

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

“LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL
DELITO DE VIOLACION AGRAVADA PREVISTO EN EL
ARTICULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL
ESTADO DE MÉXICO EN RELACIÓN CON LA
GRAVEDAD DE DICHO ILICITO”

ALUMNO: MONROY GUTIERREZ OSCAR ESTEBAN.
N° DE CUENTA: 09305536-3
ASESOR: LIC. MOISES MORENO RIVAS.

Santa Cruz Acatlán, Estado de México, Agosto de 2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y A LA
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN

A MI MADRE: ROSA MARIA GUTIERREZ PEREZ

A MIS HERMANOS: JUAN CARLOS, JORGE LUIS Y VICTOR SAUL

UN AGRADECIMIENTO ESPECIAL: INGENIERO JOSE PEDRO AGUSTIN
VALERA NEGRETE, LIC. VICTOR MANUEL RIVERA HERNANDEZ, LIC. LUIS
LINARES MENDOZA, LIC. RICARDEO HERNANDEZ, por su apoyo.

MI AMIGA: SUSANA

TODOS MIS AMIGOS

INDICE

I.-INTRODUCCIÓN.....	1
II.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO.....	4
1.1.- EL CÓDIGO PENAL DE 1875.....	4
2.2.- EL CÓDIGO PENAL DE 1937.....	11
2.3.- EL CÓDIGO PENAL DE 1956.....	14
2.4.- EL CÓDIGO PENAL DE 1961.....	17
2.5.- EL CÓDIGO PENAL DE 1986.....	20
III.- TEORIA DEL DELITO.....	24
2.1.- CONCEPTO DE DELITO.....	24
2.2.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.....	29
2.2.1.- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.....	29
2.2.2.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	35
2.2.3 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	52
2.2.4.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	59
2.2.5.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.....	62

2.2.6.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.	73
2.2.7.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	75
2.3.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.	78
2.4.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.	84
2.5.- CONCURSO DE DELITOS.	87
III.- TIPO BASICO DEL DELITO DE VIOLACION PREVISTO EN EL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	92
3.1- TIPO BÁSICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y SUS ELEMENTOS.	92
3.2- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	92
3.3.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	93
3.4.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	96
3.5.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	97
3.6.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	97
3.7.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	98
3.8.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	98

3.9.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	98
4.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	99
5.- CONCURSO DE DELITOS REFERIDO AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.	100
IV.- TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACION PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCION I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	99
4.1- TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO Y SUS ELEMENTOS.	101
4.2- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	102
4.3.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	102
4.4.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	105
4.5.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	105

4.6.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	106
4.7.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	106
4.8.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	106
4.9.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	107
5.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	108
6.- CONCURSO DE DELITOS REFERIDO AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	109
V.- PROPORCIONALIDAD DE LA PENA CON LA GRAVEDAD DEL DELITO.	110
1.- IDEAS DE CÉSAR BONNESANA.	110
2.- IDEAS DE LA ESCUELA CLÁSICA.	113

3.- IDEAS DE LA ESCUELA POSITIVA.	116
4.- IDEAS QUE DERIVAN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.	119
5.- TENDENCIA QUE SIGUE EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.	124
CONCLUSIONES.	129
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.	132

INTRODUCCION

La búsqueda de un sistema que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito ha sido una constante en la ciencia del Derecho Penal. Por ello la doctrina se ha ocupado intensamente de analizar los criterios con los que el juez debe determinar la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que debe concedérsele para ello la llamada individualización de la pena. Pero presupuesto indispensable para que la individualización de la pena pueda llevar una pena justa es la previa fijación por el legislador del marco de pena que corresponde a cada delito.

Lo que representa la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita, es decir, como decisión político-criminal en la que se refleja la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento histórico determinado.

Sin embargo, en un Estado de Derecho, la labor legislativa en este último ámbito también está sometida a principios jurídicos de naturaleza constitucional. Es cierto que en esta tarea de fijación de los marcos penales, el legislador tiene un amplio margen de libertad, libertad que deriva de su legitimidad democrática. Al legislador corresponden seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para preservar dicho modelo. No solo al fin directo y esencial de protección al que responde la norma si no también a otros fines legítimos de la pena como los es la **intimidación**.

Sin embargo, el legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales. En un Estado de Derecho existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio. No se trata solo de principios rectores de la

política criminal sino de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal.

Esencialmente esos principios son tres: 1) el principio de legalidad penal, 2) el principio de dignidad humana y 3) el **principio de proporcionalidad**. Los dos primeros cuentan ya con una larga tradición como principios propios de un estado de Derecho, mientras que el último, el principio de proporcionalidad, es de más reciente configuración como criterio delimitador del ius puniendi del Estado y del cual tiene una plena libertad para señalar sus límites el legislador, mismo que en ocasiones tomando en cuenta las estadísticas, así como la petición popular reforma las leyes incrementando la punibilidad de ciertos delitos como es el presente caso de violación, no tomando en cuenta la importancia del bien jurídico tutelado por la ley para este delito, en comparación con otros bienes jurídicos más importantes, ejemplificándose el caso del homicidio cuyo bien jurídico es el más importante de todos, la vida, delito que tiene una punibilidad menor en su caso más agravado que el delito de violación a que se refiere el artículo 274 fracción I, en relación con el artículo 273 bis, del Código Penal vigente en el Estado de México.

Por ello el presente trabajo se dedica a analizar la desproporcionalidad de la pena en el delito de violación contemplado en el artículo 274 fracción I, del Código Penal del Estado de México.

En este orden de ideas en el capítulo número uno haremos mención de los antecedentes legislativos del delito de violación en la legislación Penal Mexicana, tomando en cuenta los códigos penales de los años 1875, 1937, 1956, 1961 y 1986; en el capítulo número dos analizaremos la teoría del delito ya que para realizar un análisis de la desproporcionalidad de la pena en el delito de violación contemplado en el artículo 274 fracción I, del Código Penal del Estado de México, primeramente debemos de mencionar lo que es el delito, así como sus elementos positivos y negativos; en el capítulo número tres se analizarán los elementos del tipo básico del delito de violación previsto en el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, como referencia del

mismo Código Penal; en el capítulo número cuatro analizaremos los elementos del tipo complementado agravado del delito de violación previsto en el artículo 274 fracción I, en relación con el artículo 273 bis, del Código Penal del Estado de México; y por último en el capítulo número cinco, se hará referencia a la proporcionalidad de la pena con la gravedad del delito, tomando en cuenta la ley, la doctrina, y los autores más prominentes en esta teoría.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION EN EL ESTADO DE MEXICO.

1.1.- EL CÓDIGO PENAL DE 1875.

El primer antecedente legislativo referente al Código Penal del Estado de México, se encuentra en el decreto numero uno, expedido por la junta legislativa creada por el decreto numero setenta y cuatro de la legislatura extraordinaria, que textualmente manifiesta:

Decreto número uno: "...El Licenciado Francisco M. de Olaguibel, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, a todos sus habitantes sabed:

Que en virtud de las facultades extraordinarias que me concede la ley numero setenta y tres, del dieciséis de Septiembre y de acuerdo con la junta legislativa, he tenido a bien decretar lo siguiente:

Artículo 1.- Se concede licencia al C. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado, Licenciado D. Mariano Villena, para que no asista al despacho del Tribunal, hasta fines de Agosto del año entrante 1848, en cuyo tiempo podrá radicarse en el lugar del Estado que le convenga y se dedicara a la formación de los proyectos del Código Penal y de Procedimientos en lo Criminal; con calidad de que presentara al Honorable Congreso en el mes de Mayo, y el segundo en el mes de Agosto del mismo año entrante.

Artículo 2.- Dichos Proyectos se redactaran en artículos en la misma forma que se hayan los Códigos franceses...

Por lo tanto, mando circule y se le de el debido cumplimiento. Dado en Toluca a veinte de Noviembre de 1847.”¹

El día tres de Noviembre de 1873, siendo Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, el Licenciado Alberto García, se promulgo el decreto número cien, de fecha nueve de Octubre del mismo año, en el cual el congreso de la entidad, expidió el libro primero del Código Penal del Estado de México.

Este primer libro no entro en vigor por disposición del decreto numero veintisiete, también promulgado por el entonces Gobernador, que derogó el anterior, cuyo artículo segundo autorizo al ejecutivo para formular y expedir los Códigos Penal, Administrativo, Municipal y de Procedimientos en materia civil y criminal.

De acuerdo a esto, el doce de Enero de 1875, se expidió el Código Penal para el Estado libre y soberano de México, siendo el primer ordenamiento legal que estuviera integrado por 1802 artículos, distribuidos en tres libros de la siguiente manera:

LIBRO PRIMERO.- En este se encontraban las disposiciones generales sobre los delitos, cuasidelitos y faltas; personas responsables de ellos y penas en general.

Así mismo dentro de este libro se encuentran dos títulos, el primero sobre de los delitos, cuasidelitos, faltas y de las circunstancias que agravan, atenúan y excluyen la responsabilidad penal. El Título segundo de este libro, contemplo las penas, su enumeración, las reglas de su aplicación, agravación atenuación y extinción.

¹ Sanchez y Sanchez Gerardo, Panorámica Legislativa en el Estado de México.

LIBRO SEGUNDO.- En un solo título regulo los aspectos relativos a la responsabilidad civil, su extinción y a las personas que comprende.

LIBRO TERCERO.- Contemplo los delitos y las personas en tres títulos.

En el título primero se contemplaron los delitos públicos; este título se dividió en los siguientes capítulos:

I.- Delitos oficiales, comunes a todos los empleados, autoridades y funcionarios públicos; delitos oficiales, exclusivos de magistrados, jueces y demás empleados o funcionarios de la administración de justicia;

II.- Delitos Políticos;

III.- Delitos comunes a su vez se dividen en dos grupos: los que afectan directamente a la sociedad e indirectamente al individuo, y los delitos que afectan directamente al individuo e indirectamente a la sociedad. Este segundo grupo se subdividió en diversas secciones, que contenían los delitos como amenazas, homicidio, falsedad, incesto, adulterio, vagancia, mal vivencia, aborto, atentados contra el pudor, duelo, robo, plagio, y el rapto entre otros.

IV.- Delitos que se persiguen a instancia de parte.

El título segundo, estableció los cuasidelitos.

El Título tercero, regulo lo relativo a las faltas.

En el presente trabajo de investigación, solo se hará referencia al delito de “atentados contra el pudor”, ubicados en la sección treinta y cinco de los delitos comunes, ubicados dentro de aquellos que afectan directamente al individuo e indirectamente a la sociedad.

El primer Código Penal denominó en general como “atentados contra el pudor”, las conductas que posteriormente se denominaron delitos sexuales, mismas que se encontraban previstas en los artículos 773 al 787 de este Código Penal, mismos que a continuación se transcriben:

Artículo 773.- Se da el nombre de atentados contra el pudor, a todo acto impúdico que puede ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal y que se ejerce en la persona de otro, sin su voluntad, se cual fuere su sexo.

Artículo 774.- Los simples ataques contra el pudor de que habla el artículo anterior, verificados sin fuerza física, ni coacción moral, siendo el agente mayor de catorce años y menor de esta edad el ofendido; serán castigados en casos graves con prisión de dos meses y multa de doscientos pesos; doble pena en los muy graves y solo multa de cien pesos, si los casos no tuvieran gravedad.

Artículo 775.- En los ataques contra el pudor, verificados contra menores de 9 años, siempre se considerara que hay fuerza moral y se castigara según los casos; con doble pena de la marcada en el artículo anterior. Esto se entiende si no ha llegado a verificarse la cópula carnal, pues entonces debe observarse lo prevenido en la segunda parte del artículo 782.

Artículo 776.- Los ataques contra el pudor verificados con fuerza física o moral, no comprendidos en el artículo anterior, serán castigados según los casos, sena leves, graves o muy graves, con prisión de un mes, seis meses o de un año.

Artículo 777.- El ataque contra el pudor se tendrá y se castigara siempre como delito consumado.”²

² Publicados en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de Enero de mil ochocientos setenta y cinco.

Los artículos 778 y 779 se refieren al delito de estupro por lo que no son materia del presente trabajo.

“Artículo 780.- Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 781.- Se equipara a la violación y se castigara como esta: la cópula con una persona que se halle sin sentido o que no tenga expedito uso de razón, aunque sea mayor de edad.

Artículo 782.- La pena de la violación será de cinco años de prisión si la persona ofendida pasare de catorce años, si fuere menor de esa edad, pero mayor de diez, la pena será de seis años de prisión, y teniendo nueve o menos años, se aumentara proporcionalmente un año de prisión, por cada año menos de nueve que tenga la ofendida.

Artículo 783.- Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observaran las reglas de la acumulación.

Artículo 784.- A las penas señaladas en los artículos 779, 781, 782 y 783, se aumentarán: dos años cuando el reo se ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido; o cuando la cópula sea contra el orden natural; un año cuando el reo sea hermano del ofendido o fuere su tutor, maestro criado, asalariado de alguno de estos o del ofendido, o cometa violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón o ministro de algún culto.

Artículo 785.- Los reos de que habla la última fracción del artículo anterior quedaran inhabilitados para ser tutores y además se impondrán dos años de suspensión en el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, cirujano,

comadrón, dentista o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 786.- Cuando los delitos de que de habla en los artículos 780, 781 y 782, se cometen por un ascendiente, quedara el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido por sucesión in testamentaria y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes.

Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a este ab-intestato.

Artículo 787.- Siempre que del estupro o la violación resulte alguna enfermedad al apersona ofendida, se impondrán al estuprador la pena mayor entre las que corresponde por el estupro o violación y por la lesión considerando el delito como ejecutado con circunstancia agravante de cuarta clase. Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena que señala el artículo 892.”

3

De lo antes transcrito se desprende que existe una contradicción en este título denominado “atentados contra el pudor”, ya que en el artículo 773, se define estos como: todo acto impúdico sin llegar a la copula; conducta que sucede en el delito de estupro, pero no así en el delito de violación que también se encuentra inmerso en este título.

³ Publicados en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de Enero de mil ochocientos setenta y cinco.

En el año de 1892, el Licenciado Antonio Inclan, fue comisionado por el supremo gobierno del Estado de México, para la formación de las reformas al Código penal vigente en esa época, reformando la sección treinta y cinco del Código Penal de 1875, abrogando gran cantidad de artículos de su contenido; con estas reformas el artículo 774 quedo como artículo 784, y en este se modifico la pena de los atentados contra el pudor; el artículo 775, quedo como artículo 785 y a este se le suprimió la segunda parte, se adicionó un nuevo artículo marcado con el numero 788, el cual refiere que los atentados contra el pudor se castigaran solo a instancia de parte ofendida o de la persona que conforme a la ley la represente en juicio criminal.

El anterior artículo 780 referente a la violación, que con las reformas quedo como 791, fue adicionado en la parte final, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 791.- Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula sin la voluntad de esta, sea cual fuere su sexo, la cópula habída con persona menor de diez años, se reputa siempre como violación.” ⁴

Así mismo el anterior artículo 782, que con la reforma quedo como artículo 793, se modifico en su parte final, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 793.- La pena de la violación será de cinco años de prisión si la persona ofendida pasare de catorce años, si fuere menor de esa edad, pero mayor de diez, la pena será de seis años de prisión, y teniendo diez o menos años, se aumentara proporcionalmente un año de prisión, por cada año menos de diez que tenga la ofendida.” ⁵

⁴ Publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de Enero de mil ochocientos noventa y dos.

5 Publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de Enero de mil ochocientos noventa y dos.

2.2.- EL CÓDIGO PENAL DE 1937.

El día treinta de Diciembre de mil novecientos treinta y seis, la XXXIV Legislatura Constitucional de la entidad, mediante el decreto numero setenta y dos, concedió facultades extraordinarias al Gobierno del Estado para que durante el periodo de receso de la propia Legislatura, comprendido del primero de Enero al treinta y uno de Agosto de mil novecientos treinta y siete, para que procediera al estudio y expedición de los nuevos Códigos Penales y de Procedimientos Penales, decreto que fue promulgado por el entonces Gobernador Eucario López Contreras, el treinta de Diciembre de mil novecientos treinta y seis y publicado en la gaceta de Gobierno del Estado de México, el día seis de Enero de mil novecientos treinta y siete.

Por lo que, en uso de las facultades extraordinarias que le fueran concedidas al Gobernador, expidió una nueva legislación Penal, la cual se dividió en dos libros, el primero que contenía la parte general y el segundo la parte especial, así como los diecinueve títulos siguientes:

Título Primero.- Delitos contra la Seguridad interna del Estado;

Título Segundo.- Delitos contra la Seguridad Pública;

Título Tercero.- Ataques a las vías de comunicación y violación a la correspondencia;

Título Cuarto.- Delitos contra la Autoridad;

Título Quinto.- Delitos contra la Moral Pública;

Título Sexto.- Revelación de Secretos;

Título Séptimo.- Responsabilidad Oficial;

Título Octavo.- Responsabilidad Profesional;

Título Noveno.- Falsedad;

Título Décimo.- Delitos contra la Economía;

Título Décimo Primero.- **Delitos Sexuales**;

Título Décimo Segundo.- Delitos contra el Estado civil de las Personas;
Título Décimo Tercero.- Violación a las leyes sobre inhumación y exhumación;
Título Décimo Cuarto.- Delitos contra la Paz y la Seguridad de las Personas;
Título Décimo Quinto.- Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal;
Título Décimo Sexto.- Delitos contra el Honor;
Título Décimo Séptimo.- Privación ilegal de la Libertad y otras Garantías;
Título Décimo Octavo.- Delitos contra las Personas;
Título Décimo Noveno.- Encubrimiento;

Es importante resaltar que en la propia redacción de este Código, se dejó a un lado la denominación “atentados contra el pudor”, que contenía la Legislación Punitiva anterior, y como anteriormente se resalto el título decimoprimeros acertadamente denominó a estos delitos como “Delitos sexuales”, regulándolos en capítulos distintos cada uno.

No obstante el Gobernador cometió el error de incluir en este título, tres delitos que no tiene la finalidad de satisfacer sus propósitos sexuales por medio de la violencia o del engaño; delitos que eran el rapto, adulterio e incesto.

Enseguida se hace referencia a los artículos que prevén el delito de violación y el delito equiparado de violación, que fueron legislados de la siguiente manera:

“Artículo 241.- Al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, sea cual fuere el sexo, se le aplicara la pena de dos a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de cuatro a ocho años.

