

24
607



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

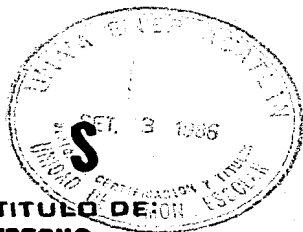
FACULTAD DE DERECHO

TIPIFICACION DEL DELITO DE ABUSO DE INFANTE

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
JORGE LUIS PORTILLO SALGADO**



México, D.F.

Agosto de 1986



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 está 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.

I N D I C E

	Página.
CAPITULO I	1
I - Los sujetos del delito.	
A) Sujeto activo.	5
B) Sujeto pasivo.	9
CAPITULO II	13
Determinación del pasivo en el delito de abuso de infante.	
CAPITULO III	24
El interés social en la prevención y represión de los delitos.	
CAPITULO IV	31
Naturaleza del delito.	
A) El dolo.	
B) La culpa.	35
C) La falta.	37
CAPITULO V	42
La tentativa en el delito de abuso de infante.	
CAPITULO VI	48
Los elementos del delito.	
CAPITULO VII	55
Algunos hechos que podrían conformar el delito de abuso de infante.	
CAPITULO VIII	60
Teoría de la tipificación delictual.	

Página.

CAPITULO IX

65

Lo antijurídico en el delito de abuso de infante.

CAPITULO X

72

Hacia una dogmática en el delito de abuso de infante.

CONCLUSIONES

88

CAPITULO I

I. LOS SUJETOS DEL DELITO.

Para nuestro propuesto delito de abuso de infante, los sujetos (activo y pasivo), serán siempre personas físicas, ya que la persona moral carece de voluntad propia por recaer ésta en sus representantes legales (personas físicas).

En el delito proyectado jamás podrá darse el evento de que una persona moral o su representante legal (1), pueda ser menor de edad, puesto que para una persona pueda ser representante legal de una persona jurídica se requiere por principio que sea "sui juris" (2); y en cuanto al pasivo del ilícito propuesto obviamente tendrá, eso sí, que ser un menor de edad.

Quede, pues, debidamente establecido, que la consideración que sigue, toma en cuenta necesariamente la mayor edad del activo y la minoridad del pasivo.

Por otra parte, el individuo como sujeto del delito (activo o pasivo), ha sido delimitado por nuestra legislación, de acuerdo con su edad cronológica,

(1) Artículo 10 de la Ley de Sociedades Mercantiles.

(2) Artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal.

mas no debemos dejarnos llevar por criterios generales en los que quedan como personas inimputables los sujetos menores de diez y ocho años así como los locos, los idiotas y los débiles mentales. La edad cronológica a que nos referimos y en la cual se alcanza la mayoría de edad en nuestro país, es de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil la de los diez y ocho años; sin embargo, ésta só lo nos ubica en características de conducta que se establecen para personas normales; empero en la vida real no todas gozan a cierta edad de las mismas cualidades o aptitudes, como es el caso de aquellas personas físicas que padecen alguna alteración psíquica y que en cierto momento, se podrían equiparar a los infantes, de acuerdo con su escaso desarrollo mental.

De lo anterior podemos desprender la idea de que, si bien es cierto que en la actualidad la mayoría de edad se logra con el simple hecho de llegar a cumplir los diez y ocho años, también podríamos aseverar que no por ello se alcanza siempre la madurez de juicio; y por otro lado, hay ocasiones en que el sujeto tiene la posibilidad de lograr dicha madurez antes de la mayoría de edad.

No podemos establecer un cartabón para todos los individuos como sujetos pasivos del delito, simplemente

por lo que hace a su edad cronológica, por ser ésta una limitación temporal, y por lo tanto, casuística, frente a quienes no se ponen en juego los signos de la responsabilidad (del sujeto activo). Sin embargo, y ya lo hemos dicho, la ley ha establecido los diez y ocho años para lograr la mayoría de edad, colocando así al individuo como persona "sui juris". Tal es el caso del artículo 646 del Código Civil, aludido anteriormente al mencionar que la mayoría de edad comienza a los diez y ocho años cumplidos. En situación semejante la Ley que crea los Consejos Titulares para Menores Infractores del Distrito Federal señala que el Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años cuando estos infringen las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten en otra forma de conducta que haga presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños a terceros. El Consejo intervendrá en el estudio de la personalidad, la aplicación de las medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento. (3).

Trataremos de ubicar al sujeto, ya activo, ya pasivo del delito, no por su mayoría de edad, sino por cuanto ya hayan logrado o no su madurez mental que los

(3) Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, artículos 1º y 2º.

ubique dentro de la sociedad como personas capaces de tener un discernimiento normal en relación a los demás individuos que lo rodean: en el caso del activo esta situación colocaría al sujeto en la posibilidad de evadir la acción de los tribunales. La idea de tomar en cuenta al individuo de acuerdo con su capacidad de juicio, en el caso del sujeto pasivo, es la de no dejar fuera de la protección de la ley a todos aquellos que de una u otra manera podrían equipararse con los infantes por su escasa facultad de discernir y de decidir.

Visto de otra manera, y reiterando el concepto, diremos que dentro del tipo de delito de abuso de infante que estamos proponiendo, analizaremos en los capítulos siguientes, quiénes podrían por su estado de indefensión ser considerados como sujetos pasivos, ya por su incapacidad fisiológica, ya por inmadurez de discernimiento, etc., y que por tanto, no son capaces de oponer resistencia a los individuos que realizan en su perjuicio la conducta delictiva.

Pasemos a considerar por separado a los sujetos (activo y pasivo) del propuesto delito de abuso de infante.

A) SUJETO ACTIVO.

Algunos autores manifiestan lo que el sujeto activo del delito es, así como las maneras en que debe realizar su acción u omisión para que quede encuadrada su conducta dentro del ámbito de validez de lo punible. Al efecto mencionamos algunas: Jiménez Huerta dice que "no es autor todo sujeto que ha cooperado en la causación de un resultado lesivo, sino sólo aquél que ejecuta la conducta descrita en la figura típica efectivamente aplicable" (4). En esta definición, vemos que su lógica no comulga con el contenido del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, puesto que éste describe en sus fracciones I y III, a los que son responsables de los delitos. Por su parte Castellanos manifiesta que "sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad" (5).

Por su parte Antolisei manifiesta al respecto que "autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario, al que la ley se refiere cuando describe el modelo

(4) Mariano Jiménez Huerta, Tomo I, p. 95, "Derecho Penal Mexicano" Edit. Porrúa 1977.

(5) Fernando Castellanos. - Lineamientos Elementales de Derecho Penal P. 149. Edit. Porrúa 1976.

del delito" (6). Jiménez de Asúa afirma que "es autor el que obra como dueño de la acción y, por lo tanto, como ejecutor principal y directo de ella" (7).

En las definiciones anunciadas con anterioridad, podemos encontrar algo en común como lo es la voluntad, sin la cual, creemos también, difícilmente se podría configurar cualquier delito y mucho menos cumplir con los requisitos del tipo por parte del sujeto activo. Reflexionando sobre las personas que pudieran encontrarse en una situación latente para cometer el propuesto delito de abuso de infante, señalaremos en primer término a todas aquellas personas capaces de conducirse libremente en su voluntad y que en principio se encuentran en el supuesto de tener bajo su custodia a un menor, a quien prácticamente pueden causarle un daño.

Haciendo un paréntesis por lo que respecta a quienes son los sujetos que podrían cometer el delito de abuso de infante, diremos que el sujeto activo en tal ilícito es el autor o cómplice que realiza en beneficio propio y por cualquier medio un acto u omisión encaminados

(6) Italo Anolisei.- Revista Italiana de Derecho Penal (Relieves metodológicos sobre el concepto de la acción), P. 17, 1940.

(7) Luis Jiménez de Asúa.- La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de la participación en la infracción. P. 101. Argentina. 1957.

directamente a la obtención de un lucro en perjuicio de infante o de quien por su estado psíquico pudiera equipararse con éste.

Partiendo de la base anterior en la que mencionamos directamente quiénes pudieran ser los sujetos activos dentro del tipo legal que conformaría el abuso de infante, creemos en principio que el daño que podría ocasionarse a los infantes y que se logra a través de las maquinaciones, artificios o engaños o bien por medio de la violencia física o moral, consiste en el desgaste de energías sin provecho propio por parte del pasivo, en forma metodizada y continua (acaso diariamente, con horario fijo y actividades regularizadas). El daño al infante y el provecho correlativo para el infractor se conjugan en una relación de causa a efecto inmediato. Así tenemos que el sujeto activo es el que utiliza cualquiera de los medios antes descritos para lograr que un infante realice una conducta que dé como resultado un beneficio en detrimento de éste y en provecho de aquél.

Por último, diremos que el sujeto activo en el delito de abuso de infante realizará el tipo legal una vez que obtenga sistemáticamente el producto del trabajo del menor y no antes, ya que como lo veremos adelante, si

no llega a consumarse esta acción, quedará en grado de tentativa. Ahora pasemos a realizar un breve análisis de lo que para nosotros debe ser el sujeto pasivo.

B) SUJETO PASIVO

Consideremos al pasivo delictual en términos genéricos por ahora, para dejar como materia específica del capítulo siguiente el estudio de los elementos del pasivo en el proyectado ilícito de abuso de infante.

Intencionalmente dejaremos para después las referencias bibliográficas sobre el concepto del pasivo en materia penal, para dirigir nuestra atención de acuerdo con el criterio personal, asumiendo la responsabilidad consiguiente.

Todo pasivo es receptor de los efectos de la figura delictiva de que se trate en cada caso concreto, o sea, que es el titular del derecho violado y protegido por la ley. Es pasivo en relación con la comisión del delito de violación de correspondencia, ya sea el remitente, ya sea el destinatario. Es pasivo del delito de traición a la Patria, la nación misma entendida como ente jurídico.

No debemos confundir al pasivo como sujeto receptor, en el campo del Derecho Penal, con el concepto de pasivo en el terreno gramatical. En su concepto meramente literario el pasivo indica la acción consumada

(leído, corrido, deseado); la voz pasiva no es sino un cambio de giro, no de concepto, utilizando para ello el accidente gramatical propio del verbo que recibe el nombre de voz. Así, la voz pasiva de la frase "yo amo a Susana)", puede expresarse en voz pasiva, conservando el sentido conceptual, como "Susana es amada por mí".

En Derecho Penal, el sujeto receptor de los efectos del hecho ilícito soporta el daño o el perjuicio inherentes (8).

Gramaticalmente el sujeto pasivo de un delito está generalmente en caso dativo si la acción del verbo la ejecuta el sujeto activo. En la violación de correspondencia el activo viola una carta de la cual no es destinatario; viola la carta, pero quien sufre el efecto es el destinatario (caso dativo).

En cambio, en el caso del delito de violación (en sentido sexual), el pasivo lo es el sujeto violado porque directamente la acción del verbo recae sobre él, lo que lesiona su integridad, su dignidad y su reputación (caso acusativo); pero además y precisamente por

(8) Daño según el lenguaje forense es el menoscabo que sufre la persona en su integridad corporal, en su patrimonio, en su honor o su dignidad o bien en su prestigio; y perjuicio es la falta de ganancia lícita. El daño se repara y el perjuicio, en sí mismo irreparable, se indemniza.

recibir la lesión en su integridad, en su dignidad y reputación, debe considerársele también como titular de la reparación del daño causado (caso dativo).

En el homicidio el sujeto pasivo recibe directamente la acción de matar que efectúa el activo; y como el sujeto pasivo no puede ser receptor de la reparación del daño, puesto que con el hecho delictuoso ha dejado de ser para lo venidero una entidad jurídica; y tampoco lo puede ser su sucesión puesto que toda sucesión se abre con los bienes del difunto que no se extinguen con su muerte (9), si la reparación del daño se origina en el hecho mismo de la muerte, no puede haber estado jamás en el patrimonio del occiso.

