hecho. No operan distintas antijuridicidades, sino una, pero parece convenir, al mismo tiempo, a varios tipos legales.

González Quintanilla, denomina "concurso de leyes o concurso aparente de normas al problema de aplicación de la ley que se presenta cuando respecto de una misma situación de hecho, aparecen dos o más disposiciones legales vigentes en el mismo tiempo y lugar, que pretenden regirla simultáneamente, cuando en realidad, debido a la relación que

media entre ellas, la aplicabilidad de una, determina la aplicabilidad de la otra."³³

En este contexto, se hace referencia a cuatro principios, no muy consistentes para resolver el problema:

- a) *Principio de alternatividad*, bajo este principio de optarse por uno u otro tipo, pues existiendo contradicción entre éstos, no es posible aplicarlos simultáneamente a la misma conducta: "la afirmación de uno implica la negación del otro y viceversa, lo cual conduce fatalmente a una solución alterna. Por ejemplo, la complicidad y encubrimiento, la relación alternativa es aquella en que dos figuras reciprocamente se excluyen por incompatibilidad con relación a un mismo hecho, el cual sólo puede encuadrar en la una o en la otra."³⁴
- b) *Principio de subsidiaridad*, existe subsidiaridad cuando una Ley sólo demanda aplicación de modo auxiliar en el caso de que la otra (primaria) ya se haya desechado. Se caracteriza además, porque la figura subsidiaria es siempre de menor importancia; es decir, menos grave que el tipo primario.
- c) *Principio de consunción*, es un estadio inferior de la violación que, aisladamente integra un tipo, pierde dicha entidad cuando se convierte en elemento de una figura delictiva que capta un estadio superior; es decir, una lesión jurídica más acentuada.
- d) *Principio de especialidad*, la especialidad se surte cuando el tipo de una figura se encuentra contenido íntegramente y de modo necesario en el tipo de otra. De esta manera, tenemos que el tipo específico abarca íntegramente al genérico, más uno o varios

³³ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1998. Pág. 551.

³⁴ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Pág. 175.

elementos nuevos y distintos que lo hacen más especial, restringiéndolo en mayor medida.

Solución moderna con base en el tipo: Especificidad

El enfoque moderno para resolver el concurso aparente de normas canaliza la fórmula hacia la tipicidad formal, ya que el error básico del tratamiento tradicional radica en que los diversos autores afirman su existencia por el solo hecho de que el verbo definitorio (tratándose de tipos mono-nucleares), o es de sus distintos elementos (si se trata de otros tipos), resulta idéntico al de otra norma.

En principio, siguiendo una idea doctrinaria, se dio un paso en firme cuando se establecieron fórmulas legisladas abordando el tema por eliminación, señalando cuándo hay concurso de delitos y, en vez de enunciar las directrices para la solución del concurso aparente, se determina cuándo debe negarse el concurso formal de delitos. Es decir, le da una solución indirecta al problema de la siguiente forma:

No hay concurso de delitos cuando:

- I. El hecho corresponda a más de una infracción penal si una es el elemento constitutivo o calificativo de otra;
- II. La norma sea especial respecto a otra que sea general;
- III. La norma sea principal respecto a otra que sea subsidiaria;
- IV. Las normas estén formuladas alternativamente, siempre que establezcan la misma sanción; y
- V. Una norma absorba descriptiva o valorativamente, a otra de tal manera que su aplicación conjunta entrañaría sancionar dos veces el mismo delito.

Por último, se resuelve el concurso aparente observando las modalidades de la acción y, si hay un tipo que específicamente las describa, será el que la rige, excluyendo al que captando la afectación del mismo bien no las describa en forma expresa.

Ejemplificando el tema, en el concurso formal, llamado también ideal, una sola conducta afecta varios bienes jurídicos y de acuerdo con el principio subyacente en el sistema de la ley, conforme al cual hay tantos delitos cuantas lesiones jurídicas se hubieren producido, concurren varias normas compatibles, en cambio en el concurso aparente de normas hay una sola lesión jurídica y en apariencia varias normas describen la conducta que la produjo, pero tales normas entre sí incompatibles. Dicha incompatibilidad se explica porque no hay varias lesiones, sino una sola.

6 Reincidencia

Significa que un sujeto ya sentenciado, ha vuelto a delinquir. Hay una diferencia fundamental entre el concurso real y la reincidencia; para ésta se requiere que ya se haya pronunciado la sentencia condenatoria por un delito anterior, mientras el concurso no.

La reincidencia se clasifica en genérica y específica. La primera existe cuando un sujeto ya condenado, vuelve a delinquir mediante una infracción de naturaleza diversa a la anterior. Específica si el nuevo delito es de especie semejante al cometido y por el cual ya se ha dictado una condena.

"Art. 20 del Código Penal para el Distrito Federal señalaba.- Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde

el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la Ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.