Artículo 242.- Se equipara a la violencia la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir”⁶

En este año también se suprimieron algunos artículos, por lo tanto el artículo 791, que con la reforma quedó como artículo 241, y fue modificado, para establecer: al que por medio de la violencia física o moral, tuviera cópula con una persona sin la voluntad de esta, sea cual fuere el sexo, se le aplicara la pena de dos a seis años de prisión; quedando eliminado el párrafo en el que se refutaba como violación la cópula hábida con persona menor de diez años, y se le adiciono el párrafo relativo a la sanción aplicable para los sujetos que cometieran el delito de violación, tanto en personas púberes como impúberes en general, sin hacer distinción a la edad del pasivo en este último caso.

Cabe señalar que el artículo 242 antes descrito, el legislador tuvo una equivocación en la redacción del mismo, toda vez que en el primer elemento del tipo redacta: “ se equipara a la violencia”, el cual es erróneo ya que debió de haber manifestado: “se equipara a la violación”, para describir el delito equiparado a la violación. Contemplando también en la nueva redacción a las personas que por enfermedad o por cualquier otra razón no pudieren resistir, a la cópula. En este Código quedaron derogados los demás artículos referentes a la violación.

⁶ Publicado en el anexo a la Gaceta de Gobierno del Estado de México, del veintiuno de Julio de mil novecientos treinta y siete.

2.3.- EL CÓDIGO PENAL DE 1956.

Este nuevo Código Penal fue promulgado el día dieciséis de Marzo de mil novecientos cincuenta y seis, sustituyendo el Código de mil novecientos treinta y siete, siendo el autor del mismo el Licenciado Antonio Huitron H., debido a que el anterior Código Penal estaba saturado de figuras delictivas incongruentes, y equivocadas, así como de lagunas, vacíos, remiendos. Por lo anterior para el legislador fue necesario realizar reformas para hacer un Código Penal mas justo y eficaz para la protección de los valores de la sociedad.

Este ordenamiento legal se inspiro en el Código Penal del Distrito Federal del año mil novecientos treinta y uno, así como en sus reformas del año mil novecientos cuarenta y nueve, así como en el Código Penal de Morelos, el Código Penal de Veracruz, el Código de la defensa social de Hidalgo, el Código de la Defensa Social de Puebla, el Código de la Defensa Social de Sonora y el Código de la Defensa Social de Yucatán.

La expedición de este nuevo Código Penal estuvo a cargo del Ingeniero Salvador Sánchez Colín, entonces Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, mediante el decreto numero setenta y uno de la XXXIX, Legislatura, siendo publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, en fecha siete de Abril de mil novecientos cincuenta y seis, entrando en vigor treinta días después, estando integrado por dos libros, el primero contenía las disposiciones generales del delito, así como las penas aplicables; y el libro segundo contenía la redacción de cada uno de los tipos penales, en dieciocho títulos, siendo los siguientes:

Titulo Primero.- Delitos contra la seguridad interior del Estado;

Titulo Segundo.- Delitos contra la seguridad Pública;

Titulo Tercero.- Delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia;

Titulo Cuarto.- Delitos contra la autoridad;
Titulo Quinto.- Delitos contra la Administración de Justicia;
Titulo Sexto.- Delitos contra la Moral Pública;
Titulo Séptimo.- Revelación de secretos;
Titulo Octavo.- Responsabilidad Profesional;
Titulo Noveno.- Falsedad;
Titulo Décimo.- Delitos contra la Economía;
Titulo Décimo primero.- **Delitos sexuales**;
Titulo Décimo segundo.- Delitos contra la integridad de la familia;
Titulo Décimo Tercero.- Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones;
Titulo Décimo Cuarto.- Delitos contra la Paz y la seguridad de las personas;

Titulo Décimo Quinto.- Delitos de Peligro;
Titulo Décimo sexto.- Delitos contra la vida y la integridad corporal;
Titulo Décimo séptimo.- Delitos contra el Honor;
Titulo Décimo Octavo.- Privación ilegal de la libertad y otras garantías;
Titulo Décimo Noveno.- Delitos contra las personas en su patrimonio.

En este nuevo ordenamiento se adiciono el titulo relativo a los delitos contra la Administración de justicia y se modifico el Titulo denominado “Delitos contra el Estado civil y la Bigamia”, por el de delitos contra la integridad de la familia, y se suprimió el titulo relativo al encubrimiento.

El titulo undécimo fue dividido en siete capítulos:

CAPITULO I.- Delitos de atentados contra el pudor

CAPITULO II.- Estupro

CAPITULO III.- Violación y el delito equiparado a la violación

CAPITULO IV.- Homosexualismo

CAPITULO V.- Rapto

CAPITULO VI.- Incesto

CAPITULO VII.- Adulterio

Se realizó un cambio radical en los delitos sexuales, incluyendo en estos al homosexualismo que se tipificaba con ejercer actos erótico-sexuales, o tener copula o acceso carnales con persona del mismo sexo; el clasificar a esta conducta como otro tipo penal, fue debido a las normas morales, religiosas y sociales de la sociedad, que trataban de reprimir las conductas que lastimaran los valores de la colectividad, especialmente los de la familia.

En cuanto a los delitos materia de estudio del presente trabajo, la redacción del artículo 241 que incluía el delito de violación, quedó intacto; únicamente se cambió el número del artículo quedando con el número 205.

El artículo 246 fue modificado tanto en su número como en su texto, para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 206.- Se equipara a la violencia la cópula con persona privada de razón o de conocimiento, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pueda resistir y cuando la víctima fuere menor de doce años.”⁷

Es de advertir la sustitución de la frase “persona privada de la razón o sentido”, por la de “persona privada de razón o de conocimiento”, así mismo se adicionó la parte final del mismo artículo, agregando que, se equipara a la violencia la cópula con persona menor de doce años.

Este Código penal al igual que el Código Penal de 1936, continúa utilizando el término “se equipara a la violencia”, con el cual designaban al título equiparado a la violación, por lo que se puede decir que no existió esta figura típica.

7 Publicado En La Gaceta Del Estado De México el siete Abril de mil novecientos cincuenta y seis.

2.4.- EL CÓDIGO PENAL DE 1961.

Según el decreto numero quince del veintinueve de Noviembre de mil novecientos sesenta, publicado en la gaceta de Gobierno numero uno, tomo XLI, correspondiente al día cuatro de Enero de mil novecientos sesenta y uno, comenzando su vigencia a partir del día cinco de Febrero de ese mismo año, se desprende que el Código Penal de mil novecientos cincuenta y seis, solo estuvo vigente por cuatro años.

Este Código Penal se redactó siguiendo los principios formulados por el primer congreso de orientación penal, celebrado en la ciudad de Toluca, Estado de México, durante los días del tres al diez de Noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho, y forma parte de una sistemática completa en materia penal, que comprende un Código de Procedimientos Penales, un Código de Ejecución de Penas. El anteproyecto fue sometido a revisión en sesiones de mesa redonda, celebradas en el Tribunal Superior de Justicia del Estado, en los meses de Abril, Mayo y Junio y posteriormente la Procuraduría General de Justicia del Estado, integro una comisión encargada de redactarlo en forma definitiva, antes de remitirlo a la Legislatura del Estado, esto en el periodo del entonces Gobernador del Estado Gustavo Baz Prada, en el año 1959.

Este Ordenamiento legal también contemplo la división realizada por Carrara, ya que en el libro primero contemplaba la parte general de los delitos y en el segundo libro la parte especial. Una característica propia de esta legislación es que no adopto ninguna dirección doctrinal, ni el clasicismo, ni el positivismo o posturas eclécticas, ya que consideraba que el estado debe prohibir únicamente las conductas que resultaran lascivas a la convivencia pacífica de los individuos y la preservación de la sociedad.

Los redactores lo elaboraron conjugando armónicamente los principios: histórico, inspirado en la tradición jurídica nacional y estatal; el técnico, inspirado en la opinión de los tratadistas y en los preceptos de derechos comparado; y el social, que es la valoración por parte del legislador, quien reduce a normas jurídicas, las realidades de la sociedad.

Se implemento una clasificación cuatripartita de los delitos ubicándolos en cuatro Títulos:

- Primero.- Delitos contra el Estado;
- Segundo.- Delitos contra la Colectividad;
- Tercero.- Delitos contra las personas;
- Cuarto.- Delitos contra el Patrimonio;

Mismos que a vez estaban divididos en varios subtítulos. En el presente trabajo solo haremos referencia al Título tercero que se refiere a los delitos contra las personas, el cual estaba dividido en subtítulos, de los cuales haremos referencia, así como a los artículos relacionados:

- Subtítulo Primero.- Delitos de peligro contra las personas;
- Subtítulo Segundo.- Delitos contra la libertad y la seguridad;
- Subtítulo Tercero.- **Delitos contra la inexperiencia sexual;**
- Subtítulo Cuarto.- Delitos contra la reputación de las personas;
- Subtítulo Quinto.- Delitos contra la vida y la integridad corporal.

“Artículo 209.- Se equipara la violación a la cópula con persona privada de razón o de sentido; o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir o cuando la victima fuere menor de catorce años.”⁸

Se adiciono un nuevo artículo, mismo que alude a cuando intervengan dos o mas personas en el delito de violación agravando la penalidad del artículo anterior.

⁸ Gaceta de Gobierno numero uno, tomo XCI, cuatro de Enero de mil novecientos sesenta y uno.

“Artículo 210.- Cuando en la comisión del delito de violación, intervengan dos o mas personas, la pena será de cuatro a doce años de prisión y multa de hasta veinte mil pesos.” ⁹

Este Código Penal modifico totalmente los delitos sexuales, ya que modifico la técnica jurídica, regulando cada figura típica en atención al bien jurídicamente tutelado.

9 Gaceta de Gobierno numero uno, tomo XCI, cuatro de Enero de mil novecientos sesenta y uno.

2.5.- EL CÓDIGO PENAL DE 1986.

Este ordenamiento punitivo fue expedido a cargo de la XLIX legislatura, mediante el decreto numero cincuenta y tres, en el periodo del entonces Gobernador Licenciado Alfredo del Mazo González; fue aprobado el treinta de Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, promulgado el ocho de Enero y publicado el dieciséis de Enero, comenzando su vigencia cinco días después.

Este Código Penal fue el último que estuvo vigente hasta antes del que en la actualidad se encuentra vigente en la entidad.

Uno de los motivos para expedir un nuevo Código Penal, fue tratar de introducir una nueva técnica jurídica que superara a las legislaciones anteriores, ya que se consideraba que las leyes que regulaban en esa época no eran acordes a las necesidades de la colectividad, misma que se enfrentaba a nuevas circunstancias que no habían sido contempladas en legislaciones anteriores.

Así como en Códigos anteriores este ordenamiento punitivo, contemplaba la sistemática bipartita, incluyendo en la primera parte conceptos, responsabilidad y pena en los delitos, y en la segunda parte los delitos en particular. Solamente se modificaron las penas en atención a la gravedad e importancia del ilícito, así como los daños ocasionados, pero esto solo en contadas ocasiones.

En este ordenamiento legal se advierten varias reformas de carácter importante como en la clasificación de los delitos, ya que se incluyeron los delitos preterintencionales, se adicionaron la vis absoluta y el miedo grave, como excluyentes de responsabilidad, así como el título referente a las medidas de

seguridad. También se adiciono al libro segundo un título quinto relativo a los delitos electorales; en referencia el título tercero que contemplaba el anterior Código Penal, solamente se cambio el orden de los subtítulos, quedando de la siguiente manera:

Subtítulo Primero.- Delitos contra la vida y la integridad corporal;

Subtítulo Segundo.- Delitos de peligro contra las personas;

Subtítulo Tercero.- Delitos contra la libertad y la seguridad;

Subtítulo Cuarto.- **Delitos contra la inexperiencia sexual;**

Subtítulo Quinto.- Delitos contra la reputación de las personas.

El anterior subtítulo cuarto estaba constituido por los tres capítulos siguientes:

Capítulo I.- Actos Libidinosos;

Capítulo II.- Estupro;

Capítulo III.- Violación.

Los delitos materia del presente trabajo se encontraban regulados de los artículos 279 al 282, de los que se desprenden modificaciones importantes, por lo que a continuación se transcriben:

“Artículo 279.- Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de quinientos a setecientos días multa, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta; se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días multa, si la persona ofendida fuere impúber.”

10

De lo anterior se desprende que la sanción pecuniaria ahora se determina en días multa, que equivale a la percepción neta del inculpado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos y que no puede ser menor al salario mínimo general vigente en el lugar donde se consumo el delito.

10 Compilación de Leyes Penales del Estado de México Pág. 572.

El artículo 280 no fue modificado en la redacción, conservando la misma de I artículo 209 del Código Penal de mil novecientos sesenta y uno, relativo al delito equiparado a la violación.

Por otro lado en el artículo 281 se aumento considerablemente la penalidad para el delito de violación en el que intervengan dos o mas personas, imponiendo de cinco a quince años de prisión y de cien a mil días multa.

El artículo 282 fue adicionado en este Código penal, determinando lo siguiente:

“Artículo 282.- Se impondrán de uno a tres años de prisión, además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden cuando el delito de violación fuere cometido, por el tutor en contra de su pupilo o por el padrastro o por el amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público, o ejerza una profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o sea suspendido hasta por el término de cinco años en el ejercicio de su profesión.”¹¹

En el artículo anterior se fusionaron los artículos 784, 785 y 786 del Código Penal de mil novecientos setenta y cinco, en cuanto a la diferencia que hace de

las personas que tienen un vínculo con el sujeto pasivo como son los padres, tutores y los padrastros, aplicándoles una sanción adicional a la que tenía el tipo básico.

11 Compilación de Leyes Penales del Estado de México Pág. 573.

Así mismo hace referencia a las personas que con motivo de alguna función pública o en ejercicio de su profesión, llevan acabo el acto delictuoso.

Posteriormente a este ordenamiento penal, se creo un nuevo Código en el año dos mil, mismo que actualmente se encuentra vigente en el Estado de México, y del cual se hará referencia en el último capítulo del presente trabajo, ya que contiene los elementos que son materia de análisis de este.

II.- TEORIA DEL DELITO

2.1.- CONCEPTO DE DELITO.

En primer lugar, daremos un concepto de lo que es la teoría del delito, puesto que en esta ubicaremos el concepto de delito.

La teoría general del delito es la parte de la ciencia del derecho penal que tiene por objeto el estudio del delito. Con esto queremos significar que la teoría del delito forma parte de la ciencia del derecho penal y no del derecho penal, ya que no esta constituida por un conjunto de normas jurídicas sino por un conjunto de conocimientos puramente racionales en torno a lo que es el delito.

La palabra delito deriva del verbo latino “delinquere”, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

A lo largo de la historia del derecho penal, se ha tratado en vano de llegar a establecer una definición universal del delito, una definición para todos los tiempos y lugares, esto por que el delito se encuentra ligado íntimamente a la manera de ser de cada población, así como a las necesidades de cada época, ya que los hechos que en algún momento fueron considerados de esta manera, perdieron ese carácter, en función de varias situaciones sociales de los pueblos, y viceversa, acciones que no estaban consideradas como delitos fueron erégidas como tales.

A continuación haremos referencia a varias definiciones del delito:

Francisco Carrara, principal exponente de la escuela clásica define al delito como: “La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. 1

¹ Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal, pagina 60.

Rafael Garófalo, 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”. ²

Para Cuello Calón, el delito es “la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible”. ³

El tratadista Edmundo Mezger elabora una definición, al expresar que el delito es “la acción típicamente antijurídica y culpable”.⁴

Como puede observarse, existen muchos conceptos de los que es el delito, algunos de los cuales no son jurídicos, como es el caso del concepto natural que establece Rafael Garófalo, para quien el delito es un fenómeno natural, lo cual dista mucho de la realidad, ya que el delito no pertenece al mundo de la naturaleza, puesto que si así fuera sería terriblemente injusto castigar al ser humano por la realización de un hecho natural, que no dependería de su voluntad, sino que tendría que ser necesariamente de ese modo y no de otro, como acontece con fenómenos naturales como la respiración, la digestión, la circulación sanguínea, etcétera, los cuales no dependen de la voluntad del ser humano, pero el delito es algo muy distinto a esto, por que como ya se dijo, no es un fenómeno natural, como tampoco es un fenómeno social, aunque no desconocemos que todo delito se produce dentro de un contexto social, pero su naturaleza es jurídica y no de otro tipo, esto significa que el delito es creado por el Derecho y particularmente por el derecho penal a través de una ley, de tal modo que si no existe una ley no puede haber delitos, aunque debemos aclarar que en ausencia de la ley y por ende del delito no significa que no llegaran a existir conductas que atentaran contra determinados valores sociales o morales, pero esas conductas jamás podrían ser antijurídicas aunque si podrían ser antisociales si atentaran contra valores sociales o inmorales si atentaran contra valores morales o incluso “pecados”, si atentaran contra valores religiosos, es decir, la conducta humana

puede ser valorada desde diferentes puntos de vista ya sea natural, social, moral, religioso, histórico, filosófico, etcétera, pero el delito tiene una sola naturaleza: la jurídica, por lo que el concepto que se elabora del delito tiene que ser necesariamente un concepto jurídico, sin ingredientes de otro tipo, así por ejemplo, el concepto de delito elaborado por Francisco Carrara contiene elementos jurídicos que para su época fue un concepto avanzado, pero adolece del defecto de contener ingredientes sociológicos y políticos, cuando afirma el autor que delito 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**, razón por la que este concepto no es estrictamente jurídico.

Si el delito es un fenómeno jurídico, su concepto debe elaborarse desde el estricto punto de vista jurídico y al respecto existen dos conceptos jurídicos de delito: uno formal y otro substancial.

El concepto jurídico formal de delito nos lo proporciona el artículo 7 del Código Penal Federal, el cual establece que: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Este concepto se elabora desde el punto de vista de la sanción y en su momento sirvió de modelo para otros códigos penales locales en la república mexicana, sin embargo, desde el punto de vista doctrinario ha sido duramente criticado, ya que no penetra a la esencia de lo que es el delito y además, es un concepto referenciado, ya que nada nos indica de lo que el delito es y para saberlo, nos remite a indagarlo en las leyes penales, por lo que en realidad es un concepto que nada aclara a quien desconoce lo que es el delito y nada aporta a quien ya sabe lo que es el delito, motivo por el que incluso se ha propuesto la desaparición de este concepto dentro del código penal federal.