En el homicidio es típica la reparación del daño considerada como pena en favor de los familiares o dependientes económicos del occiso (10); y dentro del mismo principio de que quienes sufren el daño lo son los familiares y dependientes económicos del trabajador fallecido con motivo o a consecuencia del trabajo, se pronuncia la ley laboral (11).

(9) Artículos 1º y 88 del Código Civil.

(10) Artículo 29 del Código Penal.

(11) Artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo. En el mismo sentido de la reparación del daño por causa civil, se regula en el artículo 1915 in fine del Código Civil.

Para englobar en un solo concepto la idea del pasivo en materia criminal, como aquél que sufre la consecuencia, ya directa (caso acusativo), ya indirecta (caso dativo), de la comisión del delito, según las circunstancias del hecho criminoso y según la naturaleza y sus consecuencias, debemos concluir que el sujeto pasivo es siempre aquél contra quien se cometió el hecho punible, ya sea que lo afecte perjudicialmente en su integridad (homicidio, lesiones, golpes), en su dignidad (difamación, cohecho), en su patrimonio (fraude, robo, despojo, daño en propiedad ajena, concusión, peculado), en su bienestar (asonada, motín, cuartelazo), o en su honra (raptó, violación).

Para nosotros el concepto de sujeto pasivo es así consubstancial al concepto del bien tutelado por la norma punitiva.

CAPITULO II

DETERMINACION DEL PASIVO EN EL DELITO DE ABUSO DE INFANTE

En el capítulo anterior mencionamos de manera generalizada al sujeto pasivo del delito. Pasemos ahora de lo general a lo particular, para considerar al pasivo únicamente por lo que respecta al proyectado delito de abuso de infante.

El pasivo del delito de abuso de infante será tomado para los efectos de este trabajo, como el menor de catorce años (aplicando a contrario sensu el artículo 173 de la L.F.T.). Por extensión también será sujeto pasivo quien por su situación de deficiencia mental se equipare a aquél.

Por lo anterior se nos muestra necesario aclarar que, como no hay ley que pueda definir lo que debe entenderse por demente, idiota, imbecil, ebrio consuetudinario o drogadicto, quienes por esa causa caigan en deficiencia mental y por lo tanto puedan considerarse también para los efectos del ilícito como sujetos pasivos; y como la demencia, la imbecilidad, la idiotez, etc., no son por sí mismos conceptos jurídicos sino psicopatológicos, debemos atenernos a la declaración que previamente haga un Juez de

Lo familiar sobre el estado de interdicción del pasivo para que el delito quede configurado (12). Esto significa que la determinación de que el sujeto esté en estado de demencia para ser considerado como pasivo, dependerá de la previa decisión judicial, para cada caso concreto (con efectos erga omnes).

Por supuesto, sólo por equiparación el mayor de edad con facultades mentales disminuidas puede caer en el ámbito delictual que proyectamos, tal como tratándose de la violación se equipara a esta figura penal la cópula con persona menor de doce años "o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa (13).

Esta equiparación obedece al principio ubi eadem ratio idem jus (a igual razón igual derecho), de igual manera comulga con la anterior el razonamiento ubi eadem est decisionis ratio, ibi eadem est legis dispositio (donde hay la misma razón para decidir, debe aplicarse igual disposición legal), puesto que el propuesto abuso de infante

(12) Cfr. artículos 466 del Código Civil y 904, 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Cfr. Alfonso Quiroz Cuarón. Medicina Forense, P. 270, Edit. Porrúa. 1982.

(13) Artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal.

(y de incapacitado mental) no solamente es de culpa sino de peligro, que dependen de la calidad del pasivo.

La edad tope de catorce años a que aludimos podría estimarse arbitraria. De igual manera sería la fijación de los diez y ocho años para alcanzar la mayoría de edad en materia civil según lo expusimos en la primera parte del capítulo anterior. Sin embargo nuestra proposición encuentra su apoyo legal en la Ley Federal del Trabajo, (14) según veremos más adelante.

Hemos comentado con anterioridad que el pasivo en el pretendido delito de abuso de infante puede ser el menor de catorce años o bien aquél que por su estado de debilidad mental pueda equipararse con éste. Hacemos al respecto la siguiente digresión, en la cual nos permitimos ensayar algunas ideas que nos permitirán ubicar de una mejor manera, aquéllos a quienes proponemos sean equiparados con los menores dentro del ilícito de abuso de infante.

Según nuestro entender, la evolución físico-mental del menor considerado como entidad normal, puede

(14) La Ley Federal del Trabajo manifiesta al efecto en sus artículos 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179 y 180 referentes al trabajo de menores, la edad permitida para realizar trabajos diversos. Estas edades se fijan para menores de catorce años y hasta los diez y ocho.

admitir los siguientes grados:

a).- Dentro de su primera infancia que va del nacimiento a los cinco años, difícilmente se podrá concebir el delito de abuso de infante, ya que el pasivo puede no reunir las condiciones mínimas para poder ser agraviado dentro del propuesto delito; esto es, que probablemente no tendrá la concentración ni la habilidad para efectuar el trabajo que se le haya impuesto, o bien la fuerza física requerida para tal faena.

b).- Nosotros pensamos que la segunda infancia puede ser de los seis a los doce años, momento en el cual el menor se caracteriza por el empleo de un juicio incipiente en el juego, por su facultad de imitación por la toma de conciencia con las necesidades que le impone el conocimiento de su medio circundante, por el valor del dinero y por el sentido de solidaridad familiar. En esta época el menor se convierte en el sujeto pasivo ideal para el delito de abuso de infante.

c).- Al igual que en el inciso anterior, el menor se encuentra en la posibilidad de ser sujeto pasivo en el ilícito propuesto al llegar a la adolescencia, ya que para nosotros es en esta época cuando el menor se

vuelve más maleable por estar en la etapa de imitar a sus mayores y por anhelar llegar a la juventud, al tiempo que se empieza él mismo a crearse necesidades propias.

Por lo que respecta a los sujetos que podrían ser equiparados a los menores de catorce años, aunque ya trasciendan de esa edad y no lleguen a los diez y ocho años de acuerdo con su condición mental limitada, podríamos encontrar a los locos, los idiotas, los imbéciles o simples débiles mentales, sujetos aludidos en el artículo 68 del Código Penal para efectos de su reclusión en condiciones especiales (15).

Hilda Marchiori dice que a las alteraciones mentales se les asocia con los siguientes factores: a) maduración; b) aprendizaje; c) adaptación social; entendiéndose por tales conceptos lo que a continuación se describe:

-
- (15) NOTA.- Según Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas en su Código Penal Anotado, P. 184. Editorial Porrúa, 1980, mencionan que ningún precepto del código común de preceptos, fija tales términos (locos, idiotas, imbéciles o los que sufran cualquier otra debilidad o enfermedad o anomalías mentales), por lamentable omisión del legislador.
- (15-BIS) Raúl Carranca y Rivas, Derecho Penitenciario, carcel y Penas en México. P. 330. Editorial Porrúa, 1981, menciona "No obstante, ningún precepto del Código Común de Procedimientos fija tales términos por lamentable omisión del legislador. El Código Federal de Procedimientos Penales establece el camino a seguir para los enfermos mentales que hayan delinquido (Arts. 495 v 497)

A) Maduración.- "Durante los primeros años se produce una clara alteración en el desarrollo. el ritmo de la maduración. y esto constituye especialmente en los niños la base para proporcionar los datos para diagnosticar la debilidad mental. Por ejemplo al llevar a la edad escolar. el niño retardado generalmente experimenta por lo menos dos años de atraso" (16).

b) Aprendizaje.- "La incapacidad de adquirir y retener conocimientos como resultado de la experiencia, indica la presencia de un defecto en la capacidad de aprender y se observa especialmente en el aprendizaje escolar. Pero cabe señalar que ya se detectan en los primeros años, en la psicomotricidad, lenguaje, en la incapacidad para jugar con otros niños, problemas en el desarrollo" (17).

c) Adaptación social.- "Si el retardo mental es leve, el niño tal vez muestre pocos signos hasta que al entrar a la escuela se lo puede observar de un modo más claro. La adaptación social se vuelve importante como

o que "enloquezcan en el curso del proceso" (Art. 498). En cuanto a los primeros el juez podrá ordenar provisoriamente la reclusión del sujeto en manicomio o departamento especial...."

(16) Hilda Marchiori, Personalidad del delincuente. P. 96. Edit. Porrúa. 1978.

(17) Hilda Marchiori, Personalidad del delincuente. P. 97 Edit. Porrúa. 1978.

índice de retardo mental, en especial al nivel del adulto, pero se refleja desde antes en la incapacidad del individuo para relacionarse con sus padres y maestros y con personas de su mismo nivel" (18).

Nosotros pensamos que la demencia radica en la falta de discernimiento entre lo justo y lo injusto o en la privación de la voluntad de acción. El idiota es la persona que padece limitación permanente en su facultad de discernir: esta deficiencia se equipara a la inteligencia de un niño de tres años aun cuando el sujeto sea ya adulto. El imbecil se contempla como una persona que padece debilidad mental, calculando que, siendo ya un adulto, posea una inteligencia correspondiente a un niño de tres a siete años de edad. (19).

Lo anterior nos conduce a una idea más clara para poder determinar al pasivo dentro del propuesto delito de abuso de infante. El sujeto pasivo sufre las consecuencias directas del ilícito, o sea, aquél de quien abusa directamente el activo y por lo tanto a quien le causa un perjuicio directo la comisión del delito. Sin embargo, el pasivo por principio debe ser un infante, esto es, un

(18) Hilda Marchiori Personalidad del delincuente. P. 97. Edit. Porrúa. 1978.

(19) Cfr. Hilda Marchiori Personalidad del delincuente. P. 100 y 101. Editorial Porrúa. 1978.

menor que todavía no está apto conforme a su edad cronológica para dedicarse al trabajo remunerado y fuera del hogar, y al que, sin embargo, se le obligue a trabajar en beneficio de otro.

La Ley Federal de Trabajo en su título quinto-bis, contempla el trabajo de los menores, delimitando a los que a pesar de no haber llegado a la mayoría de edad, pueden mediante ciertos requisitos (20), ser contratados para utilizar sus servicios, debiendo en este caso ser mayores de catorce y menores de diez y seis años. En tal evento quedan fuera del propuesto delito de abuso de infante los menores cuyas edades cronológica y mental se encuentran más allá de los catorce años.

No podremos contemplar dentro del sujeto pasivo del delito de abuso de infante, a los menores cuya regulación laboral se encuentra permitida por la Ley Federal del Trabajo (21), puesto que, para poderse permitir la utilización de un menor de diez y ocho y mayor de catorce años, se deben cumplimentar las reglas que al efecto determina el mencionado título quinto-bis de la referida ley y

(20) Los artículos 173, 174 y 175 de la ley federal del trabajo, contemplan de qué manera puede un patrón utilizar los servicios de los menores de 16 años y mayores de 14, requisitos sin los cuales no podrá por ningún motivo contratar a este tipo de menores. De igual manera el último de los artículos

donde en principio, suponemos, debieron ser estudiadas con cautela las edades mínima y máxima para el trabajo.

A pesar de que la Ley en ciertos casos permite el trabajo de menores, es claro que no autoriza el empleo de un menor de catorce años, lo cual favorece nuestro punto de vista de equiparar con los menores a todos aquellos individuos que se encuentran con alguna limitación mental aunque su edad rebase la de los catorce años.

Empero, en el propuesto delito de abuso de infante, la hipótesis es la de que al sujeto pasivo se le obliga a realizar un trabajo remunerado fuera del hogar en beneficio de otro. va en el comercio establecido. va en la vía pública. a diferencia del concepto de mendicidad a que alude el Código Penal (22). Se entiende por mendicidad el acto de solicitar a los transeúntes una ayuda sin ofrecer nada a cambio, o bien, solicitarla de puerta en puerta. Es por esto que no debemos confundir la corrupción de menores con el abuso de infante que contempla, no la prostitución del menor de catorce años a través de la mendicidad, sino

Enumerados nos dice las prohibiciones para la utilización del trabajo de menores.

