

353
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

**"LA NECESIDAD DE CONSIDERAR
INIMPUTABLES EN EL FUERO DE GUERRA A LOS
MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD Y SU
REFORMA EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR,
EN MEXICO".**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL PAREJA TORRES

ASESOR:
LIC. MARIA ELENA GONZALEZ RIVERA



ENEE
MÉXICO
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1997.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A MIS PADRES
ALFONSO PAREJA GUZMAN**

Y

PETRA TORRES MORENO.

Por darme la oportunidad de conocer este mundo.
Mi madre con todos sus cuidados, consejos y
correcciones que me brindó. Mi padre por el
sacrificio realizado de manera inverosímil, que
cambió mi vida.

A MI AMADA Y ADORADA ESPOSA:

MARGARITA C. RODRIGUEZ T.

Por todo el apoyo y comprensión que día con
día me brinda, sin el cual no hubiera
culminado esta meta.

**CON TODO MI AMOR Y CARIÑO A MIS HIJOS:
MIGUEL ANGEL Y YAZMIN ALEJANDRA.**

Por las grandes satisfacciones que de
ambos recibo. Por ellos le pido a dios
que me permita verlos crecer para
darles lo mejor y junto con mi esposa
prepararlos para enfrentar la vida.

**CON GRAN CARIÑO A MIS HERMANOS:
JULIO, CALDI, PETRA, JUAN JOSE,
NICE, BERNABE, MOHENI E IGNACIO.**

Deseándoles lo mejor en sus vidas. A NICE,
por el gran apoyo que nos ha brindado,
tanto a mi esposa, hijos y a mí, para
seguir superándonos.

**A TODA MI FAMILIA:
De manera especial a mis tíos:
WILFRIDO ESCOBAR FLORES**

Y

**EUTIQUIA TORRES MORENO.
ZOILO ALVAREZ MORENO**

Y

**EUSTOLIA ESCOBAR FLORES.
MIS ABUELITAS: DONITILA GUZMAN Y
CONSTANTINA MORENO LINOW.**

A TODOS MIS PRINOS:

Por el apoyo y trato brindado, que me
ha servido para entender mejor la vida.

**A MIS SUEGROS CON CARINO Y RESPETO:
DAMASO RODRIGUEZ R. Y ANA TECUAPACHO J.**

Por aceptarme en esa gran familia y por todo el apoyo que de ellos he recibido.

**CON MUCHO CARINO A MIS CUÑADOS (AS):
JUANA, ALFONSO, RUBEN, MARCELA Y JESUS
JUNTO CON SUS RESPECTIVOS ESPOSOS (AS).
RAFAEL, AMELIA, BLANCA, DANIEL
Y LAS DOS PEQUEÑAS: MONICA Y LETICIA.**

**A MIS SOBRINOS: RAFAEL, ADRIANA,
ALEJANDRO, NATYELI, JESSICA, GABY,
LALITO Y KAREN.**

PARA ALFONSO:

Mi agradecimiento por los consejos y ánimos recibidos para llegar a esta meta. Deseo para él lo mejor en su nueva vida.

**TODO MI AGRADECIMIENTO A LA LICENCIADA
Y PROFESORA MARIA ELENA GONZALEZ RIVERA.**

Por brindarme su apoyo en el momento que más lo necesitaba y con su asesoría logré concluir este trabajo. Por esa generosidad viviré siempre agradecido.

CON TODO RESPETO A LOS LICENCIADOS:

**ALEJANDRO ARLEY ANGELES, ALEJANDRO
FLORES REYNOSO, SERGIO FRANCISCO
MAYA SCHUSTER Y SONIA SANCHEZ CID.**

A MIS AMIGOS:

**LIC. HUMBERTO GAONA SANCHEZ,
LIC. LUIS ROBERTO FLORES CHAVEZ,
LIC. CRISPIN NAVARRO HERNANDEZ,
LIC. ROBERTO GUERRERO CANACHO,
LIC. JOSE F. GONZALEZ MARTINEZ, Y
AL GRAN FREDDY APARICIO PERALES.**

**A LOS MAESTROS DE LA E.N.E.P.
PLANTEL ARAGON.**

Por los conocimientos recibidos de parte de cada uno de ellos.

**TODO MI AGRADECIMIENTO A NUESTRA MAXIMA
CASA DE ESTUDIOS, LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO Y RECORDARE POR
SIEMPRE A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES PLANTEL ARAGON:**

Por la oportunidad brindada para alcanzar los conocimientos, que trataré de culminar obteniendo el Título de Licenciado en Derecho.