3 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho del Penal, pagina 129.

4 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho del Penal, pagina 129.

Debido a que el concepto jurídico formal no nos aclara lo que en esencia es el delito, la doctrina se ha encargado de elaborar un concepto jurídico que penetre a la esencia del delito, investigando y descubriendo del propio Código Penal cuales son los elementos que caracterizan a todo delito y que por lo mismo son esenciales en el y así, han existido dos corrientes doctrinales en torno al concepto al concepto jurídico substancial de delito, una, la corriente unitaria o totalizadora, que considera que el delito es algo así como un bloque monolítico que no admite ser fraccionado, y otra, la corriente analítica, que considera que efectivamente el delito es una unidad que no se fracciona, sin embargo, para efectos de su estudio si se puede analizar en los diferentes elementos que lo integran y así surgen teorías que consideran que los elementos del delito son dos, es decir conducta y punibilidad (corriente bitómica); las que consideran que los elementos del delito son tres, es decir, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (corriente tritómica), las que consideran que los elementos del delito son cuatro, es decir, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (corriente tetratómica); las que consideran que los elementos del delito son cinco, es decir, conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad (corriente pentatómica); las que concideran que los elementos del delito son seis, es decir, conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad (corriente hexatómica) y finalmente, las que consideran que los elementos del delito son siete, es decir, conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad (corriente heptatómica).

De los siete elementos indicados, en realidad solo son elementos cuatro de ellos, siendo la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, por lo que el delito desde el punto de vista jurídico substancial se define como una conducta típica, antijurídica y culpable. La imputabilidad no es en realidad un elemento del delito, ya que para la mayoría de los autores es un presupuesto de la culpabilidad; para otros es un presupuesto del delito y para otros mas, es un elemento de la culpabilidad, en tanto que solo para unos cuantos es un elemento del delito, por

ello la doctrina le ha llamado “el fantasma errante del delito”. La punibilidad no es elemento del delito si no una consecuencia mas o menos regular del mismo, ya que “elemento” es todo aquello que forma parte de algo y la punibilidad se aplica cuando se comete un delito, por lo que no es elemento sino consecuencia del mismo, además de que existen delitos sin pena, como en el caso de las llamadas excusas absolutorias, lo que confirma plenamente que la punibilidad no es elemento esencial del delito. Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco son elemento esencial del delito por que solo las llega a exigir ocasionalmente la ley para la aplicación de la pena.

Finalmente, diremos que el Código Penal para el Estado de México a través de su artículo 6 proporciona un concepto de delito en el que considera seis elementos, a saber, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, es decir, sigue una corriente hexatómica, aunque tenemos que señalar que constituye un gran error considerar que la punibilidad sea elemento del delito, puesto que como ya se dijo, es una consecuencia del mismo. Además, es importante hacer notar que el código punitivo estatal ubica a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, esto en el artículo 15, fracción IV, inciso a).

Para Luís Jiménez de Asúa el delito es: “El acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. 5

El Código penal Federal establece en su artículo 7 que: “ delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. 6

El Código Penal vigente para el Estado de México, en su artículo 6 define el delito como: “la conducta típica, antijurídica, culpable y punible”. 7

5 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho del Penal, pagina 130.

6 Código Penal Federal , Pág. 3

7 Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Pág. 12

2.2.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

2.2.1.- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

El concepto de conducta o de acción es el común denominador de muchos de los esquemas que analizan la teoría del delito y del mismo aparece construido el estudio de los restantes elementos del delito, así mismo, que la conducta es la célula misma del delito; además, existen autores como el caso de Maurach, que señalan a la conducta como una “conditio sine qua non”, para la existencia del delito, concluyendo que si no existe la acción humana no habrá delito, por lo que resultaría absurdo el tratar de estudiar los demás elementos esenciales del mismo, ya que el delito es el obrar humano voluntario.

A la conducta se le asignan otras denominaciones, así como el maestro Jiménez de Azúa lo llama acto; pero considero que es mas apropiado hablar de la conducta, ya que el acto no contempla omisión, además coincido con el penalista Celestino Porte Petit Candaudap, al señalar que la acción es: “acción positiva” o “Acción negativa”, siendo que debemos de entender a la primera como la acción y a la segunda como la omisión.

Ante el Derecho Penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: acción y omisión.

Acción.- Consiste en un actuar o hacer voluntario, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleve a cabo uno o varios movimientos corporales y que quebranta la ley por si mismo o por medio de instrumentos, animales o mecanismos e inclusive mediante personas, por lo que la conducta se puede realizar por medio de uno a varios comportamientos.

La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humano mas importante en el derecho penal.

El tratadista de derecho penal Eugenio Raúl Zaffaroni conceptualiza acertadamente a la acción como: “todo comportamiento dependiente de la voluntad humana”.⁸

Ya que solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante, la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin, aunque debemos aclarar que estas ideas corresponden a la corriente finalista, no así a la corriente causalista que se encuentra vigente actualmente en México, ya que para este sistema la voluntad solo se refiere a la voluntad del movimiento corporal y no a la voluntad del resultado, ya que esta ultima se estudia dentro del dolo, el cual forma parte de la culpabilidad.

Podemos definir a la conducta como: el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un fin.

Omisión.- Consiste en la realización de la conducta típica, con la abstención del actuar, esto es no hacer o dejar de hacer voluntariamente algo a lo que se esta obligado y esto constituye la forma negativa del comportamiento.

Para el recocido penalista Cuello Calón, la omisión es “la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar”⁹

Marggiore define la omisión como toda conducta humana dolosa o culposa que sin necesidad de una acción material (movimiento corporal) produce algún cambio en el mundo exterior.¹⁰

La omisión puede ser: omisión simple u omisión propiamente dicha y comisión por omisión u omisión impropia.

8 Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Pág. 359
09 López Betancourt Teoría del delito Pág. 99
10 López Betancourt Teoría del delito Pág. 100

La omisión simple.- es conocida como “omisión propia” y consiste en no hacer voluntariamente lo que se debe de hacer, como por ejemplo: No denunciar un delito cuando se esta obligado a hacerlo. Es decir, la omisión simple es toda inactividad voluntaria que viola una ley dispositiva o prohibitiva y el resultado es formal, es decir, pone en peligro el bien jurídico tutelado, por lo que esa voluntad se traduce en un “no hacer” lo que la ley ordena, por eso la omisión es de carácter normativo.

Algunos autores señalan y afirman que en los delitos de omisión falta un “hacer” y un “querer”, criterio con el que no concuerdo ya que la omisión es una inactividad voluntaria.

La comisión por omisión es conocida como la “omisión impropia”, es una inactividad voluntaria que viola una ley dispositiva y prohibitiva y produce un resultado material, es decir, que la inactividad del sujeto, causa un cambio material en el mundo exterior y por el cual el cual la ley le atribuye responsabilidad del evento externo a un sujeto que se ha abstenido de realizar una conducta exigida por la ley; un ejemplo es cuando una madre deja de alimentar a su pequeño hijo, y con esa inactividad produce la muerte del menor, se está violando una norma dispositiva, la cual ordena a los padres suministrar alimento a sus hijos, produciendo un resultado material al causarle la muerte, violando con lo anterior una norma prohibitiva, de “no matar”.

Es importante señalar que en la comisión por omisión, se produce un resultado material, a causa propiamente de la inactividad, así mismo, se debe dar y comprobar el nexo causal.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA: Ausencia de conducta

La ausencia de conducta es el elemento negativo de la conducta, el cual abarca la ausencia de la voluntad de hacer y de no hacer, y esto significa que la conducta no existe, como consecuencia, da lugar a la inexistencia del delito.

La ausencia de conducta aparece en los siguientes casos:

- 1.- Vis absoluta o fuerza física exterior e irresistible;
- 2.- Vis mayor o fuerza de la naturaleza;
- 3.- Actos reflejos;
- 4.- El sueño;
- 5.- El hipnotismo;
- 6.- El sonambulismo.

Vis Absoluta.- Fuerza física exterior e irresistible. 11

En este caso, la fuerza física es un aspecto negativo de la conducta, porque el sujeto activo a través de esta realiza una acción o incurre en una omisión involuntarias, ya que se ve físicamente impulsado por una fuerza exterior que para el es irresistible, por lo tanto esta acción u omisión jamás puede considerarse delictiva por falta de voluntad del sujeto ya que la misma es el elemento esencial de la conducta, y por tal razón se considera que el agente es un mero instrumento en la realización de dicho resultado.

El artículo 15 del Código Penal del Estado de México, contempla las causas excluyentes del delito y de la responsabilidad, y en su fracción I menciona:

“La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible”; esto es la afirmación de que no se puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del sujeto.

Por lo que ni desde el punto de vista lógico, ni desde el punto de vista jurídico, se puede tener como responsable a quien es “usado” como medio para cometer el delito.

Vis mayor.- Es aquella que proviene propiamente de la naturaleza, es decir, cuando el sujeto realiza una acción en sentido amplio (acción u omisión), coaccionado por la fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

Cuando el sujeto realiza una acción o incurre en una omisión que presuntamente se considera delictiva, a causa de una Vis mayor, se presenta el aspecto negativo de la conducta, es decir, hay ausencia de conducta, ya que en ningún momento existe voluntad en el sujeto para realizar dicho comportamiento, es importante señalar que la diferencia entre la Vis absoluta y la Vis mayor, radica precisamente en que la primera es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras que la segunda es una fuerza irresistible proveniente de la naturaleza.

Actos reflejos

Estos son contemplados como causas de ausencia de conducta y que obedecen estos a actos corporales involuntarios, y si estos se pueden controlar o bien retardar, habrá conducta.

Se encuentra actualizada esta forma de ausencia de conducta, cuando el sujeto esta impedido para controlar sus movimientos, se considera que no existe la conducta, ya que no existe voluntad y por consecuencia de lo anterior se da la inexistencia del delito.

El sueño

En relación a esta figura catalogada como ausencia de conducta, se puede señalar que es un estado de inconciencia temporal en el cual se encuentra la persona durante el sueño.

Hipnotismo

Se considera a esta figura como una ausencia de conducta, la cual se entiende como un estado de inconciencia temporal.

El maestro y reconocido penalista Eduardo López Betancourt define al hipnotismo como: “el procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales”¹²

Sonambulismo

Es considerado como un estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece de un sueño llamémosle anormal tiene ciertas tendencias a levantarse, hablar, caminar, y ejecutar ciertos movimientos, sin que pueda recordar su actuar en ningún momento.

Existen autores que mas que considerar al sonambulismo como una ausencia de conducta la consideran dentro de las causas de inimputabilidad, pero considero apropiado contemplarlo como una causa de ausencia de conducta ya que en ningún momento existe voluntad del sujeto.

2.2.2.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

El segundo elemento del delito es precisamente la Tipicidad, y para la existencia del delito además de una conducta o un hecho humano, es necesario que esta sea típica, es por ello que al hablar de la tipicidad, no hay que confundirla con el tipo, ya que es prudente señalar que existe una clara diferencia entre ellos, el tipo es la descripción de las conductas prohibidas descritas por el legislador, es la concepción legal de un comportamiento catalogado como delictivo, mas en contrario, la tipicidad es la adecuación o encuadramiento de la conducta del sujeto al tipo descrito por la ley.

EL TIPO

Concepto.- Descripción de la acción prohibida creada por el legislador.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación define: “el tipo es el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena”. 13

Muñoz Conde define al tipo como: La descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de una norma penal. 14

Jiménez de Asúa lo define como: La exacta trascripción de la acción punible conminada con una pena. 15

Bacigalupo manifiesta: El tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma. 16

13 Citado por Celestino Porte Pettit Celestino, Apuntamientos de la parte general del derecho penal, Pág., 335

14 Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Pág. 40

15 Jiménez De Azua Luis, Tratado de Derecho Penal, Pág. 776

16 Citado por Daza Gómez Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, Pág. 66

Tipicidad.- Adecuación de la conducta a un tipo legal.

Francisco Muñoz Conde la define como: La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. 17

Castellanos Tena Fernando manifiesta: Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. 18

Jiménez de Asúa define.- Es la exigibilidad correspondiente entre el hecho real y la imagen rectora expresada por la ley en cada especie de infracción. 19

Jiménez Huerta Mariano expresa.- Es el encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias. 20

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal se puede afirmar que no hay delito.

Por otro lado debe de quedar claro que no debe de confundirse el Tipo con la Tipicidad, como se dijo anteriormente, el tipo es la creación del legislador, la descripción que hace el poder legislativo de una conducta considerada como delito, por el contrario, la tipicidad es la adecuación de una conducta concretamente a la descripción legal, formulada por el encuadramiento de una conducta descrita por el legislador, o como lo describe el maestro Celestino Porte Pettit, “La adecuación o conformidad a lo descrito por el tipo”. 21

17 Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Pág. 39

18 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho del Penal, pagina. 166

19 Jiménez De Azua Luís, Tratado de Derecho Penal, Pág. 744

20 Citado por Porte Pettit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Pág. 335

21 Porte Pettit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Pág. 333.

En el tipo penal encontramos que existen elementos objetivos, subjetivos y normativos, aunque debemos aclarar que no todos los tipos contienen estos tres elementos, ya que algunos solo tienen un solo elemento objetivo, otros tienen elementos objetivos y normativos y finalmente hay tipos que llegan a tener elementos objetivos, subjetivos y normativos.

Elementos objetivos: Son aquellos que pueden ser comprendidos solo con apreciación por los sentidos.

Elementos normativos: Son aquellos que solo pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo. Estos pueden ser de valoración jurídica o cultural.

Elementos subjetivos: Son aquellos que se refieren a la intención, al ánimo, al propósito, fin, conocimiento, etcétera, que tuvo el sujeto activo o debe tener en la realización de un ilícito penal.

Así mismo, debemos señalar, que la tipicidad se refiere a la conducta y el tipo penal se refiere a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito.

Por más inmoral o antisocial que se considere cualquier hecho, si no se encuentra contemplado en un tipo penal, simplemente no será delito.

Es importante señalar que el tipo penal al ser una descripción de una conducta señalada como delictiva, debe de estimarse que si se trata de conocer, si una conducta es contraria a la norma penal, ello constituirá una función valorativa que corresponde propiamente a la antijuridicidad y que excede al marco

de la Tipicidad, mas aun si tal conducta se pretende atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería exclusivamente a la culpabilidad.

De tal manera que la teoría del Tipo y la Tipicidad consagran el principio fundamental del Derecho Penal Moderno, el nullum crimen nulla poena sine lege. Tal principio encuentra su fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "...En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...".

De lo anterior se pueden dar los principios generales que existen de la tipicidad, ya que como se dijo anteriormente la Tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano, por diversos principios jurídicos como el antes mencionado ya que constituyen una garantía de legalidad y son los siguientes:

- | | |
|----------------------------|------------------------|
| 1) NULLUM CRIMEN SINE TIPO | NO HAY DELITO SIN TIPO |
| 2) NULLA POENA SINE TIPO | NO HAY PENA SIN TIPO |
| 3) NULLA POENA SINE CRIMEN | NO HAY PENA SIN DELITO |
| 4) NULLA POENA SINE LEGE | NO HAY PENA SIN LEY |

Como lo hemos mencionado anteriormente, la Constitución ampara el principio de legalidad y que garantizan a las personas su libertad, en tanto no exista en el mundo jurídico una norma o tipo penal que establezca el referido comportamiento que pudiera y debiera imputarse.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO

EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Según una división tripartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

En México carecen de importancia estas distinciones, por que los Códigos Penales solo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también los que en otras legislaciones se denominan crímenes; la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter. Con la reforma del 22 de Julio de 1994 a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, se clasifican algunos delitos como graves por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad.

SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE

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

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

Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400, fracción IV, del Código Penal del Distrito Federal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes.

Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material; ejemplo de esto es cuando la madre con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal.

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

POR EL RESULTADO

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

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su

integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material.

Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión), en si misma. Ejemplo de esta son la falsedad en declaraciones.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material. Ejemplo el daño en los bienes.

POR LA LESION QUE CAUSAN

Con relación al efecto resentido por la victima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro.

Los primeros consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o del a omisión de auxilio. El peligro es la situación en la que se colocan los bienes jurídicos de la cual deriva la posibilidad de causar un daño.

El peligro puede relacionarse con la acción o con el resultado, si se vincula a la primera representa una infracción contra una prohibición de peligrosidad. Ejemplo el conducir en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o enervantes, teniendo una probabilidad alta de provocar un accidente, fracción II del artículo 171 del Código Penal Federal; esta es una acción peligrosa, en cambio si se considera el peligro desde el resultado, el efectivamente producido, entonces son hechos de peligro concreto.

La diferencia entre la peligrosidad abstracta y la concreta, es precisamente, que en el primer caso existe una peligrosidad general de la conducta, mientras que en el otro se trata de la producción de resultados de delito real.

POR SU DURACIÓN

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

El Código Penal Federal reformado (según Decreto publicado el 13 de Enero de 1984), en su artículo 7 solo alude a tres especies de delitos en función a su duración: instantáneo, permanente o continuado y continuado.

Instantáneo.- La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo, no se lo dan a un delito los efectos que causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria.

El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo.

Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio.

Actualmente la fracción I del artículo 7 del Código Penal Federal, lo define así: “Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;”

Instantáneo con efectos permanentes.- Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre; el bien jurídico protegido (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración de la salud permanece por un determinado tiempo.

Continuado.- En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución.

Se dice que el delito continuado consiste: 1º unidad de resolución; 2º pluralidad de acciones (discontinuidad de la ejecución); 3º unidad de lesión jurídica; y 4º unidad de sujeto pasivo. Ejemplo cuando un sujeto decide robar treinta botellas de vino y roba una diariamente, hasta completar la cantidad que se propuso.

Actualmente el Código Penal Federal define al delito continuado en la fracción III del artículo 7 como: Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Permanente.- Puede hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos.

Para nosotros existe el delito continuado cuando en todos los momentos de la duración del mismo se puede, puedan considerarse como consumación.

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, si no del estado mismo de la ejecución, tal es el caso de los delitos privativos de la libertad.