(21) Artículos 173 y 174 de la Ley Federal del Trabajo.

(22) El artículo 201 del Código Penal en su parte conducente dice: "Comete el delito de corrupción de menores el que...
...incite o auxilie a la práctica de la mendicidad..."

sino el hecho de forzarlo a efectuar un trabajo remunerado fuera del hogar.

Hasta aquí; puede resumirse nuestro pensamiento en la siguiente sinopsis:

DELITO
DE
ABUSO
DE
INFANTE

- 1.- Sujeto activo.- Requiere efectuar la conducta idónea para explotar a un menor de catorce años a través del trabajo realizado por éste.
- 2.- Sujeto pasivo.- Menor de catorce años obligado a realizar un trabajo remunerado fuera del hogar así como el declarado con alguna deficiencia mental por un juez competente.
- 3.- NOTA----- Se equipara con el sujeto pasivo.- El idiota, el loco, el imbecil o el débil mental, aunque pase de los diez y ocho años, si tiene un desarrollo mental inferior al de un menor de catorce años.

EXCEPCIONES

- I.- Primera infancia del individuo. Dificilmente se dará el delito de abuso de infante, ya que el pasivo puede no reunir las condiciones mínimas para poder ser agraviado.
- II.- Mendicidad. Tampoco se da el sujeto pasivo ya que se requiere para este tipo legal, que solicite un favor o servicio ajeno sin realizar nada a cambio.
- III.- L.F.T. No puede ser sujeto pasivo el mayor de catorce años y menor de diez y ocho de acuerdo a los artículos 173 y 179 que consignan las reglas y los requisitos para que aquél pueda trabajar.

DELITO
DE
ABUSO
DE
INFANTE

EXCEPCIONES

- 1.- Sujeto activo. - Requiere efectuar la conducta idónea para explotar a un menor de catorce años a través del trabajo realizado por éste.
- 2.- Sujeto pasivo. - Menor de catorce años obligado a realizar un trabajo remunerado fuera del hogar así como el declarado con alguna deficiencia mental por un juez competente.
- 3.- NOTA - - - - - Se equipara con el sujeto pasivo. - El idiota, el loco, el imbecil o el débil mental, aunque pase de los diez y ocho años, si tiene un desarrollo mental inferior al de un menor de catorce años.
 - I.- Primera infancia del individuo. - Difícilmente se dará el delito de abuso de infante, ya que el pasivo puede no reunir las condiciones mínimas para poder ser agraviado.
 - II.- Mendicidad. - Tampoco se da el sujeto pasivo ya que se requiere para este tipo legal, que solicite un favor o servicio ajeno sin realizar nada a cambio.
 - III.- L.F.T. - No puede ser sujeto pasivo el mayor de catorce años y menor de diez y ocho de acuerdo a los artículos 173 y 179 que consignan las reglas y los requisitos para que aquél pueda trabajar.

CAPITULO III

EL INTERES SOCIAL EN LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS

Entendemos por interés social el consenso dentro de una colectividad para defender su integridad, su supervivencia y sus buenas costumbres; para proteger su evolución y su cultura y para fomentar el bienestar de sus integrantes en los campos económico, jurídico, político ético y religioso.

Esta definición que nos atrevemos a ensayar, peca por amplia y posiblemente no sea exhaustiva. La esbozamos con las reservas propias de nuestras limitaciones.

Según Fernando Castellanos, Rafael Garófalo afirmó que "el delito es la violación de los sentimientos de piedad y probidad poseídos por una población en la medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad" (23).

Jiménez Huerta afirma que "si el orden jurídico tiene por fin el hacer posible la seguridad y la justicia

(23) Fernando Castellanos. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. P. 65. Edit. Porrúa. 1976.

en la vida social, obvio es que el quid de lo antijurídico exige como "plus", una ofensa a los ideales o aspiraciones valorativas de la comunidad estatal o internacional" (24).

Denis Szabó alude que: "la prevención del crimen es probablemente el elemento que mejor integra la política criminal en la social" (25). Como complemento a esta idea afirma que "la higiene social preventiva forma parte, pues, con una política familiar de prevención de crimen" (26).

Existe un interés social directo en prevenir y en su caso en evitar la comisión de los delitos; y a posteriori en la represión de la delincuencia. Toda sociedad, a través de los órganos del Estado, está avocada a ello como signo de autodefensa.

A pesar de que se advierte el interés social, ya a favor de la prevención, ya a favor de la represión de los delitos, pues en muchos casos el particular desea hacerse

(24) Mariano Jiménez Huerta, P. 246. Tomo I. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 1976.

(25) Denis Szabó, P. 216. Criminología y Política en Materia Criminal. Siglo Veintiuno Editores. 1980.

(26) Idem. P. 217.

justicia por propia mano y no dejar ésta en manos del Estado, no obstante que él es el único organismo jurídico que puede avocarse a la persecución de los delitos ejercitando la acción penal correspondiente; al efecto encontramos apoyo para esta teoría en el artículo 17 constitucional que en lo conducente dice:..."ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho"...

Es necesario la distinción entre lo que es la prevención social de la delincuencia y lo que es la represión del delito: la primera tiende a evitar los ilícitos y la segunda se dirige a promover la punición o castigo para quienes los hayan cometido. Lo preventivo se dirige a evitar el mal, jurídicamente considerado; la represión se orienta a la vindicta de la sociedad ofendida.

La teoría de la vindicta privada está afortunadamente muy superada en la actualidad, ya que como lo hemos dejado mencionado nadie puede hacerse justicia por propia mano; ésto se debe a que el principal ofendido con el acto delictivo lo es la sociedad, independientemente del perjuicio que se causa a la entidad privada, ya en su integridad corporal, ya en su patrimonio, ya en su honra,

prestigio o dignidad, y para quien en su caso se ha instituido la reparación del daño (27).

No entran en los límites de este trabajo las críticas que la sociología criminal endereza contra la política represiva del Estado en materia penal. Como ejemplo podemos manifestar lo que Denis Szabó dice al respecto: " Encuanto se impugna la legitimidad del estado y el uso que hace de la sanción penal, cuyo monopolio tiene, se ve claramente que la justicia desempeña un papel político. La discriminación en detrimento o en favor de ciertas categorías de individuos contribuye mucho a la definición del criminal por las leyes y los órganos de la justicia. ¿Por qué ha de figurar el pequeño defraudador o ladrón como imagen del criminal? (28).

(27) El Código Penal para el Distrito Federal vigente en su título segundo, capítulos I y V, menciona como penas y medidas de seguridad entre otras, la reparación del daño, la cual consiste de acuerdo con el artículo 30 en: "I - La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia. III.- Tratándose de los delitos comprendidos en el título décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

NOTA El título décimo del Código Penal mencionado, se refiere a los delitos cometidos por los servidores públicos.

(28) Denis Szabó. Criminología y política en materia criminal. PP. 37 y 38. Siglo Veintiuno Editores. 1980.

Sin embargo, en el proyectado ilícito de abuso de infante podemos soslayar estos principios de conducta que si bien abren para el criminalista un amplio campo de controversia, para nosotros, por lo menos, son ya, por principio, válidos, veamos:

1º.- El principio de la prevención del delito de abuso de infante.- Lo podemos encontrar en la legislación laboral (29), donde se prevé el trabajo de los menores, bien para prohibirlos, bien para sancionar a quienes quebranten la prohibición (30).

2º.- El principio de la represión del delito de abuso de infante.- La penalidad, como consecuencia directa de la comisión del ilícito, nos conduce a no dejar sin sanción a quien quebranta una ley punitiva. El quehacer de punir al delincuente, ya como medida ejemplar, ya como vindicación de la colectividad, no solamente es propio del delito sino consubstancial a él. Nullum crimen sine poena.

NOTA.- No es que seamos precisamente adictos a la teoría de que la institución de la pena, aplicable a quien cometa transgresiones a

(29) Regulados por la L.F.T. en su título quinto-bis. Arts. 173 y 180.

(30) El artículo 995 de la L.F.T., contempla la sanción para los patrones que violen las normas que rigen a los menores.

las leyes prohibitivas, caracterice y distingua al Derecho Penal de las demás ramas del Derecho. El propio Jiménez de Asúa quiere que la sanción sea elemento integrante de la figura delictiva. sin embargo, la lógica repudia la inclusión en la definición misma de aquello que se trata de definir: así que para nosotros el Derecho Penal no es por esencia el que atiende (entre otros elementos capitales) a la penalidad que deba aplicarse a los transgresores de la ley prohibitiva porque caeríamos en una petición de principio (31). El Derecho Penal tiene que encontrar su esencia en la transgresión de las leyes prohibitivas por parte de las personas físicas en lesión de la convivencia, la paz, la seguridad, la tranquilidad, la integridad corporal, el prestigio, la honra, la dignidad o el patrimonio de un pasivo, llámese Nación, Estado, colectividad o individualidad (física o moral). La pena, así es, una consecuencia directa, individualizada y concreta que debe

(31) Entiéndase por petición de principio (*petitio principii*), el vicio en que incurre quien da por sentado lo que tiene que demostrar y, por supuesto, así no demuestra. Vgr.: El fascismo se observa en el Estado fascista.

soportar el activo; pero que está fuera de la naturaleza del ilícito criminal, en sí misma considerada.

CAPITULO IV

NATURALEZA DEL DELITO.

A).- EL DOLO.

La figura de abuso de infante que proponemos puede consumarse dolosamente, quedando por lo tanto excluida la culpa, ya que no se concibe que el sujeto activo pueda obrar inconscientemente y mucho menos que involuntariamente pretenda con ello un beneficio.

Algunos tratadistas establecen su propia definición de lo que es el dolo en el derecho penal formulando sendas clasificaciones de las especies dolosas, veamos:

Para Jiménez de Asúa es "la producción de un resultado antijurídico con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación por casualidad 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" (32). Castellanos se refiere a esta figura como "el actuar, consciente

(32) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. P. 459. Caracas. 1945.

y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico" (33).

Nos atrevemos, con nuestras limitaciones, e inspirados en el tratadista Castellanos, a dar nuestra propia definición al respecto quedando ésta de la siguiente manera: el dolo es una conducta típica y antijurídica, consciente y voluntaria, encaminada a lesionar un bien ajeno.

Dentro de las clasificaciones del dolo que se han realizado, tomamos como punto comparativo la de Fernando Castellanos, quien sostiene que puede ser directo, indirecto, indeterminado o eventual (34). Incluimos en seguida su clasificación:

-
- (33) Fernando Castellanos. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. F. 239. Edit. Porrúa 1976.
- (34) Fernando Castellanos. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. P. 241. Edit. Porrúa. 1976. (cuadro sinóptico).

DOLO	DIRECTO	El resultado coincide con el propósito del agente. (Decide privar de la vida a otro y lo mata).
	INDIRECTO	El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas).
	INDETERMINADO	Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas).
	EVENTUAL	Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio de una bodega conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

De acuerdo con la clasificación anterior, no podrá darse el dolo indirecto en el abuso de infante determinado, ya que el fin que se propone el sujeto activo no tendrá como consecuencia que el resultado delictivo lesione a

otros menores. Por ejemplo: "A", que es el sujeto activo, envía al pasivo que en este caso es "B", a realizar un trabajo remunerado fuera del hogar con el fin de quitarle su salario. La conducta de "A" es delictiva solamente con relación a "B", pero nunca podrá serlo también en agravio de otros menores.

El propuesto delito de abuso de infante que tiene la característica de ser siempre doloso, tiene también por su tipo (y del cual hablaremos en los capítulos siguientes), la peculiaridad de ser unipersonal en cuanto al sujeto pasivo, ya que el beneficio obtenido no se podrá lograr con el trabajo realizado por otro menor.

Por lo que respecta al dolo indeterminado, según la clasificación mencionada de Castellanos, no tiene cabida en el delito de abuso de infante puesto que la intención de delinquir siempre tendrá como objeto la obtención de un beneficio respecto del trabajo de un menor determinado.