Art. 65 del Código Penal Federal establecía que: la reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

En caso de que el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso del párrafo anterior, el sentenciado no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.³⁵

7 Habitualidad

Una especie agravada de la reincidencia es la habitualidad, por lo que la misma se encuentra prevista en el Código Penal Federal, en la cual si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, cuando las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.

³⁵ Código Penal Federal, Editorial Sista, México, 2002.

"Art. 21.- Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.

Art. 22.- En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

Art. 23.- no se aplicarán los artículos anteriores cuando el agente haya obtenido el reconocimiento judicial de inocencia."³⁶

³⁶ Código Penal Federal, Editorial Sista, México, 2002.

CONCLUSIONES

1. Fue el Código Penal de 1929, el que por primera vez hace referencia al tipo penal en estudio, el cual contemplaba el contagio Sexual y Nutricio, del artículo 526 al 533, abarcando todo lo concerniente al mismo, como la sanción, la condena al pago de una multa por la comisión del delito, la obligación de los médicos de informar al enfermo, la prohibición de contraer matrimonio mientras existiera el peligro de contagio, los casos de reincidencia y para el caso de la nodriza infectada, la prohibición de alimentar a hijos de otras personas.

No fue sino, hasta 1940 cuando se plasmó originalmente en el Título Séptimo para que, con posterioridad en 1963, fuera encuadrado dentro de Capitulo VIII "Delitos de peligro contra la vida y la salud de las personas", siendo reformado el 20 de diciembre de 1990, por decreto publicado en el Diario Oficial el 21 de enero de 1991, así mismo fue modificado mediante las reformas al Código Penal para el Distrito Federal publicadas el 30 de septiembre de 1999, igualmente modificado por el Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

2. Es importante hacer mención a las reformas más importantes en materia penal que dieron motivo a la realización del presente trabajo de investigación, como son el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999 y el 30 de septiembre de 1999, los cuales modifican la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, así como la publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, de fecha 16 de julio de 2002.

3. Clasificación del tipo penal Peligro de Contagio:

a) En función de su gravedad

Dentro de la clasificación bipartita, lo consideramos un delito, debido a que es sancionado por la autoridad judicial y no por la autoridad administrativa.

b) En orden a la conducta del agente

- *Es un delito de acción*, porque para su perpetración se exige la realización de movimientos corpóreos o materiales.
- *De simple omisión*, cuando el agente dice estar curado de algún mal venéreo o enfermedad en periodo infectante, siendo que no lo está, y deja que una mujer le dé un beso en la boca.

c) Por el resultado

- *Es un tipo formal*, ya que no se requiere de la existencia de un resultado, basta la puesta en peligro de la vida o más bien de la integridad física por relaciones sexuales u otro medio transmisible.
- Desde el punto de vista de la teoría de la acción, *es formal o de simple comportamiento*, pues para su integración basta que el sujeto activo realice la conducta descrita, esto es, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, sin que se precise que se acaezca algún resultado material.

d) Por el daño que causan

Se considera de peligro, debido a que su realización pone en peligro la salud individual o pública.

e) Por su duración

Es un tipo instantáneo porque se configura en un solo momento, es decir, en el momento de su ejecución queda perfeccionado el ilícito.

f) Por el elemento interno

Es un delito doloso en cuanto al agente desea la ejecución del mismo, tiene la plena intención de ejecutarlo.

g) En función a su estructura

Es un tipo simple, porque en su ejecución causa una lesión jurídica.

h) En relación al número de actos

Es unisubsistente, porque es suficiente en un solo acto para su configuración, en un solo acto se comete el ilícito.

i) En relación al número de sujetos

Es unisubjetivo porque el tipo penal se colma con la participación de un solo sujeto.

j) Por su forma de persecución

- *De oficio*: Será de oficio su persecución, cuando cualquier persona pueda denunciar el hecho, sin necesidad de hacerlo el ofendido.
- *De querrela*: En el segundo párrafo del artículo en estudio se establece que cuando se trate de cónyuges se podrá proceder a petición de la parte ofendida.

k) En función de su materia

- **Federal:** Lo encontramos contenido en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y en el Código Penal Federal en materia del fuero federal.
- **Común:** El delito del peligro de contagio será común cuando se cometa dentro de la jurisdicción de un Estado

I) Clasificación legal

Libro Segundo, Parte Especial, Título Tercero "Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas", Capítulo II "Peligro de contagio", artículo 159.

4. Por lo que respecta a su ubicación, antes de la publicación del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el artículo 199 Bis "Del Peligro de Contagio", se encontraba ubicado en el Libro Segundo, Título Séptimo "Delitos contra la Salud", el nuevo Código Penal lo ubica en el Libro Segundo, Parte Especial, Título Tercero "Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas", Capítulo II "Peligro de contagio", artículo 159.
5. Por lo que respecta a la penalidad, el artículo 199 Bis "Del Peligro de Contagio", establecía una penalidad de 3 meses a 3 años de prisión y multa hasta de 40 días, al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible; si la enfermedad fuera incurable se le impondría una pena de seis meses a cinco años de prisión.