El Código Penal Federal en la fracción II de su artículo 7 define al delito Permanente o continuo como: “cuando la consumación se prolonga en el tiempo.”

Algunos autores encuentran en el delito permanente dos fases: la primera, de naturaleza activa, consistente en la realización del hecho previsto por la ley; la segunda, de naturaleza omisiva, es el no hacer del agente.

POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD

Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos. De conformidad con el artículo 8 del Código Penal Federal el cual reza: Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Del dolo y la culpa se hablara al hacer el estudio de la culpabilidad, por lo que solamente diremos que el delito doloso es cuando se dirige la voluntad conciente a al realización del hecho típico y antijurídico como el robo, en donde el sujeto decide apoderarse y se apodera, sin derecho, del bien mueble ajeno. En la culpa no se requiere un resultado penalmente tipificado, mas surge por las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida común, como en el caso del conductor de un vehiculo automotor que con manifiesta falta de precaución o de cuidado, mismo que conduce a excesiva velocidad y mata o lesiona a un transeúnte.

DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS

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

Llamándose simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. 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.

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

El delito de robo puede revestir las dos formas, es decir, es posible considerarlo como delito simple, cuando consiste en el mero apoderamiento de bienes muebles ajenos, sin derecho y sin consentimiento de la persona autorizada para disponer de los mismos con arreglo a la ley, pero el Código Penal vigente en el estado de México en su artículo 290 en su facción II contempla una calificativa (agravadora de la penalidad del robo simple) para el robo cometido en el interior de casa habitación, formándose así un tipo circunstanciado que subsume el robo y el allanamiento de morada, delitos que poseen vida independiente; mas si el ilícito patrimonial de referencia se realiza en lugares destinados para habitación, no es posible aplicar la pena del delito de allanamiento de morada, sino precisamente las correspondientes a la figura compleja.

DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES

Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos.

El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura. Para algunos penalistas el delito plurisubsistente se identifica con el llamado “de varios actos”, sean estos idénticos o no; en tales condiciones, un mismo delito se da unas veces mediante diversos actos y otras con uno solo, como ocurre en el homicidio, cuyo elemento objetivo puede manifestarse en un movimiento único o por varios y el conjunto acarrea el resultado letal.

DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. El peculado, por ejemplo, es un delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y solo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, pero es posible su realización por dos o más; también la violación es unisubjetiva. El adulterio, al contrario es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos sujetos para integrar el tipo, lo mismo sucede con la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente la participación de tres o más sujetos.

POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN

Como una reminiscencia del periodo de la venganza privada, existe en las legislaciones un grupo de delitos que solo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes.

Estos delitos son llamados o de querrela necesaria, cuya persecución únicamente es posible si se llena el requisito previo de la querrela de parte ofendida; mas una vez formulada la querrela, la autoridad esta obligada a perseguir. Si el acto quebranta la armonía social, debe de perseguirse por la autoridad (de oficio), independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida.

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

Los delitos perseguibles previa denuncia (conocidos como “perseguides de oficio”), que puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en que la autoridad esta obligada a actuar por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES Y POLÍTICOS

Esta clasificación es en función de la materia. Los delitos comunes constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los federales se establecen en leyes expedidas por el congreso de la unión.

Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en ejercicio de sus funciones.

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

Los delitos políticos no han sido definidos de manera satisfactoria. Generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o de sus órganos o representantes. El artículo 144 reformado del Código Penal Federal, considera delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos.

TÍTULOS DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Titulo primero.- Delitos contra el Estado.

Titulo segundo.- Delitos contra la colectividad.

Titulo tercero.- Delitos contra la vida y la integridad corporal.

Titulo cuarto.- Delitos contra el patrimonio.

Titulo Quinto.- Delitos contra el proceso.

ATIPICIDAD

Hablando del aspecto negativo de la tipicidad, en el cual hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta delictiva. Por ejemplo el conducir en estado de ebriedad en el territorio del Estado de México.

La referencia legal de lo anterior se encuentra en el artículo 15 del Código Penal vigente del Estado de México, mismo que a continuación se menciona:

Artículo 15.- Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

I. La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;

II. Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;

III. Las causas permisivas, como:

a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

1. Que se trate de un delito perseguible por querrela;
2. Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y
3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.

b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

c) 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 agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el

peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y

d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

IV. Las causas de inculpabilidad:

a) Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

c) Atentas 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 determinar a actuar conforme a derecho;

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

Hay atipicidad cuando no se acreditan los elementos objetivos del tipo, como son las siguientes:

- a) Ausencia de acción u omisión que describe el tipo
- b) Falta del resultado que exige el tipo
- c) Falta del nexo de causalidad
- d) Falta de objeto material
- e) falta de objeto jurídico
- f) falta de sujeto activo o sus calidades específicas
- g) falta de sujeto pasivo o sus calidades específicas
- h) falta de circunstancia tiempo y modo que el tipo requiere
- i) falta de especiales medios comisivos que el tipo requiere

También hay atipicidad cuando no se dan los elementos normativos y subjetivos que el tipo describe.

Jiménez de Azúa conceptualiza: “existe ausencia de tipicidad cuando no concurren todos los elementos del tipo descrito por la ley en la realización de una conducta y habrá ausencia del tipo penal cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se presente”. 22

22 Jiménez De Azua Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III Pág. 716

2.2.3 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La antijuridicidad es el tercer elemento positivo y uno de los más trascendentales del delito y que se entiende como la conducta que se adecua al tipo penal, y en la misma conducta no existe alguna causa excluyente de responsabilidad.

El reconocido penalista Jiménez de Azúa al referirse a la antijuridicidad nos dice: “Provisionalmente puede decirse que es lo contrario al derecho, no basta que el hecho encaje descriptivamente en lo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho”.²³

Celestino Porte Petit, señala: “para encontrar en concepto de antijuridicidad formal debemos utilizar el sistema de excepción a la regla que nos lleve a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad es un concepto negativo”.²⁴

Así mismo define a la antijuridicidad como “aquella conducta que siendo típica no se encuentra amparada por una causa de licitud”.

Considera que hay conductas del ser humano que pueden caer dentro del campo del derecho penal, ya que este es, el que sanciona las conductas humanas

delictuosas, es decir, el delito es una acción netamente antijurídica, y en el derecho penal sin la antijuridicidad no hay delito, por lo que es necesaria la misma para la integración del delito. Es importante señalar que la antijuridicidad es un concepto negativo, ya que con la palabra anti, existe sobre ella cierta dificultad para dar una idea positiva de la misma, por lo que se acepta como antijurídico todo lo contrario a derecho.

23 Jiménez de Asúa tratado de Derecho Penal parte General tomo III

24 Porte Pettit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Pág. 376

Para Muñoz Conde la antijuridicidad es: “un predicado de la acción, es aquel atributo con el que se califica una acción para denotar que es contrario al ordenamiento jurídico”. 25

De lo anterior se establece que para el autor, actúa antijurídicamente aquella persona la cual realiza una conducta a sabiendas de que esta es ilícita, yo considero que una conducta antijurídica es aquella que vulnera un bien jurídicamente tutelado por el derecho penal.

Es importante señalar que cuando decimos lo contrario a la norma no nos referimos a la ley, nos referimos a las normas de cultura o sea aquellas ordenes o prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponda a sus intereses, cuando estas normas de conducta son recodidas por el Estado, la oposición a ellas constituye lo antijurídico, las normas de cultura son por lo tanto, los principios esenciales de la convivencia social regulados por el derecho como expresión de la cultura.

Comúnmente escuchamos que el delito es lo contrario al derecho, el maestro Carrara lo define como la infracción a la ley del Estado; así mismo Carlos Binding manifiesta que el delito no es lo contrario a la ley, si no mas bien es el acto que se ajusta a lo previsto por la ley penal, por lo que efectivamente

podemos decir que el que priva de la vida a otro o el que roba, quebranta una esencia para la convivencia y el ordenamiento jurídico.

Jiménez de Asúa dice que lo contrario al derecho no puede ser atendido como lo contrario a la ley, detrás de la ley penal, de la sanción punitiva y mas que un concepto jurídico, reside un concepto social.

25 Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Pág. 84

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Podemos señalar que con el propósito de enlazar el tema de la antijuridicidad con su aspecto negativo, dentro de la dogmática jurídica-penal, ósea las llamadas causas excluyentes de responsabilidad, de licitud para algunos y como lo manifiesta el Código Penal del Estado de México, Causas excluyentes del delito y de la responsabilidad, donde la aparición de la antijuridicidad, tercer elemento positivo del delito, desaparece al presentarse alguna de las causas de licitud.

Para el maestro Jiménez de Asúa las causas de justificación pueden definirse como aquellas causas:

“Que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo penal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo el carácter de antijurídicos, contrarias a derecho que es el elemento mas importante del crimen”. 26

Podemos señalar que estas son de carácter puramente objetivo y que recaen en la conducta realizada, son materiales pero ilícitas y pueden ser invocadas por cualquier persona, es decir, “ERGA OMNES”.

De lo anterior podemos señalar que las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad como elemento positivo del delito y su aparición excluye la antijuridicidad, mas no así el acto (conducta), y la tipicidad, de esta manera como bien lo señala en maestro Fernando Castellanos Tena, quien priva de la vida a otro, ajusta su conducta al tipo penal que aparece en el artículo 241 del Código Penal del Estado de México, pero tal conducta no podrá ser antijurídica si quien, privo de la vida a otro, obro en legitima defensa, en estado de necesidad o cualquier otra justificante.

26 Citado por Orellana Wiarco Octavio, Teoría del Delito Pág. 30

Las causas excluyentes de responsabilidad se encuentran establecidas y contempladas en el artículo 15 del Código Penal del Estado de México y que el mismo ordenamiento señala las diversas causas excluyentes de del delito y de la responsabilidad.

La naturaleza de las causas de licitud son objetivas, ya que derivan de la conducta y no de algún elemento interno y es por ello que dichas causas anulan la antijuridicidad, más no la culpabilidad.

Los criterios que fundamentan propiamente a las causas de licitud son el consentimiento y el interés preponderante.

El primero corresponde a la voluntad del que conciente y para que este sea eficaz debe de ser obsequiado por el titular objeto de la acción, es decir debe de ser la misma persona.

El segundo existe cuando existen dos bienes jurídicos tutelados del mismo valor y no es posible salvar ambos, por lo que se tiene que sacrificar uno para salvar el otro, se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia.

El derecho positivo mexicano contempla las siguientes causas de licitud:

a) Se actué con el consentimiento del titular del bien jurídicamente tutelado, es importante señalar que esta figura puede prestarse a una serie de interpretaciones erróneas, por lo que contempla los siguientes requisitos:

I) Que se trate de un Bien Jurídico disponible;

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

III) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no mediante algún vicio del consentimiento.

b) La legítima defensa, esta figura que excluye la pena a quien en determinado momento cause un daño, en virtud de obrar en defensa de determinados intereses previstos en la ley, según aparezcan ciertas circunstancias, siendo una de las más importantes para la legislación penal.

Esta figura se define de la siguiente manera:

Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista una necesidad de la defensa y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

A continuación analizaremos los elemento de la figura de la legitima defensa:

Repeler.- que significa rechazar, evitar algo que ocurra o se acerque, Agresión; que es atacar, pretender dañar a alguien y puede ser esta; Real.- cuando es algo cierto y no se trate de una simple suposición o presentimiento;

Actual.- debe de ser en el momento presente, es decir en el mismo instante de repelerla; Inminente.- lo que esta por acontecer o próximo a acercarse o apunto de ocurrir, Sin derecho.- este debe de actuar antijurídicamente, es decir no tener una base legal, ya que la existencia de esta anularía la antijuridicidad, y no se justificaría la defensa; En defensa de bienes propios o ajenos.- ya que debe de obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio a ajeno; Necesidad de la defensa, significa que la acción necesaria y proporcional a posible daño que se pretendía causar en la agresión injusta; No medie provocación dolosa suficiente e inmediata, se debe de entender que no existió la misma provocación a la agresión, a quien defienda el Bien jurídicamente Tutelado.

c) Estado de Necesidad.- Esta es otra causa de licitud, de vital importancia ya que excluye de responsabilidad.

Consiste en salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, donde un peligro real, actual e inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, en el cual se lesiona un bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable, por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Así mismo es importante señalar sus elementos los cuales son:

Situación de Peligro, real, actual e inminente.- Debe de existir una amenaza de una situación que pueda causar un daño, tiene que recaer sobre bienes jurídicos propios o ajenos, exista la necesidad de sacrificar un bien jurídico de menor valor.- significa que para salvar un bien jurídico debe de ser de mayor valor, Causar un daño.- esto es que el agente causara un daño a un bien jurídico para salvaguardar otro, que el peligro no haya sido causado dolosamente.- esto significa que no haya existido dolo por parte del agente, el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro y además no exista otro medio practicable al empleado.

Ejemplo.- Robo famélico y Aborto terapéutico.

d) El ejercicio de un derecho, esta figura aparece junto con el cumplimiento de un deber y se contempla en:

Ejercer un derecho, es causar un daño cuando se obra en forma legítima, siempre que exista otra necesidad racional del medio empleado, en esta causa de licitud, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica, o de otra situación, como es el caso del ejercicio de otra profesión, de una relación familiar.

e) Cumplimiento de un deber.- Este consiste en causar un daño, obrando en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico siempre que exista la necesidad del medio empleado.

En este orden de ideas, se puede dar por reproducido lo señalado en el apartado relativo al ejercicio de un derecho, ya que la propia ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto, y bien podemos decir que la diferencia radica en que el primer caso consiste en ejercitar un derecho, mientras que el segundo, es cumplir un deber y en muchas ocasiones ambas figuras se encuentran unidas o bien una se desprende de la otra.

Al respecto cuando nos encontramos en presencia de Ausencia de Antijuridicidad, se considera que no hay delito o bien existen casos en los cuales el hecho se justifica, y es cuando nos encontramos en presencia de causas de justificación, es preciso señalar que se conoce como causas de justificación a aquellas circunstancias de un hecho que desvanecen su antijuridicidad objetiva, es decir que existe la transformación de un delito en un no delito, se puede decir que una conducta típica se encuentra en aparente oposición del derecho y sin embargo no sea antijurídica, por existir en ella una causa que excluya el delito.

2.2.4.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Imputabilidad viene de la palabra imputar, que significa poner una cosa en la cuenta de alguien y para el derecho penal solo es alguien aquel que por sus conductas psíquicas, es sujeto de voluntad.

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

La libertad a los efectos de la imputabilidad, es la facultad del hombre para actuar conforme a la voluntad, y entendiendo a la voluntad, en este tema, como la autodeterminación conforme al sentido, siendo así que para ser imputable es necesario ser libre, sin que todo ser libre deba ser imputable.

Podemos afirmar que el problema relativo a la imputabilidad del hombre por sus actos, ha tenido una estrecha vinculación con el concepto de libertad, ya sea que se entienda a esta, en una forma especial, lo cierto es que siempre aparece en las concepciones acerca de la imputabilidad.

La libertad de autodeterminación, únicamente significa que el hombre debe poseer un contenido de voluntades suficientes para encausar su conducta, con esto, sin embargo, no se ha llenado el contenido conceptual de la imputabilidad, pues existen voluntades que pueden satisfacer el concepto jurídico penal de la libertad y no ser fundadoras de la imputabilidad.

En los menores de edad, como en los casos de los enajenados, hay una voluntad que se manifiesta interiormente con el pleno uso de sus facultades de autodeterminación, y no obstante, no hay imputabilidad por que falta en ellos como lo establece la ley, la capacidad de comprender el carácter ilícito de su actuar conforme al conocimiento.

Con lo antes señalado, se tiene ya otro de los componentes esenciales de imputabilidad, que es principalmente la capacidad de comprensión de lo ilícito, por lo que el término “comprensión”, se debe de entender como la posibilidad de penetrar intelectualmente en las cosas. Por esta situación se debe de recurrir a la ley para que determine las formas de comprensión, ya que es precisamente ella la que determina las valoraciones normales o anormales y las condiciones previas para conferir la facultad de comprensión de lo antijurídico, es por ello que en la definición de imputabilidad, se pueden incluir elementos normativos, ya que será la propia ley la que determine, quienes y bajo que condiciones serán refutados como imputables.

Del anterior estudio realizado sobre los componentes de la imputabilidad, se puede definir a este de la siguiente manera, Imputabilidad es aquella capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme al sentido teniendo la facultad reconocida normativamente, de entender lo antijurídico de su conducta.

Es importante señalar, que existen las acciones libres en su causa, que en latín se conocen como “*actio liberae in causa*”, son aquellas libre de causa, y

consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito realiza actos de manera voluntaria o culposa, que lo colocan en un estado en el cual no es inimputable, y comete un acto criminal, por lo tanto la ley penal lo considera culpable del delito.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad, consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Existen diversas causas de inimputabilidad, como son el trastorno mental, desarrollo intelectual retardado y minoría de edad, en el trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión, puede ser transitorio o permanente por la ingestión de alguna sustancia nociva, por un proceso patológico interno, solo se excluye el caso en el que el propio sujeto haya provocado esa capacidad ya sea intencional o imprudencial.

Desarrollo intelectual retardado, es un proceso tardío de la inteligencia que provoca incapacidad para querer y entender.

Minoría de edad.- se considera que los menores de edad carecen de madurez, y por tanto, de capacidad para entender y querer, por lo que el menor, no comete delitos sino faltas o infracciones a la ley.

Dichas causas de inimputabilidad se encuentran contempladas en el artículo 16 del Código Penal del Estado de México.

2.2.5.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD

El delito es una conducta que debe de ser típica y antijurídica, en este apartado se estudiara otro elemento necesario para que se integre el delito y lo es la Culpabilidad.

Es un elemento del delito que es aceptado por la escuela clásica, por el finalismo, por el causalismo y la escuela positiva, la culpabilidad es la naturaleza subjetiva y sin duda es uno de los hallazgos fundamentales de la teoría del delito.

Definición.- Es un juicio de reproche que realiza el Estado en contra de un sujeto que viola una norma penal.

Jiménez de Asúa la define como.- El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. 27

Eugenio Raúl Zaffaroni manifiesta al respecto.- es la reprochabilidad del injusto al autor. 28

Castellanos Tena Fernando define.- “Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto”.²⁹

Puedo señalar que la culpabilidad es todo aquel conjunto de presupuestos que hacen posible la responsabilidad personal de aquella conducta señalada como antijurídica y que convierten el acto de voluntad en un acto culpable, además, son el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad del sujeto por contravenir a la ley.