Asimismo el dolo eventual queda fuera del abuso de infante porque de acuerdo con la clasificación de Fernando Castellanos, en esta especie el sujeto activo desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. En este caso el

resultado delictivo será el deseado y no existe la posibilidad de un desenlace diversificado.

Consideremos que el delito de abuso de infante es por su naturaleza una conducta típica que necesariamente deberá presentarse en forma dolosa, directa y unipersonal (en relación esto último con el sujeto pasivo).

B).- LA CULPA.

Nuestro código punitivo de 1931 mencionaba en su artículo 8º la clasificación de los delitos dividiéndolos en intencionales y no intencionales o de imprudencia (culposos). En el mismo artículo se decía que "se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional". Empero en la anterior definición el vocablo imprudencia se empleaba, a nuestro juicio, en forma indebida al usarlo como sinónimo de culpa, pues aquélla es sólo una especie de ésta.

Mezger dice, "actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever" (35).

(35) Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal. T. II. P. 171. Madrid. 2a. Ed.

Para Castellanos existen dos especies principales de culpa: "consciente, con previsión y con representación; e inconsciente, sin previsión o sin representación" (36). La culpa consciente la explica como una conducta en la cual el agente prevé el resultado típico; pero no solamente no la quiere sino que abriga la esperanza de que no le suceda. Con respecto a la inconsciente, Castellanos piensa que el agente no prevé lo previsible, esto es, que por el hecho de no hacer consciente la conducta a realizar, esta se revierte hacia el activo produciéndose como consecuencia una conducta penalmente tipificada.

La culpa para nosotros es una conducta realizada en forma imprudente, negligente, con falta de cuidado o de reflexión y que tiene un resultado involuntario tipificado por la ley como delito.

A propósito del delito culposo hemos estado hablando de negligencia, impericia, imprudencia o falta de cuidado en relación con la conducta realizada o a realizarse; de que el agente o sujeto pasivo, previendo o no el resultado de la conducta, siempre se encuentre en la situación de no desear provocar o realizar una conducta tipificada penalmente. Por lo tanto, nuestro propuesto delito de abuso de infante nunca podrá estar comprendido dentro

de los denominados culposos, imprudenciales, imprevisibles, o de negligencia o impericia, pues el abuso de infante siem
pre necesita de la voluntad consciente del activo para obte
ner un beneficio en detrimento del menor.

Un aspecto que podría confundirse con el delito de abuso de infante, considerándolo como culposo, sería tal vez la tentativa, pero dejaremos este tema para tratarlo en capítulo por separado.

C).- LA FALTA.

Si conforme a la definición corriente el delito es la infracción a una ley penal (37), la falta tendrá que ser, por razón de grado, la infracción de un reglamento..

Tan pasmosamente sencillo es el concepto de falta, que, paradójicamente, nos plantea los siguientes problemas:

¿No es falta también la infracción a cualquier reglamento incluido en la ley penal?.

En caso negativo, ¿cuál es la diferencia entre

falta y delito?.

Si la falta está reservada a la infracción de un reglamento, ¿qué nombre conviene a la infracción de una ley civil?.

De las cuestiones planteadas tenemos:

Tanto la falta como el delito tienen de común la transgresión a una ley prohibitiva o de orden público; e independientemente de la nulidad del acto, ambas acarrear la reparación (en lo posible) y la sanción. Son pues leyes perfectas. Pero en tanto que para el delito el castigo o sanción siempre emana de una autoridad jurisdiccional mediante la substanciación del procedimiento respectivo (artículo 21 constitucional), en la comisión de una falta no se requiere de la solemnidad del procedimiento ni de los órganos idóneos de investigación, averiguación, instrucción, acusación y juicio propios del proceso punitivo, sino solamente de la determinación del hecho digno de fijación del correctivo.

El lenguaje forense distingue la sanción que se

(37) Definición que nada define por lo extremadamente vaga. Cfr. Cap. II, in fine.

le aplica a quien comete un delito y la que merece quien incurre en una falta. A la primera le llama pena (38) y a la segunda corrección disciplinaria (39), o bien sanción simple (40).

Nosotros no podemos establecer una distinción técnica entre delito y falta por la represión que se le impone a quienes incurren respectivamente en esas transgresiones, porque caeríamos en el engaño de enfrascarnos en meras denominaciones y sobretodo, de no atender a los conceptos propiamente tales, de delito y falta, respectivamente, sino a las consecuencias que producen (41).

-
- (38) Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.
- (39) Artículo 63 del Código de Procedimientos Civiles: "Dentro de los tres días de haberse hecho saber una corrección disciplinaria a la persona a quien se le impuso, podrá ésta pedir al Juez que lo oiga en justicia; y se citará para la audiencia dentro de tercero día, en la que se resolverá sin más recurso que el de queja".
- (40) Reglamento de faltas de Policía en el Distrito Federal. Artículo 19 que a la letra dice: " Cuando el infractor cometa varias faltas, se le acumularán las sanciones correspondientes a cada una de ellas, pero el arresto directo no podrá exceder de treinta y seis horas, y el arresto como permuta de la multa no pagada no podrá ser mayor de quince días.
- Quando una falta puede ser considerada bajo dos o más aspectos, y cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor.
- (41) A esta falacia del pensamiento se le llama lógica de resultados, que consiste en sostener que las cosas son o no son según las consecuencias que producen. Vrg.: "el sol es el sol porque calienta"; "el auto de formal prisión fue injusto porque finalmente el procesado fue absuelto".

No puede, pues, encontrarse la diferencia capital entre delito y falta en la índole, la calidad o la extensión del castigo para uno u otro eventos; sino en la íntima naturaleza de una y otra figuras.

Ahora bien, si conviene a la naturaleza del delito la transgresión de una ley penal y si por otro lado corresponde a la naturaleza de la falta la idea de incurrir en la desobediencia a un reglamento administrativo, la diferencia específica ha de encontrarse justamente en la calidad de los hechos sancionables, como parece entenderlo el legislador constituyente cuando dijo:

"Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.... Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía. el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas"....

En conclusión: el propuesto delito de abuso de infante consiste en que el agente activo explote el trabajo de un menor determinado, fuera del hogar y entonces, ya como delito, se le aplicará la pena consiguiente si así lo estatuye el legislador ordinario; y será falta que conlleve

el correctivo consiguiente en los casos administrativamente previstos en la ley reglamentaria del artículo 12 constitucional (42).

(42) La Ley Federal del Trabajo en su título dieciseis, referente a las responsabilidades y las sanciones, deja perfectamente delimitadas las sanciones administrativas a que nos referimos. Véase los artículos del 992 al 1010 de esa Ley.

CAPITULO V

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE ABUSO DE INFANTE.

Hemos establecido que los elementos materiales que integrarían el delito cuya institución proponemos, son: a) la existencia de un menor de edad, como sujeto pasivo y sobre el cual recaen los efectos del ilícito: b) la inducción del agente activo en el ánimo del menor, ya moral, ya física para que desarrolle una actividad por parte del agente activo, sin la retribución adecuada en favor del pasivo.

Ya que nuestro Código Penal no define lo que debe entenderse por tentativa, recurramos a la jurisprudencia y a la doctrina.

El máximo Tribunal del país tampoco la define, aunque si la integra con estos elementos: el subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer el delito: el objetivo, consistente en los actos de naturaleza jurídica realizados por el activo; y un resultado de potencia, no verificado por causas ajenas a la voluntad del agente (42).

(42) Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Séptima época, 2a. parte. Vol. 5, pág. 53. Directo 7529/68 Antonio Martínez Ledezma y José Castulo Barájas Salinas.

La Suprema Corte señala que la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado (44).

Weisel (45) sostiene que la tentativa es aquella actividad del agente activo con la cual, según su plan, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

Nótese que, según este criterio, el agente "se pone en relación inmediata con la realización del tipo"; pero no lo realiza aún.

Veamos ahora las posibilidades de que, así tipificado, el delito de abuso de menor quede en grado de tentativa y de que además sea punible.

El artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal dice en lo conducente:

"La tentativa es punible cuando se ejecutan

(44) Tesis 318 visible en la Pág. 672 del apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte II, 1a. Sala. 1975.

(45) Citado por Francisco de J. Sandoval.- Revista Mexicana de Justicia.- México. No. 19. Pág. 95.

hechos encaminados directa o indirectamente a la realización de un delito, si ésta no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

Cabe por lo pronto, distinguir entre la existencia de la tentativa en cuanto tal y la punibilidad, acaso, de esa tentativa. Del texto transcrito se deduce que para el legislador mexicano hay tentativas punibles y tentativas no punibles, tal como en ciertos delitos sin sanción (i). No es punible el robo entre cónyuges si no media la denuncia de la víctima (46).

¿Cuál es, pues, el fundamento de que la tentativa sea sancionable?

Sobre este pormenor recogemos la opinión autorizada de Sandoval (47), quien considera que la base para sancionar la tentativa debe encontrarse simultáneamente tanto en el dolo del agente activo, que supone la concreta voluntad final de afectar un bien jurídico, como en la puesta en peligro de dicho bien.

Con esta tesis el tratadista supera las dos directrices tradicionales sobre el particular:

(46) Art. 378 del Código Penal del Distrito Federal.

(47) Art. publicado en dicha revista. Pág. 91.

A.- LA DEL DOLO, que sostiene que la tentativa es punible con la sola intención del agente de dañar al pasivo. Según esta teoría tendríamos que considerar, entonces, que no es punible la tentativa de difamación de parte de quien manda publicar una falsa versión (que finalmente no llega a publicarse por causas ajenas al propio agente activo) que lesiona la buena fama de alguien, con la sana intención de prevenir a la sociedad contra el difamado.

B.- LA DE LA PELIGROSIDAD, teoría meramente normativa que atiende al querer delictuoso del agente, aunque no puedan llegar a consumarse los resultados lesivos queridos por el agente, como cuando una persona dispara su arma a alguien, con balas de goma, ignorando aquel esta circunstancia. No hay peligro para el pasivo, pero el agente es peligroso por su sola intención de dañar.

Superadas ~~—repetimos—~~ estas dos teorías tradicionales, con la posición adoptada por Sandoval, parece que toda tentativa es sancionable, aun contra la actitud del legislador en el sentido de que la tentativa sólo es punible cuando se ejecutan actos encaminados directa o indirectamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del activo.

Parece, entonces que el legislador yerra cuando supone implícitamente que hay tentativas no punibles.

No obstante, un examen más a fondo de esta cuestión pone de manifiesto, en primer lugar, que la tentativa no es un delito autónomo sino un nivel en la escala del crimen, es decir, una frustración del agente; y en segundo lugar, que hay tentativas idóneas como la de quien, pretendiendo matar a alguien, dispara sobre su cadáver, o como la de quien, pretendiendo robar, se apodera de un bien que él ignora que le es propio.

Por eso hay ilícitos en grado de tentativa que, sin embargo, no son punibles, justamente porque el ilícito (entre comillas), en realidad tampoco lo es (48). Quizás se trate tan solo de delitos imposibles.

Por razones de política criminal la tentativa podría no ser punible si sobreviene el arrepentimiento oportuno del agente y la cesación de los efectos de la ejecución; o aun la simple autodelación, por simple cobardía (49).

(48) Esta reflexión está inspirada en el estudio de Sandoval (Ibidem, P. 100). Sin embargo, dicho autor llega a conclusión opuesta, cuando dice: "...efectivamente existe en la tentativa idónea la realización de una resolución de cometer un hecho típico, aun

Este extremo queda claro en el proyectado delito de abuso de infante, en el supuesto de que quien inicialmente intenta explotar en su provecho el trabajo de un niño, se delata (o sencillamente se detiene) antes de obtener el lucro, no importa que el menor —ignorándolo el agente— jamás fuera a alcanzar el pago del salario prometido, por muerte sobrevinida del patrón supongamos.