El Nuevo Código Penal, contempla una penalidad de tres meses a tres años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa, al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales

u otro medio transmisible; si la enfermedad fuera incurable, se impondrá prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa.

6. El tipo penal Peligro de Contagio, prevé los siguientes supuestos:

- Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esta circunstancia,
- Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro, por otros medios transmisibles, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esta circunstancia,

En estos supuestos se impondrán prisión de tres meses a tres años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

7. En virtud de lo anterior, las enfermedades graves, en periodo infectante que se pueden transmitir, son las siguientes: Sífilis, Chancro, Herpes Genital, Granuloma inguinal, Gonorrea, Clamidia, Tricomonas, Hongos, Verrugas genitales y Sarna.
8. Atendiendo a los supuestos señalados anteriormente, es importante hacer mención que el segundo párrafo de este artículo indica que si la enfermedad fuera incurable, se impondrá prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. En este tenor, se considera que para este párrafo, no se estaría en el supuesto del peligro de contagio a que hace referencia el tipo penal, ya que la acción que se lleva a cabo no pondría en peligro de contagio a un sujeto, sino que al

momento de llevar a cabo el acto, lo contagiaría de una enfermedad incurable.

9. En virtud de lo anterior, se propone incluir un artículo que señale el supuesto del contagio con una enfermedad incurable, transmisible por relaciones sexuales o por cualquier otro medio, cuya penalidad sea equiparable a la del homicidio calificado.
10. Independientemente de lo anterior, se considera importante llevar a cabo la unificación de los criterios aplicables en el texto del tipo penal así como de la penalidad, contenidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y en el Código Penal Federal.

BIBLIOGRAFÍA

Barrita López, Fernando, *Delitos, Sistemáticas y Reformas Penales*, Editorial Porrúa, México, 1995.

Bailon Valdovinos, Rosallo, *El Derecho Penal*, Editorial Pac, México, 1992.

Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.

Carnelutti, Francesco, *El Delito*, Traducido por Santis Meléndez Santiago, Editorial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952.

Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Décimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Vol. II, Traducido por Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Editorial Themis, Bogotá, 1957.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Trigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Décimo Sexta Edición, corregida, aumentada y puesta al día, Editorial Porrúa, México 1997.

Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, Décimo Cuarta Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1980.

Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Cuadragésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

González Quintanilla, Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General y Parte Especial, Cuarta Edición, México, 1997.

González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, Novena Edición, México, 1988

González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Los Delitos Vigésimo Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

Graf Zu Dohna, Alexander, *La Estructura de la Teoría del Delito*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del Tipo en el derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970.

Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Principios de Derecho Penal, Novena Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1979.

Jiménez de Asúa; Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, IV y V, Tercera Edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1976.

Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

Jiménez Huerta, Mariano, *La Tipicidad*, Editorial Porrúa, México, 1986.
López Betancourt, Eduardo, *Delitos en Particular*, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

Macedo, Miguel S., *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, Editorial Cultura, México, 1931.

Márquez, Piñero Rafael, *El Tipo Penal*, Editorial UNAM, México, 1986.

Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Traducción de Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

Oronoz Santana, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Cuarta Reimpresión, Editorial Limusa, México, 1996.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Parte Especial, Décimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

Porte Petit Candaudap, Celestino, *Delitos Contra la Vida*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

Porte Petit, Celestino, *Importancia de la Dogmática Jurídica Penal*, Editorial Porrúa, Edición 1954.

Reyes Echendia, Alfonso, *Imputabilidad*, Cuarta Edición, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1989.

Sainz Cantero, José A, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

Villalobos Ignacio, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Décimo Segunda Edición, México, 1992.

Zafaroni Eugene, Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Editorial Ediar, 1981.

Zafaroni Eugene, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor, México, 1988.

LEGISLACIÓN

Código Penal Anotado, Raúl Carrancá y Rivas, Décimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

Código Penal Comentado, Francisco González de la Vega, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1992.

Código Penal Federal con Comentarios, Díaz de León, Marco Antonio, Ed. Porrúa, México, 1994

Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Fiscales ISEF, Cuarta Edición, México, 2000.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, Septiembre de 1999.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, Septiembre de 1999.

Código Penal Federal, Editorial SISTA, México, Septiembre de 2002.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Gaceta del Distrito Federal,
16 de julio de 2002.

DICCIONARIOS

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Cabanellas Guillermo, Tomo
II y VII, Vigésima Edición, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1981.

Diccionario Jurídico, Dr. Fernández de León, Gonzalo, Tomo IV, 3ª
Edición, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1972.

Diccionario para Juristas, Palomar de Miguel, Juan, Ediciones Mayo,
México, 1981.

Diccionario de Derecho Penal, Pavón, Vasconcelos Francisco, Ed. Porrúa,
México, 1997.

Diccionario de Medicina, MOSBY, Ed. OCEANO, España, 1995.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo X, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1989.