²⁷ Citado por Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 233

²⁸ Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, pág. 543

²⁹ Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 234

Siendo así no basta que el delito sea un hecho antijurídico y típico, además debe de ser culpable, ya que el agente además de ser autor material debe de serlo también moral, es decir que haya ejecutado culpablemente dicho delito.

La culpabilidad es la relación entre la voluntad y el comportamiento del hecho con la conducta; para el reconocido penalista Zaffaroni, la culpabilidad “es la reprochabilidad de un injusto a su autor, la que solo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad”³⁰.

Por lo que es preciso señalar, que la culpabilidad es el juicio de reproche que se le formula a un sujeto activo por su conducta típica y antijurídica, siendo así que una acción es culpable cuando a causa de una relación psicológica existe entre ellas y su autor una situación que puede serle reprochable, el juicio de reprobación de la conducta de este, que es motivado precisamente por su comportamiento contrario a la ley, ya que al ejecutar un acto que la misma ley prohíbe, ha quebrantado un deber primordial de obedecerla, es decir, se reprocha

al sujeto activo su conducta delictiva y además se reprueba por no actuar conforme a la ley.

Para Muñoz Conde la culpabilidad es: “Aquel conjunto de condiciones y facultades psíquicas y sociales que permiten atribuir a una persona un hecho típico y antijurídico y hacerle responsable por el”. 31

Zaffaroni argumenta: “es la reprochabilidad de un injusto a su autor, la que solo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad”. 32

30 Citado por Lopez Betancourt Eduardo, Delitos en Particular, Op. Cit. 214

31 Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Op. Cit. 204

32 Zaffaroni Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, tomo IV, pag. 12

Jiménez de Asúa nos dice: que llegara la propia culpabilidad, es cuando el sujeto activo del delito ha de afinar el extremo de sus armas, para que quede lo mas afilado posible; así el reconocido penalista define “aquel reproche que se le hace al autor de un acto punible al que liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin y cuyo alcance lo era conocido o conocible siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas”. 33

Es importante señalar, que para poder precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías que fundamentan a la culpabilidad.

- a) La psicológica
- b) La Normativa

La primera de ellas funda a la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo, es decir, que no es sino otra cadena de relaciones que parten de la relación causal de la conducta, que encuadra en un resultado típico a la relación

subjetiva, psíquica de su autor y ese resultado, sea a título doloso o culposo, es el que liga al sujeto con su acto y reconoce el significado del mismo.

La segunda señala que la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida para quienes tienen capacidad de obrar conforme a la norma, a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche, por haber contravenido a la ley y se funda en la violación a la norma.

El fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en las que se determina la conducta prohibida, llenando el tipo legal, condición que prueba que el hecho mismo es atribuible al sujeto y que amerita un juicio de reproche en el cual el Código Penal del Estado de México, prevé los tipos o formas de culpabilidad que son:

33 Jiménez De Azua Luis, Tratado de Derecho Penal, tomo V, pag. 92

Dolo.- Es el actuar conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Cuello Calón lo define como: “es la voluntad conciente, dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente a la intención de ejecutar un hecho delictuoso”. 34

Jiménez de Asúa al respecto manifiesta: “la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho, y del curso esencial de la relación de causalidad, existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”. 35

Elementos

Ético.- Esta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber.

Volitivo o Psicológico: Consistente en la voluntad de realizar el acto.

Dolo directo.- Es aquel en que el autor quiere directamente la realización del acto y acepta las consecuencias del mismo.

Dolo indirecto.- Cuando el agente actúa con la certeza de que causara otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente y aun previéndolos ejecuta el ilícito.

³⁴ Citado por Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 239

³⁵ Citado por Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 239

Dolo eventual.- Cuando el agente se presenta como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando las consecuencias.

Culpa.- Cuando se obra sin intención violando u deber de cuidado, produciendo un resultado que no previo siendo previsible.

Mezger al respecto manifiesta: “Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

36

Carrara nos dice: “es la voluntaria omisión de diligencia, donde se calculaban las consecuencias posibles y previsibles del mismo hecho”. 37

Elementos de la culpa

Conducta.- carencia de cuidado;
Precaución de cuidado;
Resultado previsible o evitable; y
Tipificación del resultado y nexo causal.

Clases de culpa

Con representación.- Es aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado aunque la ha rechazado, en la confianza de que llegado el momento, lo evitara o no acontecerá.

López Betancourt la define como: “Cuando se prevé el resultado como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá”. 38

38 Citado por López Betancourt, Teoría del delito Pág. 232

36 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 244

37 López Betancourt Eduardo, Delitos en Particular, pág. 232

Sin representación.- Cuando el agente no prevé la posibilidad de que se produzca un resultado típico, a pesar de ser previsible con su actuar.

López Betancourt manifiesta: “Cuando no se previo el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable”. 39

Jiménez de Asúa manifiesta.- “El dolo y la culpa son especies de la culpabilidad”. 40

39 Citado por López Betancourt, Teoría del delito Pág. 232

40 López Betancourt, Teoría del delito Pág. 234

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, este se va a dar cuando concurren ciertas circunstancias o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por el sujeto activo imputable.

Esto significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por falta de voluntad o el conocimiento del hecho y esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad, es por ello que no puede ser culpable de un delito un sujeto quien no es imputable.

Por lo que diremos, que la inculpabilidad consiste en la falta de nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es la falta de nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto y estas son:

a) error esencial del hecho invencible

b) eximentes punitivas

c) no exigibilidad de otra conducta

Es importante señalar que existen diversas clases de error, el cual puede ser de derecho o de hecho y este a su vez puede ser esencial (en la persona) a aberrato delicti (en el delito).

En el error de derecho no existe la inculpabilidad

La ignorancia es el desconocimiento absoluto de la realidad o ausencia de conocimiento.

Error esencial.- Es cuando el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir, hay desconocimiento de su antijuridicidad.

Error de tipo.- Cuando el sujeto cree atípica su acción, considerándola conforme a derecho, siendo en realidad contraria al mismo.

I) Aberratio lectis.- Es el error en el golpe y de todas formas se contradice a la norma.

II) Aberratio in persona.- es el error sobre el pasivo del delito.

III) Aberratio delicti.- error en el delito y se produce cuando se produce otro ilícito que no era el requerido.

Por lo antes expuesto es causa de inculpabilidad únicamente el error de hecho esencial invencible.

Es importante señalar que es mas preciso hablar de error de tipo de error de prohibición en lugar de error de hecho y derecho.

El error de tipo consiste en que el agente obra bajo un error sobre alguno de los elementos del tipo penal, el error de prohibición se refiere a que el agente cree erróneamente que su actuación esta amparada por una causa de justificación.

b) Eximentes punitivas.- Son aquellas en que el agente cree ciertamente que esta amparado por causas y circunstancias justificativas.

Dentro de estas se encuentran las siguientes:

Defensa Punitiva.- en esta el sujeto cree obrar en legitima defensa, por error esencial o invencible, es decir cuando un sujeto cree ser atacado injustamente y repeliendo la agresión confunde al agresor con otra persona, existe en su favor una causa de inculpabilidad, por error esencial invencible, originándose una defensa punitiva.

Defensa punitiva reciproca.- en esta situación dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho, ante la creencia de una agresión injusta y obrar cada uno en legitima defensa por error.

Estado de necesidad putativo.- la realización de un delito puede existir cuando el agente por error esencial e invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad.

Cumplimiento de un deber punitivo.- el sujeto puede creer que actúa en cumplimiento de un deber, a causa de un error esencial e invencible.

Es importante señalar que esta figura será factible si se produce un delito por error de la misma naturaleza, de las causas anteriores, cuando el sujeto cree que actúa ejerciendo un deber.

c) No exigibilidad de otra conducta.- Esta figura se da cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones y características de la persona no puede esperarse o exigírsele otro comportamiento.

Es importante señalar que el sujeto que actúa en forma contraria al derecho, por no haber tenido la posibilidad de conducirse de otra manera, su comportamiento no puede ser penado.

El reconocido penalista Eugenio Cuello Calón, al respecto establece: “Una conducta no puede considerarse culpable, cuando el agente, dadas las circunstancias de la situación, no puede exigírsele una conducta distinta a la observada”. 41

El capítulo V del Código Penal del Estado de México, referente a las causas excluyentes del delito y de la responsabilidad, en su fracción IV en su inciso c), al respecto expresa “Atentas las circunstancias que concurren en la realización de otra conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”. 42

Al respecto la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del Estado de México refiere:

“Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

IV. Las causas de inculpabilidad:

a) Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

41 Citado por Lopez Betancourt Eduardo, Op.Cit. Pág. 242

42 Código Penal del Estado de México, Pág.

c) Atentas 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 determinar a actuar conforme a derecho;

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

2.2.6.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son aquellas exigencias establecidas por la ley, para que la pena tenga aplicación.

También pueden ser consideradas como aquellas causas que se necesitan para poder integrar una figura delictiva.

López Betancourt define a las Condiciones Objetivas de Punibilidad como: “ Son aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, en los cuales si no se presentan no es posible configurar el delito, de ahí que al manifestarse, solo en algunos tipos penales, es por que no se constituyen elementos esenciales del mismo, si no secundarios”. 43

Es importante señalar que las que las circunstancias exteriores nada tienen que ver con la acción delictiva, pero su presencia condiciona la aplicación de la sanción.

Jiménez de Asúa considera que “estas Condiciones Objetivas de Punibilidad no conforman un carácter mas del delito, por que no son aplicables a todos los delitos, si no por el contrario son escasas”. 44

Resumiendo son un elemento constitutivo del delito pero de carácter secundario, ya que no se presentan en todas las figuras delictivas. Si están contenidas en la descripción legal, entonces serán partes integrantes del tipo, pero si faltan en la descripción legal entonces serán meros requisitos ocasionales.

43 López Betancourt Eduardo, Op. Cit. Pág. 254

44 Jiménez De Asúa Luis, Tratado De Derecho Penal, T. III Pág. 18

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Cuando en la conducta faltan condiciones objetivas de punibilidad, constituirán formas atípicas, produciendo la falta de tipicidad de la conducta delictuosa; ante la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores del delito e independientes de la voluntad del agente, se impide la adecuación de alguno de los tipos penales, por lo que no podrá sancionarse la conducta.

Como ya hemos señalado las condiciones objetivas de punibilidad, son solo requisitos que la ley señala en determinados delitos y que deben de satisfacerse, ya que en caso de que no se cumplieren, el hecho no será punible.

Como conclusión, podemos decir que cuando no se satisfagan las condiciones objetivas de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente.

2.2.7.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

LA PUNIBILIDAD

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena, en función de la realización de una conducta ilícita, un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, también se utiliza para significar la imposición concreta de la pena, a quien ha sido declarado culpable en la comisión de un delito.

Es importante señalar que la punibilidad, no es la aplicación efectiva de la sanción al delincuente, es la amenaza que hace el estado de aplicar una pena al autor de la comisión de un delito, un hecho será punible cuando descrito

abstractamente en la ley, se encuentra conminada su realización con la aplicación de una pena.

Un comportamiento es punible, cuando se hace acreedor a la persona y tal merecimiento trae consigo la conminación legal de aplicación de esa sanción. Hay penalistas que señalan a la punibilidad como elemento esencial del delito y otros la consideran como una consecuencia del delito.

Pavón define: “La amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictada para garantizar la permanencia del orden social”. 45

Así mismo la señala como un elemento constitutivo del delito, argumentando: “La propia ley al definir en su artículo séptimo del Código Penal Federal, el concepto de delito señala: Que es la acción u omisión que señalan las leyes penales, por lo que afirma este tratadista, claramente se establece que la punibilidad es un elemento del delito y siendo este el que otorga su carácter específico”. 46

45 citado por Orellana Wiarco Octavio, Op. Cit. Pág. 74

46 Orellana Wiarco Octavio, Teoría Del Delito, Pág. 74

El Maestro Fernando Castellanos Tena, dice que se utiliza la palabra punibilidad con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena, a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito, en otros términos, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada. Se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas.

La pena es la reacción de la sociedad o el medio de la que esta se vale para tratar de reprimir al delito, es algo externo al mismo y dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria, ya que el decir que la justicia se aplica por la comisión de un delito, eso no es la prueba contundente de que la punibilidad forme parte del delito.

Considero pertinente señalar, que no debe de confundirse la pena con la punibilidad, ya que la primera es propiamente una forma de reacción que emplea el estado, para reprimir y prevenir las conductas delictivas y la segunda sin aquellos márgenes de tiempo, que impone el legislador como castigo por la comisión de un delito.

Por lo anterior puede definirse la punibilidad como: aquella amenaza del estado que se relaciona con Bienes Jurídicos Tutelados, y de esta manera obtener la tranquilidad y conservación del orden social.

Es la barrera de represión que su trasgresión implica llenar los presupuestos legales.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias son el elemento negativo de la punibilidad y por consecuencia, no es posible la aplicación de la pena y se puede definir como aquellas causas que dejando subsistente el carácter ilícito de la conducta desplegada, impiden la aplicación de la punibilidad.

El estado no sanciona determinadas conductas, por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal, y a que en presencia de las excusas absolutorias, los elementos del delito quedan inalterables y solo se excluye la posibilidad de punición.

Jiménez de Asúa expresa: “son excusas absolutorias las causas que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie a pena alguna, por razón de utilidad pública”. 47

Por tales razones, las excusas absolutorias serán aquellas circunstancias

específicamente establecidas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente.

Es por ello que las excusas absolutorias, constituyen la razón o fundamento que el legislador considero para que un delito a pesar de haberse configurado en su totalidad, carezca de punibilidad; en la legislación mexicana existen varios casos en los cuales se presenta una conducta típica, antijurídica, culpable e imputable, pero por disposición expresa de la ley penal, esta no es sancionable.

Por lo que consideramos pertinente señalar que excusas absolutorias son aquellas en las que, dejando subsistentes todos los elementos positivos del delito, el estado por razones de política criminal, no les establece punibilidad.

Las excusas absolutorias reconocidas por el derecho penal difícilmente encuadran dentro de una sistematización doctrinaria, pues cambian y evolucionan de pueblo en pueblo según sus tiempos.

47 Citado por Lopez Betancourt Eduardo, Op. Cit. Pág. 268

2.3.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

INTER CRIMINIS

“Desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación, en el fuero intimo del sujeto data que se opera el agotamiento de la ejecución, del delito, tiene lugar un proceso, parte de la cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida, por ningún observador, fuera del propio autor. A este proceso se denomino intercriminis o camino del crimen; significado así el conducto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito. En realidad, el desarrollo del delito es un proceso continuo, ininterrumpido, en el que se pueden distinguir o señalar estos momentos y otros más, por que

ónticamente no hay límites en esa línea ascendente. A nuestros efectos lo que interesa es señalar algunos de estos momentos, que son los que el tipo toma en cuenta, para abarcar al hecho dentro del campo de lo prohibido o para hacer depender de él una consecuencia práctica”. 48

Normalmente las normas penales detallan y tipifican una conducta ilícita, refiriéndose al mismo en una forma consumada, sin embargo el hecho punible recorre un camino llamado “camino del delito”, mismo que inicia en el momento en el que nace una resolución de cometer el delito, hasta la consecuencia de las últimas metas pretendidas en la comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la conducta ejecutiva y producción del resultado típico.

Es prudente señalar que la simple decisión de delinquir, no manifestada al exterior, es de carácter irrelevante para el derecho penal.

48 Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Pág. 409

Por su parte el maestro Jiménez de Asúa, refiere que el *inter criminis*, supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde la idea que nace en la mente del criminal, hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él, hasta que consigue el logro de sus afanes”. 49

Dentro de todos estos momentos del *inter criminis*, interesan particularmente cuatro, para los efectos penales; la etapa preparatoria, la etapa de tentativa, la consumación y el agotamiento.

Fase interna:

Para Carranca y Trujillo esta fase la explica: “el delito se engendra en la conciencia del sujeto, que se presenta un objeto ilícito, delibera sobre la posibilidad de su logro, intervando por sus motivos y resuelve, por fin a realizarlo. El delito permanece hasta entonces en el claustro mental del sujeto, nada lo revela al exterior, en esta fase no hay incriminación posible, pues si no hay acción criminosa, sobre que seria imposible la prueba del pensamiento delictuoso”. 50

Fase externa:

En esta tiene lugar la manifestación, la preparación y la ejecución, sobre esta el jurista Carranca y Trujillo explica: “Es la fase externa el primer momento, es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente, en el mundo exterior. Si el resultado no se realiza, ni la sola proposición, ni la sola inducción, ni la conspiración misma, son incriminables. Por mas que la policía preventiva las debe de tomar en cuenta para prevenir lo delitos. La preparación consiste en la manifestación externa del propósito criminal, por medio de actos materiales adecuados.

49 Jiménez De Asúa Luís, Tratado De Derecho Penal, Pág. 309

50 Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Pág. 661

Aquí puede darse la preparación, putativa por que los medios no son realmente aptos para producir la violación que se hubiera resultado cometer.

La adquisición cuando es de cosa que tiene un destino equivoco, puede ser sancionada; no así cuando su destino es unívoco. La comunis opinio coincide en sostener que los actos preparatorios en general son equívocos, no revelan con claridad y precisión la voluntad delinquir, de donde resultaría mas dañoso que eficaz sancionarlos”. 51

Concepto de tentativa.-

La tentativa es parte de una de las fases del inter criminis, ya que este solo

opera en los delitos dolosos, siendo en este caso la ejecución, que es donde lleva a cabo todos los actos tendientes para la obtención, de un resultado, pero en ocasiones, no en todos los actos, preparatorios tendientes a la realización de una conducta antijurídica, se realizan o se consuman y entonces es cuando aparece la figura típica de la tentativa.

Los actos de la tentativa, son los que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución, hasta el momento de la consumación. Se trata de una extensión de la prohibición a la etapa ejecutiva del delito, que alcanza, por consiguiente, desde el momento de la ejecución, hasta que están dados todos los caracteres de la conducta típica. Esta aplicación típica opera en función de una fórmula que se haya en la parte general de los códigos, y que no hace más que recoger un concepto óptico, pues la noción de la tentativa tampoco es creación legislativa, respecto de la tentativa la regla es que, los actos de tentativa son prohibidos. Dado que en la tentativa falta el resultado o no se ha completado la acción típica, es desvalor de la misma, es inferior al acto consumado, por lo que a la escala penal es también inferior.