Concluyendo: en mi concepto, y para esta proyectada figura delictiva, si hay tentativas no punibles.

cuando falten alguno o algunos de sus elementos objetivos que impiden a esos actos llegar a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, pues es esa falta de consumación precisamente de la que depende la aplicación de la punibilidad, conforme al artículo 12 del Código Punitivo, por lo que la tentativa idénea es punible".

- (49) En cambio, el arrepentimiento y la autodelación tardías no favorecen la tesis de la inimputabilidad, sino acaso la de la atenuación de la pena, nada más.

CAPITULO VI

LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

La figura a tipificar que proponemos, llamada abuso de infante, encuentra de acuerdo con los capítulos anteriores varios elementos constitutivos sin los cuales no podrá configurarse tal ilícito. Estos principios fundamentales que requiere la conducta antijurídica en cuestión, son para nosotros los que a continuación describimos:

PRIMER ELEMENTO.- LOS SUJETOS.- Hemos dejado establecido quienes pueden —para nosotros— ser sujetos activos y pasivos dentro del abuso de infante, determinando la edad para el pasivo y la conducta seguida por parte del activo (50).

SEGUNDO ELEMENTO.- LA VOLUNTAD.- Este segundo elemento se refiere a la intención que tiene el sujeto activo de obligar al infante a realizar un trabajo remunerado desarrollado fuera del hogar y con el afán de obtener para él producto de la labor desempeñada por parte del menor. Hemos dicho también dentro del capítulo IV de este proyectado

(50) Véanse Capítulos I y II, Los sujetos del delito y determinación del pasivo en el delito de abuso de infante.

delito, cuál es la base necesaria para conformar el ilícito que proponemos (51).

TERCER ELEMENTO.- TIEMPO.- Dada la definición propuesta (52), el abuso de infante puede ser oclusivo o continuo.

La práctica forense, mejor que la ciencia penal nos lleva a entender por delito continuo el que mantiene el activo en estado latente de inobservancia, como en el caso de la rebelión, la piratería la desobediencia a un mandato legítimo de autoridad competente y el lenocinio. La conducta aquí es de tal naturaleza temporal que sólo considerándola repetida, reiterada o de permanente insumisión a la ley prohibitiva, se agota el deseo del agente.

Nadie se rebela durante una hora o un día, ni nadie viola para su provecho la seguridad en los mares (salvo la inmediata detención in-fraganti); nadie desobedece para obedecer seguidamente, quizás antes de que se conozca su desobediencia; nadie cae en los extremos de la resistencia a que se contrae el artículo 179 del Código Penal (53), sino cuando reitera su negativa a comparecer a

(51) Véase Capítulo IV, Naturaleza del delito.- B) CULPOSO.

(52). Ver Capítulo IV. Naturaleza del delito.

(53) El mencionado dispositivo legal dice: "El que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del

declarar ante autoridad legitimada para requerirlo; y finalmente nadie cae en la contraposición a que se contrae y se aboca el numeral 207 del propio ordenamiento penal (54) en un solo acto de voluntad, puesto que el lenocinio implica la explotación del cuerpo de la mujer, manteniéndose en ese comercio aunque sea habitual o accidentalmente.

La continuidad en el delito, pensamos, no solamente está implícito en el querer de la gente sino en la naturaleza del acto. Por eso no debemos confundir la continuidad de los medios preparatorios (el homicidio por ejemplo) que implican una tentativa persistente, con la consumación del fin deseado, con el hecho de privar de la vida al pasivo, hecho que es instantáneo. El veneno administrado en dosis imperceptibles van produciendo una lesión cada vez más grave pero el deceso de la víctima es lo que determina el homicidio producido oclusivamente. La muerte es una inhibición biológica, lo cual implica que el pasivo envenenado, aunque moribundo, todavía no es corpus-delicti de homicidio.

delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar".

- (54) Dicho precepto establece: "Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este negocio, se dice, de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera"...

En el proyectado delito de abuso de infante no solamente se dan los actos preparatorios que conforman la tentativa, la concepción, la decisión, la proyección, la planeación, los medios tendientes a la preparación, los preliminares del acto ilícito, los principios de ejecución, etc.; sino que tiene que darse también, y sobre todo, la consumación del ilícito traducida en la explotación económica del menor a escala material. Es allí donde se agota la intención del agente, es decir, se agota al tiempo de perpetrarse el proyectado delito porque la conducta se realiza en el instante en que el activo obtiene su enriquecimiento indebido, que es lo que satisface la intención, lo que equivale a decir que es justamente lo que constituye el delito de abuso de infante, ya que por otra parte, bien puede el menor no recibir su paga y entonces se hace imposible cometer el multicitado delito propuesto.

A).- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

Antes de entrar en materia, permítasenos hacer la siguiente digresión:

La política criminal se orienta, es cierto, a proteger a la comunidad desde el punto de vista genérico y a

las víctimas presuntas en particular (las personas, ya sean morales como el Estado, las sociedades y las asociaciones, ya sean físicas como las personas individualmente consideradas), capaces de resultar afectadas directamente en su patrimonio como en los casos del robo, el peculado o la concusión; en su integridad como en el caso de lesiones; en su honor como en los casos de ultraje a las insignias nacionales y difamación; en la salud, tal como la responsabilidad médica y el narcotráfico; en su seguridad jurídica como en la privación ilegal de la libertad y las amenazas; en sus derechos civiles como la bigamia; o bien en los delitos contra la seguridad pública como la evasión de presos y el uso de armas prohibidas.

Para el delito proyectado en esta tesis y desde el punto de vista genérico, el bien jurídico que protegería la norma sería la sociedad misma cuyos integrantes indefensos (menores e incapaces), requieren mayor protección. Sin embargo, desde el punto de vista específico, obvio es que en el delito de abuso de infante la víctima directa sea el menor mismo.

Visto a la ligera, podría pensarse que al bien jurídico tutelado lo estamos confundiendo aquí con la víctima; pero hay que distinguir entre ésta que es la que

recibe el daño directo al cometerse el ilícito penal y el bien del cual goza esa víctima y es el que en realidad debe quedar tutelado.

Anteriormente dijimos que existe una zona obscura entre el menor y sus intereses. Para que el menor, es decir, la víctima del delito de abuso de infante sea directamente victimado sería menester considerar que resulta seguidamente afectado en su honor, en su integridad corporal, en su libertad, en su estado civil o en su salud. Pero no es así: el menor, consumado el delito, queda incólume. Nótese que si el abuso de infante consiste medularmente en el aprovechamiento de su fuerza de trabajo en beneficio ajeno, no es el menor propiamente tal el que merece la tutela, porque el menor queda, como hemos dicho, incólume en cuanto tal. Lo que se tutela en este caso es el interés económico del infante explotado. Se le tutela un bien económico o sea el salario que en el momento de integrar su patrimonio le es sustraído por el agente activo, tal como el delito de abuso de confianza el pasivo sufre también una merma patrimonial indebida al tiempo que se comete ese ilícito en su contra.

La conclusión lógico-jurídica se impone: el bien jurídico tutelado en el proyectado delito de abuso de

infante es el patrimonio de la víctima; y entendemos por patrimonio el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto considerado como universalidad jurídica.

CAPITULO VII

ALGUNOS HECHOS QUE PODRIAN CONFORMAR EL DELITO DE ABUSO DE INFANTE.

En los capítulos anteriores hemos tratado de dilucidar, a nuestro entender, lo que debe ser el propuesto ilícito de abuso de infante, contemplando diversos aspectos que van desde los sujetos del delito hasta sus elementos. Ahora nos avocaremos a describir algunas formas de conducta que podrían caer dentro del ámbito punible.

En principio mencionaremos el hecho de estar circunscripta la contravención que se pretende, a los menores de catorce años o bien a los que por sufrir cualquier debilidad, enfermedad o anomalía mentales, son equiparados con aquellos. Esto es, como lo hemos venido diciendo a lo largo de este trabajo, que abusar del infante es dañarlo en su patrimonio que el mismo ha acrecentado a través del esfuerzo realizado en un trabajo remunerado y fuera del hogar.

Debemos añadir que el daño causado al menor (o incapacitado) por el agente activo, necesariamente tendrá que ser voluntario. He aquí un caso de conducta voluntaria, es

decir, no imprudencial, e independientemente de su posible preterintencionalidad.

A).- TEORIA DE LA IMPUTABILIDAD:

Celestino Porte Petit, menciona que "el sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad, originándose una hipótesis de inimputabilidad, cuando exista en el sujeto activo un trastorno mental transitorio" (55).

Por su parte Fernando Castellanos dice sobre el tema en cuestión que "para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer; por eso la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o el cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas" (56).

Mariano Jiménez Huerta manifiesta que "la voluntad

(55) Celestino Porte Petit Candaudap. Ensayo dogmático sobre el delito de violación. P. 57. Edit. Porrúa. 1980.

(56) Fernando Castellanos. Lineamientos elementales del derecho penal. PP. 217 y 218. Edit. Porrúa. 1976.

del hombre es el arco y la flecha de la conducta típica. Preciso es, empero, subrayar que en la determinación del coeficiente interno no se trata de establecer el estado psíquico necesario para que un hecho externo pueda ser imputado a su autor, ni las condiciones psicológicas en que debe actuar el sujeto para que pueda afirmarse que ha obrado culpablemente; se trata sólo de fijar el coeficiente interno mínimamente necesario para poder afirmar que un movimiento o inercia corporal implica una conducta humana" (57).

Es difícil poder criticar las anteriores opiniones; todas ellas tienen el valor que les da su concreción y su índice de justicia: empero, me pronuncio por la definición de Fernando Castellanos, sin desdeñar las demás. Justifico mi predilección en razón de que menciona que la imputabilidad de los sujetos debe ser estudiada por separado y no como un elemento del delito.

Sin embargo, permítasenos un comentario a título personal, a modo de magra cosecha en nuestra búsqueda por encontrar elementos que acrediten nuestra preocupación en este trabajo.

La voz imputabilidad implica semánticamente la

(57) Mariano Jiménez Huerta. Derecho penal mexicano. T. I. P. 108. Edit. Porrúa. 1977.

la capacidad de lo imputable. Lo imputable, a su vez, se toma de la acepción verbal de imputar (58).

Del adjetivo imputable derivan, pues, la imputación que mira a la acción ya consumada, esto es, al efecto de imputar; y ve también por otro lado la imputabilidad que es la capacidad de que algo (el delito) se impute a al quien (el presunto responsable).

Ello nos conduce a que no puede haber delito sin imputabilidad y consiguientemente sin sanción por cuanto no habiendo a quién hacerle la imputación (porque no ha ya a quién serle imputado el delito), no habría a quien sanc cionar (59).

Dentro del propuesto delito de abuso de infante el signo de imputabilidad lo viene soportando quien, como sujeto activo del hecho criminal, ha pretendido intencionalmente un lucro indebido en menoscabo del patrimonio del sujeto pasivo.

Al serle imputable el hecho se manifiesta la impu tabilidad, la capacidad de que se le impute el ilícito a di cho sujeto activo.

(58) Así, el efecto de cantar es canción y el efecto de revolver es revolución.

(59) Una de las mayores atinencias del Código Penal del Distrito Federal promulgado en 1931, fue el tipificar los delitos con hechos atribuibles a alguien (imputable).

Empero, de lo imputable (esto es, de lo digno de imputación) se pasa lógicamente al grado de imputabilidad del hecho (a la capacidad de imputación de ese hecho) en el momento en que el Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal. La imputabilidad debe estar vigente en ese momento, en grado de probable.

Puede durante la instrucción del proceso sobrevenir el desvanecimiento de datos, o bien, podrá producirse la libertad por falta de elementos, en lugar de la formal prisión del consignado. De no ser así, es al tiempo de las conclusiones, agotada previamente la instrucción, cuando el Agente del Ministerio Público hace la imputación definitiva, esto es, la acusatoria. Es entonces, en este preciso momento procesal, cuando existe la imputación (el efecto de imputar) (60).

En resumen: la imputabilidad es la capacidad de hacer la imputación; lo imputable es lo digno de imputación; la imputación es el efecto de señalar con precisión o de imputar algo a alguien.

(60) In, preposición inseparable usada en caso ablativo y que significa intensidad, como en las palabras insurgente, inflamable; y Putare, señalar o elegir, como en las voces diputado, putativo.

CAPITULO VIII

TEORIA DE LA TRIPIFICACION DELICTUAL.

Si nos atrevemos a proponer un renglón más al catálogo de los delitos, lo primero que nos ocurre es tipificarlo (61).

Eso significa que todo delito debe quedar configurado. El adjetivo es pobre por cuanto es corto, ya que la configuración del delito puede quedar reducida al cúmulo de sus elementos materiales (62), y eso no es tipificar lo técnicamente a mi modo de ver.

La configuración delictual requiere, bien es cierto, la existencia de sus elementos materiales, pero una vez determinados éstos, habremos logrado establecer el cuerpo del delito y no así, su tipificación. Según el artículo 19 Constitucional, los autos de formal prisión quedan correctamente dictados cuando, entre otros requisitos por llenar, está comprobado el cuerpo del delito. La Carta Magna no quiere aquí que el delito imputado esté tipificado en el caso concreto porque literalmente ya lo está en el Código Penal:

(61) Ver capítulo VI, Los elementos del delito.

(62) Artículos 212 y siguientes del Código de Procedimientos Penales.

pero a su vez la ley punitiva debe forzosamente contener el tipo delictivo cuyos elementos materiales (corpus), al serle imputables al consignado, hacen probable su responsabilidad.

Eso significa que el tipo delictivo debe preexistir, se comprueben o no sus elementos materiales para el caso concreto.

El tipo delictual corresponde más bien a la dogmática. Son los perfiles del delito que el legislador consigna en la ley; y no debe confundirse con sus simples elementos materiales porque estos se producen en la vida fáctica y la tipificación del delito es teórica. Por eso la ciencia procesal penal sólo abarca aquéllos y la penología es la encargada de tipificar el ilícito, lo que lo hace punible, imputable y antijurídico.

La acción típica delictiva no sólo abarca el cúmulo de elementos materiales sino además, y sobre todo, sus elementos formales y, para ciertas actividades punibles, también los elementos subjetivos como en aquellos casos en que se requiere la intencionalidad, como en el proyectado delito de abuso de infante..

Cuando un acto es contrario a la libertad, al honor, al patrimonio, a la integridad corporal, al Estado, el legislador tiende a regular las sanciones que merece el infractor; pero como no hay delito sin ley conforme el conocido apotegma; y como la ley penal se aplica a la letra según el rigor constitucional, es preciso tipificar los actos punibles a base de concretar lo más claramente posible el hecho que se reputa delito y que las leyes penales deben sancionar (63).

Ese acto, ya positivo, ya de omisión, que sancionan las leyes penales, debe ser tal, que tiene que estar previamente tipificado, es decir, rigurosamente encuadrado en el concepto.

Supongamos que el legislador desea perseguir y sancionar penalmente a quienes circulen contumazmente por las carreteras con exceso de velocidad. Si no está rigurosamente tipificada como antisocial y punitiva la conducta relativa, no habrá delito por falta de tipificación porque faltaría la concreción precisa, esto es, los límites dentro de los cuales la actividad del particular es punible; y diluidos los límites, obviamente la ley que castigara tal actividad no podría aplicarse con justeza, y

(63) Artículo 7º del Código Penal.

sobrevendría el sobreseimiento en cada caso particular, con apoyo de lo dispuesto en el artículo 14 Constitucional.

ahora bien, ¿dónde está la tipificación del delito de violación de las disposiciones relativas a la velocidad de los vehículos en movimiento en las carreteras nacionales?

El artículo 171 del Código Penal sólo dice en su parte relativa: Art. 171.- "Se impondrá prisión hasta de seis meses, multa hasta de cien pesos y suspensión o pérdida del derecho a usar licencia de manejador: I.- Al que viole dos o más veces los reglamentos o disposiciones sobre tránsito y circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad, y....

Para este efecto los reglamentos de tránsito integran la codificación penal y es ahí donde se tipifica el delito circunstanciadamente (64).

(64) Dicen los artículos del Reglamento de Tránsito: "Art. 81.- Los conductores de vehículos están obligados a disminuir la velocidad y, de ser preciso, a detener la marcha del vehículo así como tomar cualquier otra precaución necesaria, ante concentraciones de peatones.- Art. 117.- La velocidad máxima en la ciudad es de sesenta kilómetros por hora.... ART. 118.- Los conductores de vehículos no deberán exceder los límites de velocidad determinados en el anterior artículo o por las señales que para tal efecto el Departamento del Distrito Federal coloque en las vías públicas...."

Podemos concretar en el sentido de que un delito todavía no tipificado no merece quedar catalogado como tal; que no siempre bastan los elementos materiales de la comisión de un hecho delictual para alcanzar la tipificación; y que la tipificación tiende a diferenciar el hecho tipificado de todos los demás hechos delictuales.

CAPITULO IX

LO ANTIJURIDICO EN EL DELITO DE ABUSO DE INFANTE.

El hecho criminoso, como tal, debe ser antijurídico, esto es, falta de causa alguna de licitud (65).

A su vez, lo ilícito debe entenderse a nuestro modo de ver como lo no permitido ni permisible; así que contrapuesto a lo lícito (si permitido o digno de permitirse), lo ilícito es una cualidad negativa pero necesaria para que surja lo antijurídico.

Por supuesto en el lenguaje forense no debe confundirse el sentido de los vocablos ilícito e ilegítimo. Lo ilícito es necesariamente contrario al orden jurídico. Es "lo que no puede ser desde el punto de vista legal"; en cambio, lo ilegítimo sólo es "lo que no ha llegado a ser" por cuanto le falte algún requisito para su existencia jurídica, por ejemplo: es ilícito que alguien mate a su semejante por vindicta privada; es ilegítimo el hijo nacido de matrimonio, si no fue reconocido como tal por los

(65) Cfr. Mendoza. Curso de Derecho Penal Venezolano. P. 342. Caracas. 1957., referencia de Celestino Porte Petit en su Ensayo dogmático del delito de rapto propio. Edit. Trillás. Méx. 1978. P. 61

progenitores en el enlace sobrevenido (66).

Por supuesto hay ilícitos penales y civiles. A diferencia del ilícito penal a que acabamos de referirnos (alguien mata a su semejante por vindicta privada), ese hecho que está repudiado por una norma prohibitiva y del orden público, se opone en calidad y en rango (por razón de la materia) a este otro ilícito meramente civil: "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cuase daño a otro, está obligado a repararlo..." (67). Aquí la actitud del agente es contraria al principio de la convivencia pacífica. La prohibición es de derecho privado pero de orden público (68).

Lo antijurídico, esto es, lo falto de licitud en materia penal, debe recaer en una conducta típica. En su orden, primero es la tipicidad, después la antijuricidad (69), quizás para que lo antijurídico no quede encajillado en hechos puramente civiles como en el caso del padre que deja de educar a su hijo convenientemente. Hay

(66) Artículo 373 del Código Civil, ya derogado.

(67) Artículo 1910 del Código Civil vigente.

(68) La diferencia entre el Derecho privado y el orden público consiste en que es privado porque afecta intereses particulares; pero al mismo tiempo es de orden público, porque la sociedad y el Estado están interesados en su preservación. Tal es el caso del derecho de la familia.

(69) Cfr. Raúl Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. T.I. P. 187. Edit. Robledo. 1950.

cierta zona oscura entre lo típico y lo atípico como en el delito que proponemos, el cual todavía no está instituido, esto es, todavía no es típico según la ley y sin embargo a nuestra personal lucubración sí.

En este tránsito entre lo que queremos que sea típico pero todavía no lo es legalmente, calificamos de antijurídico lo que tampoco lo es todavía; pero si partimos de la certeza (jurídica) de que el hecho tiene que ser necesariamente típico, conceptualmente le podemos encontrar su raíz antijurídica en esa propia tipicidad.

Ahora bien, en el abuso de infante los caracteres típicos serían sus elementos objetivos y sus elementos subjetivos. Ya hemos examinado esos elementos materiales en cuanto a sus elementos subjetivos, la conducta del faccioso tendría que ser maliciosa, continua, de proyección patrimonial, esto es, esa conducta se desplaza en el tiempo, es altamente intencional y con afán lucrativo:

Nótese que dadas las condiciones objetivas y subjetivas de la tipicidad, hace acto de presencia la antijuricidad.

Según Raúl Carrancá y Trujillo "las leyes

culturales (a diferencia de las leyes físicas) solamente regulan la condición humana para lucrar "la comunidad de hombres libres" (Stambler) y son obligatorias.

La antijuricidad es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se llama ilicitud, palabra que también comprende el ámbito de la ética. Es lo injusto. Es la contradicción entre conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado (Carrara)

"El delito es el disvalor jurídico. La conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva. En el Código Penal encontramos preceptos y sanciones pero no órdenes ni prohibiciones". (70). Dentro del Código Penal vigente, libro primero título Tercero, podemos encontrar lo anterior en relación con las sanciones, tomando como ejemplo los artículos 51 y 52 que en lo conducente dicen: Art. 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito....; Art. 52.- En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:....

Cuando la norma de cultura ha sido acogida por los ordenamientos jurídicos se hace posible la antijuricidad

(70) Raúl Carranca Trujillo. Derecho Penal Mexicano. T.I. Parte General. pp. 213 y sig. Edit. Porrúa. 1974.

o sea la violación u oposición o negociación de la norma. La base axiológica de la norma de cultura tiene una finalidad: frente al ser (realidad) existe el deber ser (norma).

El derecho penal no es reparador sino sancionador; y para sancionar una conducta, la somete a un juicio de valor o sea a un juicio que hace que podamos definir (encontrar) lo antijurídico.

"Welxel dice que la antijuricidad es la relación de discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico... Mientras que la acción misma aparece como contradictoria al derecho constituyendo lo injusto" (71).

"La lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, lesión del orden objetivo del derecho, perturbación de las manifestaciones de voluntad reconocidas y aprobadas por el derecho mismo (Mezeger) es lo que da antijuricidad a la acción" (72).

"Cuando una acción es opuesta a la norma cultural se dice que esa acción es antijurídica. La lesión de un bien jurídico sólo será materialmente contraria al

(71) Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. T. I. Cfr. Parte General. PP. 213 y Sig. Edit. Porrúa. 1974.

(72) Idem.

derecho cuando se encuentre en contradicción con los fines del orden jurídico que regulan la vida en común. Esta lesión o riesgo será materialmente legítima a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responde a esos fines del orden jurídico y por consiguiente a la misma convivencia humana (Liszt)" (73).

"De ahí la profunda diferencia entre lo legítimo y lo legal; lo contrario al derecho no puede ser contrario a la ley (Jiménez de Azúa). Detrás de la Ley Penal, más que un concepto jurídico reside el concepto social. Por eso se dice que sólo hay delito cuando se obra opuestamente a los fines de la convivencia humana" (74).

"La antijuridicidad penal engendra una pena. La antijuridicidad civil no. La diferencia entre antijuridicidad penal y antijuridicidad civil está en el resultado y en el fin" (75).

En nuestra opinión, lo ilícito civil daña a la persona; lo ilícito penal daña (quizá) a la persona concreta pero también y sobre todo a la sociedad. Por lo menos el daño o peligro penal es más vasto y más extenso que el del ilícito civil.

(73) Raúl Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano T.I. Cfr. Parte General. pp. 213 y Sig. Edit. Porrúa. 1974.

(74) Idem.

De lo anteriormente dicho, quisiéramos formular alguna conclusión que, aunque no basta, sí fuese clara: sin embargo, con las limitaciones del caso nos atrevemos a decir: Las sanciones en Derecho Penal se aplican con el objeto de tutelar, con la máxima nota coactiva de que puede disponer el Estado ciertos bienes y derechos que se estiman esenciales para la persona, el Estado y la so ciedad, y para cuya tutela resultan insuficientes las sanciones de derecho privado.