51 Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Pág. 663

Zaffaroni manifiesta: “es la conducta que se haya entre la preparación, y la consumación, siendo claramente determinable el límite que la separa de la consumación, pero siendo sumamente problemática su delimitación respecto de los actos preparatorios”. 52

Dentro del título segundo, capítulo III bajo el nombre de tentativa el Código Penal del Estado de México refiere: “

“Además del delito consumado, es punible la tentativa y ésta lo es cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería producir el delito u omitiendo la que debería evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero si pone en peligro el bien jurídico.

Si la ejecución del delito quedare interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos.”

Castellanos Tena define: “la tentativa existe cuando se ha encaminado los actos ejecutivos (todos o algunos) para la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. 53

Por ello, que se afirma que existe tentativa cuando los actos que ejecuta el autor son idóneos y han penetrado en la esfera personal del titular del bien jurídico, de tal forma que ponen en peligro dicho bien, buscando la producción de un resultado, el cual no se alcanza por causas ajenas a la voluntad del agente.

52 Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Pág. 412

53 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales De Derecho Penal, Pág. 287

En este orden de ideas, para que exista la tentativa, se necesita, que el agente lleve a cabo los actos tendientes a la producción de un resultado mediante el cual tiene como fin causar un daño a un bien jurídicamente tutelado, sin embargo, por causas ajenas a su voluntad no es posible ejecutar esa serie de actos tendientes a menoscabar el bien protegido por las normas.

FORMAS DE TENTATIVA

La tentativa como tal cuenta con diversas formas de comisión es decir, que las causas por las cuales, para el Derecho Penal se han diferenciado dichas formas en tentativa acabada e inacabada.

Tentativa Acabada.- “Cuando el sujeto realiza todas las acciones orientadas a la consumación del delito, mismo que no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente”. 54

Tentativa Inacabada.- “Cuando el sujeto activo no lleva acabo todos los actos necesarios para la consumación del delito, por causas ajenas a su voluntad”. 55

La tentativa acabada en conclusión es donde el agente lleva acabo todos los actos tendientes a la producción de un resultado; sin embargo, el mismo no se realiza por causas que se encuentran fuera de la voluntad de dicho individuo y no por que no se hayan realizado los actos tendientes a la producción del resultado que se deseaba, ya que como se vio en el apartado correspondiente a los medios preparatorios por los cuales planeaban llegar a originar el resultado deseado; así mismo la tentativa inacabada se da cuando el agente no realiza todos los actos tendientes a la producción del resultado deseado, esto por causas ajenas a la voluntad del agente.

54 Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Pág. 479

55 Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Pág. 479

En conclusión este tipo de tentativa, aun cuando el agente tenga la voluntad de ejecutar los actos que preparo para efectos de llevar acabo su actuar ilícito, se exceptúa alguno de ellos, por medio del cual pudiera producirse el resultado, pero al igual que en la tentativa acabada, esta situación se encuentra fuera de los alcances del mismo, ya que sucede por causas ajenas a la voluntad del agente. Siendo entonces que en ambas tentativas concurre el inter criminis, y que en la tentativa acabada no se da el resultado por causas ajenas a la voluntad del agente, o bien por que un tercero se lo impidió; y en la tentativa inacabada tampoco se da el resultado por que el agente omitió algún elemento o acto.

2.4.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Cabe precisar que la doctrina mayoritaria sostiene que se debe de distinguir entre dos grandes rubros la forma de participación en el hecho criminal; autoría y participación. “Autoría” es la producción del acto propio; en tanto que la “participación” es la intervención en la producción del acto ajeno.

Consiste la participación de los sujeto en la voluntad de cooperación de varios individuos en la comisión de un delito, sin que el delito requiera de esa

pluralidad. Para que la participación exista, el tipo debe de ser unisubjetivo, es decir, que el tipo penal, no exija para su composición pluralidad de sujetos.

Zaffaroni define a la participación como: “al fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas forma parte del delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores”.⁵⁶

López Betancourt manifiesta: “Haciendo referencia el pensamiento del penalista Ricardo Abarca, estima que la participación es el fenómeno jurídico que ocurre cuando varios delincuentes concurren en la comisión de un mismo delito”.

57

Pavón define: “para centrar en el lugar debido en el problema de la participación, Maggiore, empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos, monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en relación de la exigencia, típica referida a los sujetos activos en el delito; este es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente pueden realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho solo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas”.⁵⁸

⁵⁶ Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado De Derecho Penal Parte General. Pág. 735

⁵⁷ López Betancourt Eduardo, Delitos En Particular, Pág. 199

⁵⁸ Pavón Vasconcelos Francisco, Manual De Derecho Penal Mexicano, Pág.

De lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación se requiere; unidad en el delito y pluralidad de personas.

El penalista Jiménez de Asúa nos da la clasificación de los participantes de un delito:

a) autores y coautores.

b) instigadores

c) cooperadores necesarios

Solo es autor aquel que ejecuta el acto típico, que realiza la conducta típica descrita en el verbo del tipo. En relación con los autores se debe de distinguir entre el intelectual, material y mediato.

Autor intelectual.- es aquel que concibe el hecho delictuoso, el que lo idea, el que lo tiene en la mente.

Autor material.- es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley.

Autor mediato.- es quien comete el hecho por medio de otro, quien para la ejecución de un hecho punible y doloso, se sirve de otro ser humano como instrumento.

Coautor.- es un autor que coopera con otro u otros autores.

Instigador.- es quien induce a otro a realizar actos o actividades que influyen de manera trascendental en su determinación, y a tal grado que de hacerlo incurrir en un delito.

Cómplice.- es quien coopera dolosamente en la realización de un hecho ilícito cometido por otro, mediante previo acuerdo.

Encubridor.- es quien posteriormente a la ejecución del delito, ayuda o socorre a otro previo acuerdo.

2.5.- CONCURSO DE DELITOS

En ocasiones la violación de varios preceptos penales es consecuencia de una o varias conductas cometidas por el mismo sujeto activo, por lo que el derecho penal y mas específicamente en la teoría del delito, se utiliza este vocablo para indicar que una persona debe responder por varios ilícitos.

Malo Camacho define al concurso como: “diversidad, pluralidad. Concurrir significa convergencia o intervención de varios...Por concurso de delitos se entiende a la pluralidad de conductas o resultados delictivos, cometidos por una persona o varias, cuyo caso habrá también concurso de personas” 59

Ahora bien, en el concurso de delitos podemos afirmar que existe la unidad y la pluralidad de conductas, las cuales a su vez pueden traer aparejada la unidad o pluralidad en la lesión jurídica.

Para Pavón Vasconcelos: la importancia del estudio del concurso de delitos para la aplicación de la pena, establece de manera significativa las hipótesis que pueden presentarse:

- a) unidad de conductas y de delitos;
- b) pluralidad de conductas y unidad de delito (delito continuado);
- c) unidad de conductas y pluralidad de delitos (concurso ideal o formal);
- d) pluralidad de conductas y de delitos (concurso real o material)

59 Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Pág. 702
Formas de Concursos

Puede existir que un mismo sujeto sea autor de una o varias infracciones penales, a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda por que en la misma persona concurren varias autorías delictivas, por lo tanto el concurso puede ser ideal o formal.

El delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas; bien con unidad de acción o mediante varias acciones; finalmente con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

La clasificación de concursos se encuentra contemplada en el artículo 18 del Código Penal del Estado de México, que a la letra dice:

Existe concurso ideal, cuando con una sola acción u omisión se cometen varios delitos.

Existe concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.

Concurso Ideal o Formal

Cuello Calón manifiesta: “hay concurso ideal cuando con una sola acción, se originan varias infracciones de la ley penal”⁶⁰

Muñoz Conde al respecto manifiesta: “el concurso ideal se presenta cuando con una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos.”⁶¹

⁶⁰ citado por Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Pág. 704

⁶¹ citado por Daza Gómez Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, Pág. 385

Pavón Vasconcelos expresa: “Llamemos valorización, resultado, infracción o tipo en múltiple concurrencia, lo cierto es que el concurso ideal, se caracteriza por la violación de varias normas penales que constituyen una pluralidad de delitos.”⁶²

A este concurso se le ha denominado ideal o formal en virtud de que regulada la acción, o el hecho en una múltiple tipificación delictiva, puede

afirmarse que su clasificación, corresponde a varias figuras jurídicamente autónomas, las que en razón de la unidad del momento de la culpabilidad debe de sancionarse como un solo delito.

El concurso ideal o formal se produce cuando un solo hecho da lugar a dos o más delitos.

En conclusión el concurso ideal será la unidad de acción y pluralidad de resultados; en este caso aparece propiamente el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales.

El concurso ideal o formal se advierte una doble o múltiple infracción; es decir por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o mas tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose en consecuencia, varios intereses tutelados por el derecho. Se necesitan dos requisitos para estimar que hay una sola acción: la unidad de propósito y la conexión espacio temporal.

Concurso Real o Material.-

Esta figura se dará cuando un mismo sujeto, mediante dos o más acciones, comete dos o más delitos que son juzgados en el mismo procedimiento penal.

⁶² Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Pág. 141

Se trata de una pluralidad de acciones de un mismo sujeto, cada una de las cuales constituye una infracción penal, que se juzga en el mismo procedimiento.

Villalobos define: "El concurso real existe siempre que el mismo sujeto cometa dos o mas delitos, integrados cada uno de ellos, plenamente por todos los elementos del acto humano, antijuridicidad, tipificada y culpabilidad". ⁶³

Pavón manifiesta: “Existe concurso real de delitos cuando una misma persona realiza dos o mas conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de este, si no hay condena irrevocable respecto de ninguno de ellos, y la acción para perseguirlos no esta prescrita.” 64

Muñoz conde expresa: “En el concurso real concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivos de un delito autónomo.” 65

Como se observa el concurso real tiene lugar cuando el agente del delito realiza varias conductas independientes entre si, que ocasionan múltiples resultados o infracciones penales; siempre y cuando los delitos en cuestión no hayan sido ya resueltos, a través de una resolución judicial ejecutoriada.

El concurso real se diferencia del concurso ideal, toda vez que, aun y cuando ambos presentan pluralidad de resultados y lesiones jurídicas, lo cierto es que la conducta de la que devienen, varia sustancialmente, pues mientras en el concurso ideal se presenta como unidad, es decir, solo se presenta una conducta, en el concurso ideal de delitos, tal elemento surge de manera plural, ya que son múltiples las conductas desplegadas por el activo del delito.

63 op cit. 501

64 op. Cit. 154

65 Muñoz Conde Francisco, Teoría General del delito, Pág. 224

Por otro lado, el propósito delictivo del activo del delito, presenta un papel importante, toda vez que, mientras en el concurso real, existen varios propósitos criminales, dentro del concurso ideal existe uno solo y si bien de este último derivan múltiples resultados, lo anterior es así por naturaleza.

En cuanto a la punibilidad en el concurso de delitos el artículo 68 del Código Penal del estado de México a la letra dice:

En caso de concurso se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la que deberá aumentarse inclusive hasta la suma de las penas de los demás delitos, sin que el total exceda de cincuenta años.

III.- TIPO BASICO DEL DELITO DE VIOLACION PREVISTO EN EL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

3.1.- TIPO BÁSICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y SUS ELEMENTOS.

El tipo básico, se limita a hacer una descripción objetiva de la conducta ilícita.

“**Artículo 273.-** Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos a dos mil días multa” ¹

1.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula;

2.- con persona;

3.- sin la voluntad de esta;

3.2.- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

a) Conducta.- Es el primer elemento básico del delito, y se define como “el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito. En este caso el delito de violación constituye un acto antijurídico de acción, por que el agente efectúa conductas exteriores encaminadas a la producción de un resultado, modificando el mundo exterior al violentar a una persona en su libertad sexual, obligándola a realizar el coito.

b) Ausencia de conducta.- Se presenta como única causa de ausencia de conducta el hipnotismo, es decir cuando el agente del hecho típico es colocado en un estado de letargo, quedando su voluntad sujeta al albedrío de un tercero, quien le indica ejecutar la violación de una persona. No debiéndose olvidar que esta situación debe ser plenamente probada científicamente.

1 Código Penal del Estado de México, Editorial Sista, México, pag 103

3.3.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

a) Tipicidad.- Significa la adecuación de la conducta al tipo penal. En el delito de violación esta se presenta cuando el sujeto activo por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo;

A este respecto tenemos que el tipo penal para el caso del delito de violación, es el que esta establecido en el artículo 273 del Código penal vigente para el Estado de México, el cual nos indica lo siguiente a saber:

Artículo 273.- “Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos a dos mil días multa”

De igual manera, tenemos que los tratadistas consideran que el tipo penal de la violación, tiene la siguiente clasificación:

I. Por su composición.- Es un tipo anormal, por que en su contenido existen elementos objetivos y normativos.

II. Por su ordenación metodológica.- Es fundamental o básico, por que tiene independencia, es decir, se plasma una conducta ilícita sobre un bien jurídico tutelado.

III. Por su autonomía.- Es autónomo, debido a que para su tipificación no requiere de la existencia de algún otro tipo.

IV. Por su formulación.- Es un tipo casuístico, por que en su texto, por que en su texto se plantean varias hipótesis, al mencionar que la violación puede cometerse por medio de la violencia física o moral.

V. Por el daño que causan.- Es de lesión, debido al menoscabo que

ocasionan en la libertad sexual del individuo pasivo, de la conducta ilícita.

RESULTADO.- Formal

NEXO CAUSAL.- Existe una relación de causalidad entre la conducta de acción dolosa desplegada por sujeto activo y el resultado típico obtenido, consistente en que el sujeto activo a través de la violencia física o moral tenga cópula por vía anal o vaginal, con persona independientemente de su sexo, exista eyaculación o no.

OBJETO MATERIAL.- El cuerpo de la víctima.

OBJETO JURÍDICO.- La libertad sexual.

CALIDAD ESPECIFICA EN EL SUJETO ACTIVO.- Única y exclusivamente puede ser el hombre, por ser el que posee el miembro viril.

CALIDAD ESPECIFICA EN EL SUJETO PASIVO.- No es necesaria.

MEDIOS COMISIVOS.- La violencia física o moral.

CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR DE EJECUCIÓN.-
El tipo no los exige.

ELEMENTOS NORMATIVOS:

Violencia física: consiste en la utilización de la fuerza material por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo; 2

Misma violencia que según Carlos Fontán Blestra “debe ser suficiente y continuada para poder vencer la resistencia natural de la víctima.” 3

2 Código Penal del Estado de México, Editorial Sista, México, pag 109

3 Delitos Sexuales, Ediciones Acayú, pag 98

Violencia moral: consiste en la utilización de amagos, amenazas o cualquier tipo de intimidación que el sujeto activo realice sobre el sujeto pasivo;

4

Cópula.- es la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o anal, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no. 5

Médicamente, cópula “es la relación sexual entre un hombre y una mujer, mediante la cual la mujer recibe en su vagina el pene del hombre, y a través de sus respectivos movimientos se satisfacen mutuamente”. 6

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, conceptualiza la cópula de la siguiente manera: “Aun cuando es verdad que la Cópula en un elemento constitutivo del delito de violación, puede tenerse por realizado, aun cuando el supuesto de que no se haya agotado fisiológicamente el acto sexual, ante la prueba de lesiones y signos encontrados en los órganos genitales de la víctima.” 7

Persona.- es el ser humano. 8

Voluntad: capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones. 9

ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIFICO.- No es necesario.

4 Código Penal del Estado de México, Editorial Sista, México, pag 109

5 Código Penal del Estado de México, Editorial Sista, México, Pág. 103

6 Citado por David Navarrete Rodríguez, Nuevo código Penal para el Estado de México, comentado, Editorial Edmun,

Pág. 224

7 semanario Judicial de la Federación, XVI. Pag 263

8 Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa, España, Pág. 266

9 Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa, España, Pág. 134

b) Atipicidad.- Al no realizarse el hecho por los medios comisitos específicamente señalados por la ley, habrá a atipicidad cuando el agente obtenga la cópula, sin la utilización de la violencia física o moral, o cuando no haya la introducción del miembro viril por vía vaginal o anal. Así mismo, cuando en su caso, no se haya introducido por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento distinto al miembro viril. Por otra parte habrá atipicidad, si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigido, es decir, cuando se realice el ilícito supuestamente por violencia física o moral, pero en realidad no haya ocurrido en su ejecución la misma.

3.4.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

a) Antijuridicidad.- Todo delito debe de ser hecho antijurídico, es decir, contrario a derecho, sin que se encuentre bajo el amparo de alguna causa de justificación. En este tipo delictivo se presenta tanto la antijuridicidad formal como la material.

b) Causas de justificación.- Algunos autores han llegado a estimar como ejercicio de un derecho, el evento de violar a la esposa. Por su parte otros tratadistas han considerado que este planteamiento es incorrecto, debido a que todos los seres humanos tienen la libertad sexual de elegir con quien y cuando efectuar las relaciones sexuales. La calidad de esposos no da derecho de violar al cónyuge, y que de cometerse este hecho, sin duda, el individuo estará perpetrando el delito de violación, tipificado en nuestra legislación penal conducente.

3.5.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

Imputabilidad.- Es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal

Exige de dos requisitos: salud mental y edad requerida por la ley. La persona imputable es aquella que se encuentra en las condiciones mentales indispensables para entender lo que hace o no hace y las consecuencias de su conducta.

Inimputabilidad.- Es a contrario sensu, es la falta de capacidad para querer y entender en el campo del derecho penal.

3.6.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

a) La culpabilidad.- Es la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica, cometida dolosa o culposamente.

El ilícito de violación es doloso, debido a que para su ejecución se requiere de la plena voluntad del agente; por consiguiente no cabe la realización culposa, por que el sujeto activo coacciona a la víctima, utilizando al violencia física o moral, para lograr su fin, por lo tanto, solo se presentara por dolo directo.

b) La inculpabilidad.- En el delito de violación si se da una causa de inculpabilidad, consistente en la inexigibilidad de otra conducta; por ejemplo, cuando un sujeto tiene privados de su libertad a una menor de edad, a su padre y a una amiga del padre de la menor y amenaza con privar de la vida a

la menor si su padre no viola a su amiga.