Toda acción típica y punible es antijurídica. En ciertos delitos se señala concretamente una especial condición de antijuricidad como cuando se dice "indebidamente", "sin fundamento" (76).

Lo antijurídico debe encajar dentro de la figura del delito creado por la norma penal positiva, puesto que de lo contrario, al faltar el signo interno distintivo de la antijuricidad penal (el tipo) dicha acción no constitu ye aún, un delito.

(75) Raúl Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. T. I.
Cfr. Parte General. pp. 213 y Sig. Edit. Porrúa. 1974.

(76) Artículos 173, 215, Fr. III y 233 del Código Penal vigente.

CAPITULO X

HACIA UNA DOGMATICA EN EL DELITO DE ABUSO DE INFANTE.

En tanto que la filosofía es una ciencia que estudia el ser en cuanto ser (universal) a la vez que las condiciones que le son intrínsecas (77); o bien en tanto que la filosofía es una investigación (permanente) de los principios y de las primeras causas, una síntesis total, esto es, el saber totalmente unificado (78), la dogmática (79) como disciplina del pensamiento, tiende a examinar desde diferente ángulo los problemas teóricos que se le plantean (no para teorizar sino para explicar). La dogmática es una acepción forense, el método expositivo que atiende a principios doctrinales y no al orden o estructura de los códigos (80), ya que, vista así, la dogmática suele ser el antecedente de la ley, y su base de sustentación son los principios generales.

Pero, ¿qué debemos entender por principios generales de derecho?

-
- (77) Aristóteles. Metafísica. Libro Primero. Cita de Emiliano Gouiran. Historia de la Filosofía. Primera Edición. Edit. Centurión. Buenos Aires. P. 23
- (78) León Robjn. Conferencia dictada el 23 de abril de 1936 en París, en Le Société Française de Philosophie. Cita Ibidem.
- (79) No confundirla con el dogmatismo, que sólo es la doctrina de los dogmas; tampoco confundirla con los propios dogmas, que son verdades de la fe y no de la razón.
- (80) Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 19a. Edición. P. 495. Madrid. 1970.

Pasemos previamente revista somera a algunas opciones. Borja Soriano (81) cita, entre otros, a los siguientes tratadistas:

Dentro de la escuela italiana y en términos latos, Ferrara, entiende que los principios generales del derecho, derivan del derecho positivo. son los principios cardinales del ordenamiento positivo, no expresados sino supuestos, y se infieren por inducción (82).

Ricci (83), sostiene que los principios generales del derecho, son los que se derivan de la ley, sobre los cuales está fundada.

Barassi (84), se aparta un tanto de esta posición. Menciona que esos principios se pueden reconocer en la tendencia constante que se encuentra a través de todas las normas codificadas.

Ruggiero (85), se limita a sostener que esos principios generales no son sino los principios del derecho positivo tal como se deducen de todo el sistema orgánico de la ley (italiana).

(81) Borja Soriano. Teoría Gral. de las Obligaciones. T.I. 6a. Edición. pp. 62 y Sig. Edit. Porrúa. 1968.

(82) Ferrara. Op. Cit. Idem.

(83) Ricci. Op. Cit. Idem.

(84) Barassi. Op. Cit. Idem.

(85) Ruggiero. Op. Cit. Idem.

Para Paccifici-Mazzoni (86), los principios generales de derecho son la teoría misma del derecho formada a base de operaciones de abstracción, no solamente sobre la legislación entera sino también sobre sus instituciones singulares (87).

Pacchioni (88), a su vez cree que en el sistema de nuestro derecho están difundidos los elementos necesarios para su cumplimiento, y que es allí donde el intérprete y el juez, ante los casos no considerados en la ley positiva, deben buscar una solución que corresponda al espíritu de la ley misma, considerada en su conjunto.

La idea que sobrenada en estos autores es la de que por el procedimiento de abstracción mental, los principios generales del derecho se originan en la legislación. Quienes más se apartan con agudeza de esta idea, a nuestro modo de ver, son Fadda y Bensa (89), porque sostienen que en cierto modo los principios generales del derecho son la base y no la consecuencia del derecho positivo.

(86) Paccifici-Mazzoni. Op. Cit. Idem.

(87) Entendemos que entre esas instituciones singulares se encuentran la concesión, la tributación, el matrimonio, la tutoría, el delito, etc.

(88) Pacchioni. Op. Cit. Idem.

(89) Fadda y Bensa. Op. Cit. Idem.

En nuestra opinión estos autores tienden, en general, a que la legislación y los principios generales de derecho se corresponden. Sólo Ferrara por un lado y Fadda y Bensa por el otro advierten que se necesita un proceso mental inductivo para descubrir esos principios generales de derecho, los cuales según lo haremos ver al examinar la teoría de Jorge del Vecchio, tienen la categoría de immanentes.

Los autores citados caen en lo justo cuando dicen que los principios generales de derecho están ligados a la legislación: pero no nos dicen en qué consisten. Los encontramos por inducción, es cierto; pero, ¿cuál es su esencia?; e insistimos, ¿en qué consisten?

Nicolás Coviello (90), no acepta, como suele suceder en el campo de la doctrina italiana (91), que la analogía y los principios generales sean fuentes correlativas del derecho. El se apoya en que en la analogía se procede por comparación y en la búsqueda de un principio general (92).

(90) Doctrina General del Derecho Civil.- Trad. de la 4a. Ed. Italiana por Felipe de J. Tena. Unión Tipográfica Hispano Americana.- México, 1938, pp. 95 y Sig.

(91) Fadda y Bensa, citados por Borja Soriano. Teoría General de las obligaciones. T.I. 6a. Ed. Edit. Porrúa. 1968. Pp. 62 y Sig.

(92) En nuestro derecho positivo mexicano ambas fuentes formales no se confunden sino, por el contrario, se les diferencia. Ver. textos de los artículos 14 constitucional y 19 del Código Civil.

o Inferimos que los principios generales de derecho son, dice este autor, "los principios fundamentales de la misma legislación positiva que no se encuentran escritos en ninguna ley; pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, los cuales, en fuerza de abstracción, deben exclusivamente deducirse.... Tienen valor, no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano o científico; sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho, y (han) llegado a ser de este modo principios de derecho positivo vigente" (93).

Este pensamiento es certero a nuestro modo de ver, puesto que efectivamente los principios generales de derecho se apoyan en la razón, en la moral, a veces en la tradición romana y siempre en la inferencia inductiva, conforme a los rigurosos cánones de la lógica; pero en cambio no todo principio general de derecho ha llegado a integrar el derecho positivo. Principios hay que ni la ley ni la costumbre acogen aún, como el de *ubi partes sunt concordantes, nihil ad iudicem*, (94) que no está incorporado en la legislación; o como el principio que dice *ubi eadem ratio, idem jus* (95); otro principio que no está incorporado en la

(93) Op. Cit. Pág. 97.

(94) Este principio de derecho dice "de acuerdo las partes, huelga el juez". Tomado del Diccionario de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. T. IV. 8a. Edición P. 113 del apéndice. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1974.

legislación, aunque sí en sus efectos es aquel que dice non condemnatur absenti (96). Este último nos dice que "no puede ser condenado el ausente" y obedece a contrario sensu, al proloquio constitucional de que nadie puede ser vencido sin que sea previamente oído; y de aquí que ningún juicio puede tramitarse en tal evento (97). El segundo principio que se enuncia diciendo que "a igual razón, igual derecho, inspira la analogía como fuente formal de aplicación de la ley; pero no lo encontramos textualmente regulado aún en la legislación positiva.

Creemos que si los principios generales llegaran a quedar en su totalidad incorporados a la legislación (como suele suceder parcialmente) se acabaría el prestigio de que están aureolados como fuente formal primigenia (autónoma) del derecho positivo. Todo llegaría a estar en la ley, como lo quería la escuela exegética que trató de interpretar exhaustivamente, por décadas, el Código de Napoleón (98).

(95) Idem. P. 112.

(96) Art. del Cód. de Procedimientos Penales del D. F.

(97) Art. 259, Fr. II, a contrario sensu, del Cód. de Procedimientos Civiles del D. F.

(98) "Con Aubry y Rau, la ciencia del Derecho Civil, aunque estrictamente encerrada en los límites del Código Civil (de Napoleón), se presentó ya con su carácter orgánico y con aquella cohesión que le es propia".- Bonnacase.- La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil. Edit. Cajica. Puebla. 1944. P. 102.

Eduardo García Máynez (99), opina que "la cuestión de determinar lo que debe entenderse por principios generales de derecho es muy controvertida en la literatura jurídica, que algunos autores sostienen que el método para descubrirlos consiste en ascender por generalización creciente de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias". Cita al respecto la opinión de Coviello (100) y a Carnelutti (101), pero se opone a esa opinión porque si fuera correcto este punto de vista -dice- "estaríamos en presencia del sistema analógico y no del descubrimiento de un principio general, y es evidente que éstos no se descubren por analogía.

Del Vecchio (102), citado también por García Máynez, afirma que "los principios generales de derecho son los universalmente admitidos por la ciencia".

Otros tratadistas ven en los principios generales de derecho una identificación con los principios del derecho natural, posición a la que se adhiere Del Vecchio.

-
- (99) Eduardo García Máynez. Introducción al Estudio del Derecho. P. 370. 19a. Edición. Edt. Porrúa 1971.
(100) Doctrina General del Derecho Civil. P. 96 de la traducción española. Cita de García Máynez.
(101) Sistema di Diritto Procesuale Civile. (Sistema de derecho procesal civil). P. 120. Padova. 1936. Idem.
(102) Los principios Generales de Derecho. P. 17. De la traducción de Osorio Morales. Op. Cit.

Esto significa para García Máynez que a falta de disposición formalmente válida, el juzgador debe encontrar un principio dotado de validez intrínseca para poder resolver la cuestión creada sometida a su conocimiento; pero ese principio, en opinión de Del Vecchio, no debe estar nunca en oposición a la ley, cuyas lagunas el juzgador tratará de llenar, puesto que el sistema jurídico no admite contradicciones.

A nuestro entender, García Máynez supone que de esta manera los jueces quedan colocados en una situación semejante a la del legislador mismo; suponiéndose que lo que el legislador no cristalizó en la ley, si lo habría hecho, de haber tenido presentes las exigencias de la justicia en un caso concreto; y que la única diferencia entre estas dos actitudes (la del legislador y la del juzgador) radica en que aquél debe formular reglas abstractas de aplicación general" en tanto que el juez ha de descubrir la norma de solución para una situación singular". Con todo el respeto que nos merece la docta figura del maestro Eduardo García Máynez, nos vemos precisados a disentir tímidamente, con estos tres argumentos:

- 1.- No es el jugador a quien le toca formular los principios generales de derecho porque no nacen ni

pueden originarse en su particular inventiva, por más que juzgadores haya, y muchos, capaces de sentar criterios jurídicos admirables. No, los principios generales de derecho presiden en nombre de lo justo, la normatividad misma del derecho a cuya ciencia pertenecen. Esos principios son la esencia del derecho, y el juzgador sólo los utiliza a falta de disposición legal aplicable. Su categoría de principios generales tiene que estar ya reconocida de ante mano, y tiene que estar unánimemente reconocida por el consenso como apotegmas intrínsecamente válidos. Tienen que ser axiomas jurídicos, si nos vale esta expresión.

2.- Es cierto que el artículo 19 del Código Civil faculta a los jueces a que, a falta de la ley existente, los conflictos del orden civil se resuelvan conforme a los principios generales de derecho; pero no que esos principios hayan de establecerlos, en su caso, los propios jueces. Si son principios están incluso antes de la creación formal de toda legislación. Son etéreos y por estimarse fundameltalmente justos, no son en sí mismos jurídicos, sino metajurídicos, esto es, éticos aunque referidos a lo jurídico.