3.7.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD REFERIDAS AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

No se presentan

3.8.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

a) La punibilidad.- se encuentra en el numeral 273 la cual indica lo siguiente: que se impondrán de diez a quince años.

b) Excusas absolutorias.- No se presentan el delito de violación.

Así mismo, tenemos que otros juristas dogmáticamente establecen que existen diversos aspectos colaterales del delito, tales como:

La vida del delito.- se divide de la siguiente manera:

Fase interna.- en esta el sujeto concibe la idea de violar a una persona, posteriormente delibera y finalmente decide ejecutar la acción delictiva.

Fase externa.- Aquí el individuo exterioriza su idea de violar a alguien, prepara los actos necesarios para lograr su fin y por ultimo ejecuta el delito de violación.

3.9.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

1) Tentativa.- Es la realización del tipo penal en cuestión, se presentan

dos tipos:

a) Tentativa acabada.- Se configura cuando el violador prepara todos los actos para la ejecución de la violación, pero por causas ajenas a él no cumple su objetivo.

b) Tentativa inacabada.- En ella el sujeto activo realiza parte de los actos que deberían de producir el resultado.

En el delito de violación si es posible la tentativa, pero solo la inacabada, ya que la acabada implicaría la consumación.

c) Consumación.- se produce en el momento en que el activo efectúa la cópula por medio de la violencia física o moral.

4.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN REFERIDA AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

a) Autor material.- es cualquier persona, será quien ejecuta directamente la violación. También, resulta posible la participación material de la violación tumultuaria, donde todos los participantes perpetran directamente el hecho delictivo.

b) Coautor.- Podría ser cualquier persona, es quien actúa en la misma proporción que el agente del ilícito.

c) Autor intelectual.- Es quien realiza un aporte psicológico para cometer el delito de violación.

d) Cómplice.- Puede ser cualquier persona que auxilie al agente que ha cometido la violación, por acuerdo previo.

e) Encubridor.- Puede ser cualquier persona que oculte al agente que ha cometido la violación, por acuerdo posterior al delito.

5.- CONCURSO DE DELITOS REFERIDO AL TIPO BÁSICO DE VIOLACIÓN.

a) Ideal o Formal

Este concurso se presenta cuando con la ejecución de la violación se producen varios resultados.

Ejemplo: cuando el agente a causa de la violación origina la muerte del sujeto pasivo.

b) Real o Material

Se presenta cuando con otras acciones además de la violación se producen varios resultados.

Ejemplo: cuando el sujeto activo además de golpear a su víctima la despoja de sus pertenencias y luego la viola.

IV.- TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

4.1.- TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO Y SUS ELEMENTOS.

El tipo complementado agravado se integra con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta, y es sancionado mas severamente.

“Artículo 274.- Son circunstancias que agravan el delito de violación las siguientes:

I. Cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas se impondrán, además de las penas señaladas en el artículo anterior, (273 bis) de treinta y cinco a sesenta años de prisión y de cien a quinientos días multa;”¹

Y toda vez que en el precepto legal analizado anteriormente se hace referencia al artículo 273 Bis, del mismo Código Penal, es por lo que se procede a realizar el análisis de este artículo.

“Artículo 273 BIS.- Si la persona ofendida fuere menor de quince años, se impondrán de veinte a cuarenta y cinco años de prisión y de doscientos a dos mil días multa.”²

1.- Si la persona ofendida fuere menor de quince años,

¹ Código Penal del estado de México, Pág. 102

² Código Penal del estado de México, Pág. 102

Los preceptos legales antes invocados, describen la hipótesis siguiente: cuando en la comisión del ilícito de violación, intervengan dos o más personas (tumultuaria), y la persona ofendida fuere menor de quince años, se impondrán penas en su conjunto de cincuenta y cinco a ciento quince años de prisión.

4.2.- CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

a) Conducta.- En este caso constituye un acto antijurídico de acción, por que los agentes efectúan conductas exteriores encaminadas a la producción de un resultado, modificando el mundo exterior al violentar a una persona menor de quince años en su libertad sexual, obligándola a realizar la cópula.

b) Ausencia de conducta.- Se presenta como única causa de ausencia de conducta el hipnotismo, es decir cuando los agentes del hecho típico son colocados en un estado de letargo, quedando su voluntad sujeta al albedrío de un tercero, quien les indica ejecutar la violación de una persona menor de quince años. No debiéndose olvidar que esta situación debe ser plenamente probada científicamente.

4.3.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

a) Tipicidad.- En el presente caso, ésta se presenta cuando dos o mas personas por medio de la violencia física o moral realicen cópula con persona menor de quince años.

A este respecto tenemos que el tipo penal para el caso del delito de violación complementada agravada, es el que esta establecido en el artículo 274 fracción I, del Código penal vigente para el Estado de México, el cual nos

indica lo siguiente a saber:

“Artículo 274.- Son circunstancias que agravan el delito de violación las siguientes:

I. Cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas se impondrán, además de las penas señaladas en el artículo anterior, de treinta y cinco a sesenta años de prisión y de cien a quinientos días multa;”

En relación con el artículo 273 Bis, del mismo Código Penal, que a la letra dice:

“Artículo 273 BIS.- Si la persona ofendida fuere menor de quince años, se impondrán de veinte a cuarenta y cinco años de prisión y de doscientos a dos mil días multa.”

RESULTADO.- Formal

NEXO CAUSAL.- Existe una relación de causalidad entre la conducta de acción dolosa desplegada por los sujetos activos y el resultado típico obtenido, consistente en que los sujetos activos a través de la violencia física o moral tenga cópula por vía anal o vaginal, con persona menor de quince años, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no.

OBJETO MATERIAL.- El cuerpo de la víctima.

OBJETO JURÍDICO.- La libertad sexual.

CALIDAD ESPECIFICA EN LOS SUJETOS ACTIVOS.- Única y exclusivamente pueden ser el hombres, por ser los que poseen el miembro viril.

CALIDAD ESPECIFICA EN EL SUJETO PASIVO.- Que sea menor de quince años.

MEDIOS COMISIVOS.- La violencia física o moral.

CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR DE EJECUCIÓN.-
El tipo no las exige.

ELEMENTOS NORMATIVOS:

Violencia física: consiste en la utilización de la fuerza material por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo; 3

Violencia moral: consiste en la utilización de amagos, amenazas o cualquier tipo de intimidación que el sujeto activo realice sobre el sujeto pasivo; 4

Cópula.- es la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o anal, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no. 5

Persona.- es el ser humano. 6

Voluntad: capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones. 7

ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIFICO.- No es necesario.

3 Código Penal del Estado de México, Editorial Sista, México, Pág. 109

4 Código Penal del Estado de México, Editorial Sista, México, Pág. 109

5 Código Penal del Estado de México, Editorial Sista, México, Pág. 105

6 Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa, España, Pág. 266

7 Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa, España, Pág. 134

b) Atipicidad.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley, habrá a atipicidad cuando no haya la introducción del miembro viril por vía vaginal o anal.

4.4.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

a) Antijuridicidad.- Todo delito debe de ser hecho antijurídico, es decir, contrario a derecho, sin que se encuentre bajo el amparo de alguna causa de justificación. En este tipo delictivo se presenta tanto la antijuridicidad formal como la material.

b) Causas de justificación.- en el presente caso no existen.

4.5.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

Imputabilidad.- Es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

Exige de dos requisitos: salud mental y edad requerida por la ley. La persona imputable es aquella que se encuentra en las condiciones mentales indispensables para entender lo que hace o no hace y las consecuencias de su

conducta.

Inimputabilidad.- Es a contrario sensu, es la falta de capacidad para querer y entender en el campo del derecho penal.

4.6.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

a) La culpabilidad.- Es la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica, cometida dolosa o culposamente.

El ilícito de violación complementado agravado, es doloso, debido a que para su ejecución se requiere de la plena voluntad de los agentes; por consiguiente no cabe la realización culposa, por que los sujetos activos coaccionan a la víctima menor de quince años, utilizando al violencia física o moral, para lograr su fin, por lo tanto, solo se presentara por dolo directo.

b) La inculpabilidad.- En el delito de violación sí se presenta una causa de inculpabilidad, consistente en la inexigibilidad de otra conducta; por ejemplo, cuando un sujeto tiene secuestrados a una menor, a su padre y a una desconocida y amenaza con privar de la vida a la menor si su padre no viola a la desconocida.

4.7.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD REFERIDAS AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

No se presentan

4.8.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

a) La punibilidad.- se encuentra en el numeral 274 fracción I la cual indica lo siguiente: se impondrán además de las penas señaladas en los artículos 273 y 273 Bis, de treinta y cinco a setenta años de prisión.

Por su parte el artículo 273 Bis del Código Penal vigente en la entidad, establece una punibilidad de veinte a cuarenta y cinco años de prisión.

Por lo que si hipotéticamente se presentara una violación tumultuaria a una persona menor de quince años, por lo anteriormente expuesto tenemos que la pena máxima para este ilícito sería de ciento quince años de prisión, misma que a nuestro parecer es desproporcionada en relación a la gravedad de dicho ilícito, tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado en este capítulo.

b) Excusas absolutorias.- No se presentan el delito de violación complementado agravado.

Así mismo, tenemos que otros juristas dogmáticamente establecen que existen diversos aspectos colaterales del delito, tales como:

La vida del delito.- se divide de la siguiente manera:

Fase interna.- en esta los sujetos conciben la idea de violar a una persona menor de quince años, posteriormente deliberan y finalmente deciden ejecutar la acción delictiva.

Fase externa.- En estas los individuos exteriorizan su idea de violar a

una persona menor de quince años, por lo que preparan los actos necesarios para lograr su fin y por ultimo ejecuta el delito de violación complementado agravado en comento.

4.9.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

1) Tentativa.- Es la realización del tipo penal en cuestión, se presentan dos tipos:

a) Tentativa acabada.- Se configura cuando los sujetos activos preparan todos los actos para la ejecución de la violación complementada agravada, pero por causas ajenas a ellos no cumplen su objetivo.

b) Tentativa inacabada.- En ella el sujeto activo realiza parte de los actos que deberían de producir el resultado.

En el delito de violación si es posible la tentativa, pero solo la inacabada, ya que la acabada implicaría la consumación.

c) Consumación.- se produce en el momento en que los activos efectúan la cópula por medio de la violencia física o moral, con persona menor de quince años.

5.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN REFERIDA AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

a) Autores materiales.- pueden ser cualquier persona, ya que serán quienes ejecutan directamente la violación de una persona menor de quince años.

b) Coautor.- Podría ser cualquier persona, es quien actúa en la misma proporción que los agentes del ilícito.

c) Autor intelectual.- Es quien realiza un aporte psicológico para cometer el delito de violación.

d) Cómplice.- Puede ser cualquier persona que auxilie al agente que ha cometido la violación, por acuerdo previo.

e) Encubridor.- Puede ser cualquier persona que oculte al agente que ha cometido la violación, por acuerdo posterior al delito.

6.- CONCURSO DE DELITOS REFERIDO AL TIPO COMPLEMENTADO AGRAVADO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 274 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

a) Ideal o Formal

Este concurso se presenta cuando con la ejecución de la violación complementada agravada, se producen varios ilícitos, como sería producir la muerte de la víctima.

b) Real o Material

Se presenta cuando con otras acciones además de la violación complementada agravada, se producen varios resultados, como sería además de violar a la víctima despojarla de sus pertenencias y posteriormente privarla de la vida.

V.- PROPORCIONALIDAD DE LA PENA CON LA GRAVEDAD DEL DELITO

1.- IDEAS DE CÉSAR BONNESANA

El reconocido filántropo César Bonesana marques de Beccaria afirmaba que los hombres, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, crearon las leyes, buscando mejorar la convivencia entre los hombres. Pero para que la convivencia mejorara era necesario que todos cumplieran con las leyes establecidas; por ese motivo se establecieron penas contra los infractores de estas leyes. ¹

Así mismo manifestaba que la pena sólo debe existir si se deriva de la absoluta necesidad. ²

Que las penas de los delitos sólo pueden ser decretadas por las leyes; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. ³

Si se probase la atrocidad de las penas, sería contraria a la justicia.

Es grave que las leyes estén escritas en una lengua extraña al pueblo, ya que pueden cometerse delitos por falta de entendimiento de las leyes y que cuanto más grande sea el número de los que entienden las leyes, menor será la cantidad de delitos cometidos.

¹ Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 7

² Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 8

³ Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 10

Debe existir una "proporción entre los delitos y las penas". Esa proporción se debe a que no todos los delitos dañan de igual manera a la sociedad; entonces cuanto mayor sea el delito, mayor deberá ser la pena correspondiente. 4

Existe una escala de delitos, cuyo primer grado consiste en aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad, y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Por ese motivo, también debe existir una escala de penas, que deben ser proporcionales a los delitos cometidos.

Beccaria sostenía que existía una medida de los delitos, el cual es el daño hecho a la sociedad. Es decir, cuanto más grande daño se halla hecho a la sociedad, mayor será el delito, y por lo tanto, la pena. 5

La tortura debía de abolirse ya que solo sirve para condenar al débil inocente y absolver al delincuente fuerte. 6

El fin de las penas no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. 7

No es la crueldad de las penas uno de los mas grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas.

La pena de muerte no es útil ni necesaria. 8

4 Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 19

5 Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 22

6 Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 44

7 Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 31

8 Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 85

Las penas son las legítimas consecuencias de los delitos. Nadie puede ser penado sin haber cometido un delito. Misma idea que puede tomarse como antecedente del principio fundamental del Derecho Penal Moderno "NULLA POENA SINE CRIMEN".

La prontitud de las penas es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable la asociación de estas dos ideas "delito" y "pena".⁹

⁹ Tratado de Los Delitos y Las Penas, Beccaria, Editorial Porrúa, Pág. 52

2.- IDEAS DE LA ESCUELA CLÁSICA

Con la obra del marqués de Beccaria se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independiente a la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral.

Uno de los pensadores anteriores al nacimiento de la escuela clásica fue Manuel Kant, el cual afirmaba que “el mal de la pena debe de ser igual al mal del delito”.¹⁰

Giandomenico Romagnosi publicó su obra llamada Genesi del Diritto Penale donde afirmaba que la pena no puede ser tormento ni utilizarse para afligir a un ser sensible; su finalidad inmediata es la intimidación para evitar así la comisión de nuevos delitos.¹¹

Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach: para este autor la imposición de la pena precisa de una ley anterior (nulla poena sine lege). “Es la ley la creadora del vínculo entre la lesión del derecho y el mal de la pena (nullum crimen sine poena legalis).¹²

Francisco Carrara considerado como el padre de la escuela clásica del derecho penal, sostiene que “la pena, con el mal que inflinge al culpable, no debe de exceder de las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del derecho sino violación del mismo”.¹³

¹⁰ Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 52

¹¹ Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 52

¹² Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 54

13 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 55

La escuela clásica del derecho penal siguió preferentemente el método deductivo, o como decía Jiménez de Asúa, el método lógico-abstracto. No es de extrañar tal metodología, por ser la adecuada a las disciplinas relativas a la conducta humana.

El punto de partida de esta escuela es jusnaturalista (en sus diferentes formas), se reconoce un valor “justicia”, un absoluto principio de legalidad y se capta el delito como un ente jurídico. A partir de libre albedrío, la responsabilidad es moral, y serán irresponsables los que no tengan libre albedrío.

El derecho de castigar pertenece al Estado, por tutela jurídica y el derecho penal es garantía de libertad ya que brinda la seguridad jurídica. El fundamento de la reacción penal se encuentra en la obligación de hacer justicia, sobre la base del libre albedrío.

La pena es, ante todo, retribución, es el mal que se da al delincuente por el mal que éste hizo, y debe de ser claramente determinada, reuniendo requisitos de legitimidad e idoneidad.

Requisitos de legitimidad:

Aflictiva; es un mal, un sufrimiento físico o moral para el delincuente.

Proporcionalidad; es un mal equivalente al mal causado, para ello se toma en cuenta el delito cometido y el daño provocado.

Individual; sólo puede ser aplicable al reo.

Ejemplar; debe convencer a los conciudadanos de no intentar la comisión de crímenes.

Igual; debe aplicarse parejo a todos los que violan la ley, sin distinción de rango, jerarquía o posición.

Requisitos de Idoneidad:

Publicidad; que todos se enteren de la actuación del juez.

Certeza; no debe haber medios legales para substraerse de la pena.

Prontitud; mientras mas rápido es el castigo más útil es la pena.

Moralización; no debe de pervertir al delincuente.

Fraccionabilidad; para lograr la proporcionalidad.

Reparabilidad; para corregir los errores judiciales.

En síntesis, podemos afirmar respecto a la proporcionalidad de la pena con el delito, que la Escuela Clásica y particularmente Francisco Carrara, considero que para la realización de la justicia y para cumplir con el principio de retribución de la pena, esta debía ser proporcional a la gravedad del delito.

3.- IDEAS DE LA ESCUELA POSITIVA

Esta escuela fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales en los estudios filosóficos del siglo XIX y se hizo sentir en todas las disciplinas culturales, inclusive en el Derecho. Nacido, como una negación rotunda de las ideas anteriores, constituyó una revolución en los campos científico y artístico. En materia penal, la escuela positiva se presenta igualmente como la negación radical de la clásica, pues pretende cambiar el criterio represivo y dar preponderante estimación a la personalidad del delincuente. ¹⁴

Augusto Comte, padre de la sociología nombró a esta escuela como “Positivismo”.

Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y la observación, mediante el uso del método inductivo, pues de lo contrario, las conclusiones no pueden ser consideradas exactas. Si el positivismo surgió como una consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, es claro que se haya caracterizado por sus métodos inductivos de indagación científica. ¹⁵

El método de observación es adecuado para formar los primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos de las sanciones que puedan orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres dentro de las normas constitutivas del régimen social.

14 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 61

15 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 62

Para Cesar Lombroso uno de los principales exponentes de la escuela positiva, el criminal es un ser atávico, con regresión al salvaje, el delincuente es un loco, un epiléptico.

Enrique Ferri modifica la doctrina de Lombroso al estimar que si bien la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, también debe de tomarse en consideración el empleo de dichos instintos y ese uso esta condicionado por el medio ambiente.

Rafael Garófalo pretende dar contextura jurídica a las concepciones positivistas y produce la definición del delito natural manifestando que es la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Considero como delito artificial o legal, la actividad humana que, contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos. 16

A continuación se enumeran algunas de las tendencias de la escuela positiva:

1º El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es si no un síntoma revelador de su estado peligroso;

2º La sanción penal para que derive del principio de la defensa social debe de estar proporcionada y ajustada al estado peligroso del autor y no a la gravedad objetiva de la infracción;

3º El método es el inductivo, experimental;

16 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 64

4° Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal;

5° La pena posee una eficacia muy restringida, importa mas la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan mas que las penas mismas;

6° El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso;

7° La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles.

En síntesis, podemos afirmar que la Escuela Positiva considera que la pena debe ser proporcional a la peligrosidad del delincuente y no a la gravedad del delito.

4.- IDEAS QUE DERIVAN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe ningún artículo que disponga expresamente que debe haber proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena con que se castiga, sin embargo, del capítulo I, título primero, relativo a las garantías individuales, a través de algunos de sus artículos, derivan ideas en el sentido que el Derecho Penal mexicano es un derecho Penal de acto y no de autor, que el Derecho Penal mexicano es de corte liberal, esto es, el que es propio de los Estados democráticos de Derecho y no es un derecho penal de corte autoritario, propio de los Estados absolutistas.

En efecto, como se sabe, el Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad a ellos aplicables. El llamado Derecho Penal de acto, es aquél en el que las penas se imponen por la realización de un determinado acto, es decir, por la realización de un delito, por lo que la pena viene a ser la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, de tal modo que, sin haberse cometido un delito a nadie se le puede imponer una pena; en cambio, el llamado Derecho Penal de autor, es aquél en el que se pueden imponer penas por la simple peligrosidad del sujeto activo, aún cuando ellas no estén previstas por la ley.

En el curso de la historia no ha existido ningún país con un Derecho Penal de autor puro, sino que ha habido países con un Derecho Penal predominantemente de acto pero con disposiciones legales que facultaban a sus jueces para imponer penas por las conductas que representaban un peligro para su estructura política, aún cuando esas conductas no estuvieran tipificadas como delito en la ley, como sucedió durante el nacional-socialismo en Alemania o en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas al triunfo de la revolución de 1917.

Por otra parte, el Derecho Penal de corte liberal, que es propio de los Estados democráticos de Derecho, se caracteriza porque el mismo Estado se autolimita en su facultad punitiva mediante el reconocimiento del principio de legalidad en materia penal o también llamado de “exacta aplicación de la ley penal”, así como por el reconocimiento de otros principios que caracterizan a su derecho penal, tales como el principio de la tipicidad, el principio de la afectación al bien jurídico, el principio de la antijuridicidad material, el principio de la culpabilidad, el principio de la “última ratio” etc, buscando con ello un equilibrio entre el interés social de castigar los delitos y el interés individual de que a nadie se le imponga una pena si no es por la realización de un hecho previamente establecido en la ley penal como delito y en el que se deberán cumplir con todos los presupuestos establecidos expresamente por la ley o que deriven dogmáticamente de la misma.

Bajo este orden de ideas, reafirmamos que el Derecho Penal mexicano es de acto y de corte liberal, porque el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. 17

Del párrafo antes transcrito deriva el llamado principio de legalidad en materia penal o también llamado de exacta aplicación de la ley penal, en virtud del cual sólo se puede imponer una pena por la realización de un hecho que encuadre exactamente en lo que la ley dice que es delito, por lo que con ello se ve claramente que el Derecho Penal mexicano es de acto y no de autor, porque la pena se impone en función del acto-delito-cometido y no de la sola peligrosidad de un sujeto.

17 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Pág. 11

Este principio también marca el carácter liberal del Derecho Penal mexicano, porque el Estado se autolimita en su facultad punitiva, ya que todo individuo que se encuentre en territorio mexicano tiene la garantía de no ser privado de su libertad personal de manera caprichosa o arbitraria por las autoridades a no ser que realice alguna de las conductas delictivas establecidas en la ley.

El principio de legalidad en materia penal obliga a la autoridad judicial a considerar como delito sólo aquéllos hechos que encuadren exactamente dentro de lo que la ley prevé como delito y a imponer sólo la pena que la misma ley establece para ese delito y no otra distinta, pero no indica nada expresamente en relación con la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena, lo cual es materia de este trabajo de tesis, por lo que a fin de encontrar el fundamento constitucional de este principio, analizaremos ahora el contenido del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece:

“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil”. 18

18 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Pág. 13

En base a este artículo, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla, por lo que cuando alguna persona es víctima de un delito, no podrá hacerse justicia por sí misma, sino que los tribunales le administrarán justicia imponiendo la pena o castigo que la ley señala a quien cometió ese delito, luego entonces, la pena, como consecuencia jurídica del delito, tiene como primera finalidad la realización de la justicia, esto es, dar a cada quien lo que le corresponde, **por lo que la pena, para ser justa, necesariamente debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido**, puesto que sólo de ésta manera se le da a cada quien lo que le corresponde, así, quien comete un delito de poca gravedad social merece una pena también de poca cuantía, quien comete un delito de mediana gravedad social merece una pena de mediana cuantía y quien comete un delito de mayor gravedad social merece una pena también de mayor cuantía.

JUSTICIA.- Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde.

De las ideas anteriores, que derivan de nuestra Constitución Política, surge lo que en Derecho Penal se denomina “el carácter retributivo de la pena”, consistente en retribuir al delincuente un castigo equivalente a la gravedad del delito cometido, pero esta gravedad debe estar determinada en función del bien jurídico que se afecta, partiendo de la idea que el bien jurídico de mayor jerarquía que protege nuestra Constitución es la vida de las personas, puesto que de su existencia depende la existencia de todos los demás bienes jurídicos y sin él, no tendría razón de ser la protección jurídica de algún otro bien, por lo que dentro de la escala de valores protegidos, la vida humana, sin duda alguna, de estar por encima de cualquier otro y si como ya vimos, la pena tiene la función constitucional de ser el medio para realizar la justicia, resulta entonces que las penas más graves deben establecerse para la protección del bien jurídico más

importante: la vida y no se justificará el uso de las penas más graves con que cuenta el catálogo penal para la protección de bienes jurídicos de menor jerarquía que la vida de las personas.

Otro artículo constitucional con el que se confirma que la pena es proporcional a la gravedad del delito, es el artículo 22 en su último párrafo, el cuál, fue derogado el día 9 de Diciembre del año dos mil cinco, el cual dejaba en claro que la pena de muerte sólo se podía llegar a imponer por los delitos más graves, corroborando la idea de que a mayor gravedad del delito, mayor pena. En efecto, dicho párrafo establecía lo siguiente: “Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida en alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”. 19

Finalmente, no debo soslayar que si bien es cierto que la primera finalidad constitucional de la pena es la retribución, con la que se hace justicia, sin embargo, el artículo 18 de la Ley Suprema de nuestro país también asigna a la pena la finalidad de la readaptación social, tema que no se aborda por quedar fuera de los límites asignados a este trabajo de tesis.

5.- TENDENCIA QUE SIGUE EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Para realizar este análisis haremos referencia al primer párrafo del artículo 57 del Código Penal vigente en el Estado de México:

“Artículo 57.- El órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, fijará la pena que estime justa, dentro de los límites establecidos en el código para cada delito, **considerando la gravedad del delito** y el grado de culpabilidad del sentenciado, teniendo en cuenta;...”²⁰

De este artículo se desprende que el juzgador debe de tomar en cuenta además del grado de culpabilidad del sentenciado, también la gravedad del delito que cometido, para aplicar una pena justa, la cual debe de ser proporcional con el menoscabo al bien jurídicamente tutelado.

Por lo anterior analizaremos las diferentes conductas delictivas que se castigan con una pena proporcional a la gravedad del ilícito cometido.

En primer termino uno de los delitos contra de Administración Publica:

COHECHO

“**Artículo 128.-** Comete el delito de cohecho, el particular que ofrezca, prometa o entregue dinero o cualquier dádiva, a algún servidor público para que realice u omita un acto, o actos lícitos o ilícitos relacionados con sus funciones.

Al que cometa este delito se le impondrán las siguientes sanciones:

I. De seis meses a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa, cuando el beneficio obtenido o la cantidad o el valor de la dádiva o promesa, no exceda del equivalente de noventa veces el salario mínimo diario general vigente en la zona económica donde se comete el delito, o no sean cuantificables; y

II. De tres a ocho años de prisión y de quinientos a un mil días multa, cuando el beneficio obtenido o la cantidad o el valor de la dádiva o promesa, exceda de noventa veces el salario mínimo diario general vigente en la zona económica donde se cometa el delito”.²¹

Del análisis del artículo anterior podemos percatarnos que conforme se incrementa la cuantía del beneficio obtenido o la cantidad o la dádiva o promesa objeto del delito, así también se incrementa la pena aplicable para el caso concreto.

De los delitos contra la vida y la integridad corporal un ejemplo muy claro lo es el delito de lesiones del cual la pena aplicable se incrementa en razón a la gravedad del menoscabo a la salud del sujeto pasivo del delito, por lo que a continuación se transcriben los artículos correspondientes:

“Artículo 236.- Lesión es toda alteración que cause daños en la salud producida por una causa externa”.²²

“Artículo 237.- El delito de lesiones se sancionará en los siguientes términos:

I. Cuando el ofendido tarde en sanar hasta quince días y no amerite hospitalización, se impondrán de tres a seis meses de prisión o de treinta a sesenta días multa;

²¹ Código Penal del Estado de México, Pág.

²² Código Penal del Estado de México, Pág.

II. Cuando el ofendido tarde en sanar más de quince días o amerite hospitalización, se impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de cuarenta a cien días multa;

III. Cuando ponga en peligro la vida, se impondrán de dos a seis años de prisión y de sesenta a ciento cincuenta días multa”. 23

A continuación analizaremos los preceptos legales del Código Penal del Estado de México, que tutelan el bien jurídico del Patrimonio, el delito de robo, por lo que transcribiremos los preceptos legales del Código Penal del Estado de México, mismos que pertenecen al Título Cuarto de los delitos contra el patrimonio.

“Artículo 287.- Comete el delito de robo, el que se apodera de un bien ajeno mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de él, conforme a la ley.

El robo estará consumado desde el momento en que el ladrón tiene en su poder el bien, aun cuando después lo abandone o lo desapoderen de él”. 24

“Artículo 289.- El delito de robo se sancionará en los siguientes términos:

I. Cuando el valor de lo robado no exceda de treinta veces el salario mínimo, se impondrán de seis meses a dos años de prisión o de cien a doscientos días multa;

II. Cuando el valor de lo robado exceda de treinta pero no de noventa veces el salario mínimo, se impondrán de uno a tres años de prisión o de ciento cincuenta a trescientos días multa;

23 Código Penal del Estado de México, Pág.

24 Código Penal del Estado de México, Pág.

III. Cuando el valor de lo robado exceda de noventa pero no de cuatrocientas veces el salario mínimo, se impondrán de dos a cuatro años de prisión y de cincuenta a cien días multa;

IV. Cuando el valor de lo robado exceda de cuatrocientos pero no de dos mil veces el salario mínimo, se impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de cien a doscientos días multa;

V. Cuando el valor de lo robado exceda de dos mil veces el salario mínimo, se impondrán de seis a doce años de prisión y de ciento cincuenta a trescientos días multa; y

VI. Si por alguna circunstancia la cuantía del robo no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no se hubiere fijado su valor, se impondrán de uno a cinco años de prisión y de cincuenta a ciento veinticinco días multa”. 25

De los artículos anteriormente mencionados se desprende que se agravara la pena a imponerse, así como se incremente la cuantía del valor de los bienes objeto del ilícito en comento.

Por último haremos mención de tres de los cuatro delitos que tutelan al Bien Jurídico Tutelado de la Libertad Sexual, teniendo en primer lugar:

1.- EL ACOSO SEXUAL

“Artículo 269.- Al que con fines de lujuria asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo que le sea subordinada, valiéndose de su posición derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique

jerarquía, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión o de treinta a ciento veinte días multa.” 26

25 Código Penal del Estado de México, Pág.

26 Código Penal del Estado de México, Pág.

2.- ACTOS LIBIDINOSOS

“Artículo 270.- Al que sin consentimiento de una persona púber ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días multa.

Si el ofendido es impúber, aun cuando otorgue su consentimiento, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cuarenta a cien días multa.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral se impondrá además la pena de uno a cuatro años de prisión.” 27

3.- ESTUPRO

“Artículo 271.- Al que tenga cópula con una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho casta y honesta obteniendo su consentimiento por medio de seducción, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de treinta a cien días multa.

Artículo 272.- No se procederá contra el inculpado del estupro, si no es por querrela de la mujer ofendida, de sus padres o, a falta de éstos, de sus representantes legítimos; pero cuando el inculpado se case con la mujer ofendida, se extinguirá la acción penal y la pena en su caso. ” 28

De los delitos anteriormente mencionados se aprecia claramente que el Código Penal del Estado de México, sigue una tendencia de imposición de las penas de acuerdo a la gravedad del ilícito cometido.

27 Código Penal del Estado de México, Pág.
28 Código Penal del Estado de México, Pág.

CONCLUSIONES

1.- De los artículos 14, 17 y 22 Constitucionales, antes de la reforma de este último de fecha nueve de Diciembre del año dos mil cinco, se deriva que la pena debe de ser proporcional a la gravedad del delito.

2.- Del Código Penal para el Estado de México se advierte que la tendencia del legislador de incrementar las punibilidades en función de la mayor gravedad del delito.

3.- En el orden doctrinario acordes a las ideas del derecho penal de acto que nos rige y a la realización de la justicia que busca la pena, los autores coinciden en señalar que la pena debe de ser proporcional a la gravedad del delito.

4.- La mayor o menor punibilidad para un delito depende del mayor o menor valor del bien jurídico afectado, así por ejemplo la vida es un bien jurídico de mayor valor que la libertad sexual y por ello, el homicidio debe de tener mayor punibilidad que la violación.

5.- En el Código Penal para el Estado de México, encontramos que no existe unidad de sistema respecto a la proporcionalidad que debe de existir entre la gravedad del delito y la pena, por que si bien es cierto que la tendencia general es de castigar con una punibilidad baja los delitos a los delitos menos graves y con una punibilidad mayor a los delitos a los delitos que son mas graves, sin embargo, en el caso del delito de violación previsto en los artículos 274 fracción I en relación con el 273 Bis del mismo ordenamiento punitivo estatal, la punibilidad es de cincuenta y cinco a ciento quince años de prisión, en tanto que un homicidio simple intencional, tiene una punibilidad en al artículo 242 fracción I de diez a quince años de prisión, y el homicidio calificado de acuerdo a la fracción II de dicho artículo de cuarenta a setenta años de prisión, lo cual no se justifica desde el punto de vista de la justicia y la técnica jurídica, puesto que el bien jurídico de la

libertad sexual es menos importante que el de la vida y sin embargo, el Código Penal Estatal protege mas la libertad sexual que la vida misma.

6.- El delito de violación, sin duda alguna es un delito grave que debe ser reprimido enérgicamente, pero no mas que el homicidio, por lo que sugiero se modifique la punibilidad del tipo complementado agravado, materia de este trabajo de tesis, para que sea proporcional a la gravedad del mismo, ya que además, el imponer una pena máxima de ciento quince años de prisión es algo que en la practica nadie la puede cumplir por dos razones; en primer lugar por que el delincuente por lo menos tendría dieciocho años al cometer el delito y nadie viviría ciento treinta y tres años; en segundo lugar por que conforme al artículo 23 del Código Punitivo Estatal, nadie podrá compurgar mas de setenta años de prisión, aun cuando su sentencia fuera de ciento quince años de prisión.

Durante el desarrollo del presente trabajo de tesis, fueron reformados los artículos 273, 274 y se derogo el artículo 273 bis del Código Penal del Estado de México, reforma publicada en la Gaceta de Gobierno el día veintinueve de Agosto del año dos mil siete, reformas de las cuales se desprende que se redujo la pena prevista en la fracción I del artículo 274 del Código penal del estado de México, por lo que considero acertadas las conclusiones antes manifestadas, no obstante aun al haberse reducido la pena señalada para este ilícito, esta sigue siendo desproporcional a la gravedad de dicho ilícito.

BIBLIOGRAFIA

AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G., Derecho Penal, Editorial Harla, S.A de C.V., México, 1993.

BONESANA CESAR, Tratado de Los Delitos y Las Penas, Editorial Porrúa, México, 2004.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Libros de México, México 1992.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho del Penal, Editorial Porrúa, México 1993.

CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL, Derecho Penal Parte General, Editorial Cárdenas Editores, México 1987.

CREUS CARLOS, Derecho Penal, parte especial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

DAZA GOMEZ CARLOS JUAN MANUEL, Teoría General del Delito, Editorial Cardenal, Editor Distribuidor, México, 1998.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa, Madrid, España, 2002.

GONZALEZ BLANCO ALBERTO, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, México 1974.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 1960.

JIMÉNEZ DE AZUA LUIS, Tratado de Derecho Penal, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1960-1987.

JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Tomo III, Editorial Porrúa, México 2000.

LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, Delitos en Particular, t. 3, 6º Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, Delitos en Particular, t. 1, 6º edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

MALO CAMACHO GUSTAVO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 1998.

MARTINEZ MURILLO SALVADOR, Medicina Legal, Editorial Francisco Méndez, duodécima Edición, México 1979.

MARTINEZ ROANO MARICELA, Delitos Sexuales, Sexualidad y Derecho, Editorial Porrúa, 4° Edición, México 1991.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Teoría General del Delito, Editorial Tamis, Bogotá Colombia, 1990.

NAVARRETE RODRÍGUEZ DAVID, Nuevo Código Penal para el Estado de México, Parte Especial, Fundación Editorial Muzger S.A de C.V., México 2003.

ORELLANA WIARCO OCTAVIO A- Teoría del delito, Editorial Porrúa, México, 2002.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, México 2004.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 2003.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ GERARDO, Panorámica Legislativa en el Estado de México, Editorial Cárdenas Editores, México 1997.

ZAFFARONI EUGENIO RAUL, Tratado de Derecho Penal Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor.

LEGISLACION CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Sista, México, 2006.

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, EDITORIAL SISTA, MÉXICO, 2006.