3.- Tenemos la arraigada convicción de que así como en la naturaleza, tanto la fuerza del vapor como el sistema planetario solar, han estado allí aun antes de la

existencia humana, fenómenos ambos que el hombre tan solo ha llegado a descubrir, así también, en la Ciencia del Derecho, los principios generales (por ejemplo el de que "en caso de duda debe absolverse al procesado") el hombre no los ha inventado, los ha enunciado, sí; pero están en la razón misma de toda conducta y son apotegmas de la justicia inmanente que el hombre no crea, acata.

Adrede hemos dejado para el final a Jorge Del Vecchio (103), quien también se pronuncia por la vía de la abstracción partiendo de la ley positiva; pero aclara que está referida a la intervención de la razón porque los principios de la verdad jurídica emanan originalmente del propio sujeto, y se reflejan después en formas concretas de la experiencia.

Los principios generales no pueden obtenerse a priori; así tampoco puede inferirse de las simples normas particulares el conocimiento apropiado de aquellos principios que virtualmente superan toda aplicación particular; y también sería errónea la pretensión de un exagerado empirismo que pretendiera construir a posteriori, a partir de la norma, los principios que constituyen su premisa.

(103) Idem. Op. Cit.

mal puede ser la ley, pensamos nosotros, la causa de los principios de derecho si a su vez son éstos las premisas de la ley. Por ejemplo, la norma que castiga el homicidio con la pena de muerte está inspirada en el principio hebreo de la compensación (104).

No, dice Del Vecchio. En nuestro sistema de derecho acude a su integración el elemento racional no formulado aún en términos positivos. El Derecho Natural no pierde su valor intrínseco porque a veces sea también derecho positivo. Hay aquí una tendencia a encontrar en las doctrinas racionales criterios superiores a los ordenamientos del derecho positivo. Estas doctrinas constituyen un verdadero cuerpo maduro a través de muchos siglos, y previsto de una especial coherencia.

El criterio y fundamento adecuados para la investigación de los principios se encuentra tan sólo en aquel cuerpo de doctrina general acerca del derecho, que no es la obra artificiosa de un pensador aislado (105), sino que responde a una verdadera y sólida tradición científica, íntimamente ligada a la génesis de las mismas leyes vigentes.

(104) Ver Exodo, ley del Talión. Cap. XXI, versículos 23 y 24.

(105) O bien del legislador, acaso comentamos nosotros.

Para la escuela de derecho natural, según Del Vecchio, el derecho no es una arbitrariedad sino la relación necesaria entre la sustancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas del derecho (106). A este respecto Micelli, exégeta de Del Vecchio, dice que hay un modo de concebir el derecho natural como una cosa que viene haciendo en la conciencia, elaboración que se va modificando incesantemente bajo el impulso de las exigencias de la vida y bajo la guía del principio ético; y cree que lo que Del Vecchio hace en su estudio, es un llamamiento no al derecho natural sino más bien a los principios éticos (107).

Hasta aquí, tenemos la impresión de que los principios generales de derecho tienen un valor ultra jurídico, (no metajurídico) y que efectivamente corresponden más bien a la Etica que al Derecho. La ley puede ser injusta, (injusta lex, sed lex); los principios generales de derecho, nunca.

De todo lo anterior, y desde nuestro particular punto de vista, entendemos que la dogmática, referida al derecho penal, es el estudio del hecho delictivo, quizá

(106) Cfr. Del Vecchio, op.Cit.

(107) Cfr. Micelli, Op. Cit.

al margen de la legislación, o si se quiere, antes de ella, sobre todo cuando se trata de nuevas figuras punitivas.

Luis Garrido (108), sostiene que la dogmática es un afán por establecer el "método en el análisis de las infracciones punitivas, siguiendo los derroteros fijados por la ciencia y la vida del crimen. En esa virtud, por ejemplo, al hablar del homicidio se analiza su concepto, sus diversos aspectos, los bienes jurídicos que la infracción protege, la relación causal y el examen minucioso del delito en cuanto a sus elementos jurídicos, estudiando a la luz de la parte general del código de los casos de dolo, de culpa, de tentativa, de participación, etc. La novedad de este esfuerzo radica en que se aplica la ciencia del derecho para desarticular las normas represivas vigentes, sistematizando su estudio, alejándose de las discusiones filosóficas, de las escuelas y del verbalismo en que a veces incurre la técnica".

De este pensamiento se infiere que la dogmática va necesariamente más allá de la legislación, si bien no

(108) Cita de Celestino Porte Petit Candaudap.- Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud. Edit. Porrúa Sa. Edi. México. 1978. P. XIX.- Tomado de "Libros sobre mi mesa". Artículo de Garrido publicado en el diario Excelsior de 10 de agosto de 1962.

la desdenea. La ley es un mandato del Estado con sanción política, de carácter general, dotada de imperio y, a veces, de coercibilidad (109), pero nada más. Detrás de la ley está su exposición de motivos o sea el pensamiento del legislador. A falta de la ley están las demás fuentes formales del derecho. Además integrar el derecho no es explicar sus instituciones. Es ahí que se requiera del análisis dogmático que a veces nos traslada a estadios superiores, de fondo, distantes del escueto régimen legal. En este nivel superior nos encontramos con un material que suele inspirar al legislador, y al que recurre el jurista para totalizar sus conceptos. Cualquier análisis doctrinal debe buscar puntos originales de apoyo. El método nos lleva a la generalización inductiva. Siendo así, pretendemos que la dogmática del proyectado delito de abuso de infante, a falta de antecedentes legislativos directos, se sustente en premisas de universalidad absoluta.

En primer término, no olvidemos que por prohibición constitucional (artículo 14), en materia penal es la

(109) No es esta una definición clásica de la ley, sino una simple referencia. La índole de este capítulo no nos permite desviarnos aquí del tema, profundizando en las definiciones de la ley. Si nos atrevemos a sostener que no todas las leyes son coercibles a pesar de que idealmente debieran serlo, ello es porque no todas traen aparejada una sanción. Por ejemplo, la nulidad del matrimonio por error en la persona de uno de los contrayentes, no es sancionable. Aquí la ley que prescribe la nulidad es *minus quam perfectae*. (Cfr. Eduardo García

letra de la ley, la que excluye la invocación de las demás fuentes formales del derecho al tiempo de dictarse una sentencia; de manera que la invocación de los principios generales de derecho queda excluida en la práctica forense; pero no como origen de la dogmática penal. Pero además de la dogmática tiene que abreviar en todo el sistema jurídico y no solamente en los principios generales de la rama punitiva, o sea, el criterio dogmático hurga no sólo en esos principios sino en la analogía y aún en la jurisprudencia para encontrar sus bases de sustentación.

Por ejemplo, pensamos que son básicos en la dogmática penal los principios del equilibrio y de la seguridad jurídica, de la relación lógica entre delito y delincuente, o el de que nadie puede (debe) hacerse justicia por propia mano (110). Los principios generales del derecho obedecen a un espíritu lógico que no admite controversia. Son axiomas de derecho, algunos de ellos en germen por cuanto no estén enunciados todavía. Son la *prima ratio* del derecho (111). Están dotados de validez

(109) Mañez. Introducción al Estudio del Derecho. pp. 372 y 373. Edit.. Porrúa. 1971.

(110) Por supuesto la vindicta privada era común en la prehistoria del derecho penal, esto es, antes de la integración de las ciencias penales.

(111) Ya ontológica, ya teleológica.

intrínseca a tal grado que ningún principio general de derecho contradice a otro, so pena de negarse ambos (112).

Por eso concluimos con la aseveración de que la dogmática apoyada en los principios generales de derecho, se sustenta en razones de lógica jurídica para tipificar, imputar y punir.

Tratándose del proyectado delito de abuso de infante, el legislador tendría que sustentarse en los principios generales de protección al menor (y por extensión, de protección al minusválido) y en la teoría de la libertad personal, entre otros.

(112) No confundir los principios superiores y universales del derecho con los apotegmas del quehacer jurídico. En el texto ya hemos tratado de explicar lo que entendemos por principios generales de derecho. Quedan aparte otras verdades que aunque valiosas, no son universales como induvio pro reo (en la duda debe absolverse); non judicare bis (no debe juzgarse dos veces a alguien por el mismo delito).

C O N C L U S I O N E S

1.- De acuerdo con el estudio que hemos practicado sobre el propuesto delito de abuso de infante, creemos que se ha hecho necesaria una legislación que proteja los intereses patrimoniales de los menores, siendo por esto nuestra propuesta en el sentido de que sería conveniente aumentar nuestro código penal en su artículo 387, con la fracción XXII así como, la inclusión del artículo 387 Bis.

2.- La manera en que proponemos sea aumentado el artículo 387 del código penal para el Distrito Federal es de la siguiente manera:

Art.--387.- fracción XXII.- Al que distraiga para sí o para otro el producto del trabajo de un menor de edad por medio de artificios, maquinaciones o engaños en perjuicio de los intereses patrimoniales de éste.

3.- Para imponer la sanción en la fracción propuesta, pensamos en la necesidad de incluir un artículo dentro del código penal para el Distrito Federal,

haciendo por nuestra parte la siguiente propuesta:

Art.- 387 Bis.- A quien se encuentre en el supuesto de la última fracción del artículo anterior, se les impondrán las penas descritas en el artículo 386 de este código, pero aumentadas en un cincuenta por ciento; en caso de reincidencia, se duplicarán dichas sanciones.

- 4.- La responsabilidad del delito de abuso de infante sólo puede recaer en personas físicas.
- 5.- El abuso de infante se consuma con la obtención de un lucro que el agente activo realiza por medio del trabajo de un menor, ocasionando de esta manera un daño de tipo patrimonial.
- 6.- Dada la incapacidad fisiológica (y a veces mental) del pasivo, el delito proyectado no es solamente de daño sino también de peligro.
- 7.- Aun cuando el límite mínimo de la edad laboral es el de 14 años, el pasivo del delito en estudio puede incluso ser menor de esta edad.

- 8.- Por lo que hace a los débiles mentales, para los efectos de la tipificación delictual, debe considerárseles también como sujetos pasivos aunque rebasen dicha minoridad; consideramos que en este sentido debe orientarse también la política criminal.
- 9.- La pena no debe tomarse como parte integrante del delito, ya que solo es consecuencia, pues la naturaleza antijurídica de la conducta está en su carácter de hecho transgresor de las leyes prohibitivas y de defensa social.
- 10.- El delito que se proyecta es eminentemente doloso, unipersonal y plurisubsistente.
- 11.- Por lo que hace a la tentativa, y siguiendo a la Suprema Corte, deberá ser tomada como la intención de cometer el delito y los actos de realización que producen un resultado en potencia, no verificado por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el caso específico del delito proyectado (abuso de infante) consideramos que puede haber tentativa cuando el agente activo se detiene antes de obtener un lucro, independientemente de que la obtención de éste

(médula misma de la comisión del delito), no pudiera obtenerse.

- 12.- Ante la perspectiva de la comisión del ilícito que aquí proyectamos, entendemos que el bien jurídico tutelado no lo son ni la sociedad ni el menor específicamente considerado, sino que lo es el patrimonio del menor, por lo que para evitarle una merma al producto del trabajo del menor, se deben proteger sus intereses.

- 13.- Tipificar un delito no es reunir sus elementos materiales. La tipificación va más allá: son los perfiles del hecho prohibitivo los que hacen posible su definición. Es un conjunto de elementos materiales, formales y aun elementos subjetivos, como en algunos casos. La tipificación singulariza la figura delictiva como tal, frente a cualquier otro hecho del acontecer humano.

- 14.- La ilicitud del proyectado delito de abuso de infante, equivale a su falta de licitud. Necesariamente lo antijurídico se apoya en la tipicidad delictual. Así, como un delito es antijurídico porque está

tipificado como tal, pero además porque es un disvalor jurídico como lo menciona Carrancá y Trujillo, lo típico y lo antijurídico no se excluyen, se complementan, al grado de que si el hecho tipificado como delito no es además antijurídico, no es delito todavía.

- 15.- Sostenemos que la dogmática es el metodo expositivo de los principios doctrinales (incluidos aquí los principios generales de derecho).

Los principios generales de derecho se apoyan en la razón, en la moral y en la lógica.