Para mí existe un dios, aunque no lo he visto, mi fé hará que me proteja, porque creo en él. Hoy con este acontecimiento nazco de nuevo saborearé el triunfo porque estoy seguro de lograrlo. Esta carrera está repleta de oportunidades, pero también de angustia y desesperación pero evitaré el fracaso, porque éste, es la incapacidad del hombre para alcanzar sus metas en la vida. Yo buscaré el éxito y no seré un fracasado.

MIGUEL PAREJA TORRES.

"LA NECESIDAD DE CONSIDERAR INIMPUTABLES EN EL FUERO DE GUERRA A LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD Y SU REFORMA EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, EN MEXICO".

PAG.

I N D I C E

INTRODUCCION **1**

CAPITULO I

GENERALIDADES DE LOS MENORES DE EDAD.

A. LA MAYORIA DE EDAD EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO MEXICANO **1**

B. LOS MENORES DE EDAD ANTE LA SOCIEDAD **9**

C. CONDUCTAS ANTISOCIALES **16**

**1. FACTORES INTERNOS O ENDOGENOS DEL ADOLESCENTE
QUE ORIGINAN CONDUCTAS ANTISOCIALES** **22**

**2. FACTORES EXTERNOS O EXOGENOS QUE INFLUYEN EN LOS
MENORES, PARA REALIZAR CONDUCTAS ANTISOCIALES** **35**

D. DELINCUENCIA DE MENORES **48**

1. EN EL FUERO FEDERAL **52**

2. EN EL FUERO COMUN **55**

3. EN EL FUERO MILITAR **57**

CAPITULO II

TEORIA GENERAL DEL DELITO Y LOS DELITOS MILITARES.

A. DEFINICION DEL DELITO	62
B. CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO	71
C. ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS	75
1. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA	78
2. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA	99
3. LA ANTIJURICIDAD Y SUS CAUSAS DE JUSTIFICACION	108
4. LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD	128
5. LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD	145
D. LOS DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR	166

CAPITULO III

IMPUTABILIDAD PENAL A MENORES DE EDAD EN LA MILICIA

A. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION MILITAR	178
--	------------

B. EL MENOR DE EDAD Y LA DISCIPLINA MILITAR	185
C. APLICACION DE LEYES Y REGLAMENTOS CASTRENSES A MENORES INFRACTORES	193
D. APLICACION DE PENAS A MENORES DE DIECIOCHO AÑOS, CONFORME AL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR	200
E. DELINCUENCIA DE MENORES EN EL FUERO MILITAR	209
1. PRISION PREVENTIVA Y EJECUCION DE PENAS	209
2. TRATAMIENTO DE MENORES SENTENCIADOS	221
F. NECESIDAD DE REFORMAR EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, RESPECTO A LA APLICACION DE PENAS A MENORES DE DIECIOCHO AÑOS	226
CONCLUSIONES	236
BIBLIOGRAFIA	241

I N T R O D U C C I O N .

En la actualidad se vive un clima de inseguridad a lo largo y ancho de nuestro País, aparentemente es debido a la crisis económica existente ya de varios años, aunado a esto la crisis política que se ha presentado. No tenemos un líder que nos convenza, no existe un partido político que deveras proponga un plan de desarrollo económico para salir adelante y mejor, tanto individual como colectivamente.

Pues bien, las crisis ya referidas han afectado el seno familiar, forjándose una crisis de valores en el núcleo de la familia, puesto que ahora es mayor el número de pobres y menor el grupo que detenta el poder tanto político como económico.

Pero cualquiera que leyera las primeras líneas diría que nada tiene que ver lo dicho, con el trabajo de tesis realizado, pero consideramos que debido a los problemas familiares, muchos menores han tenido que abandonar sus familias, y lo peor han dejado de asistir a la escuela y son presa fácil de las conductas antisociales, como es el pandillerismo, la drogadicción, el alcoholismo, etc.... Cuando estos menores queden atrapados en cualquiera de estos fenómenos de carácter antisocial, comienzan a delinquir.

De esta manera es como se gesta la delincuencia juvenil que más tarde será la delincuencia organizada que tendrá en jaque a la ciudadanía, como ocurre en la actualidad. Desgraciadamente gobernantes van y vienen pero nadie se ha preocupado realmente por darle solución a este problema que afecta a nuestra sociedad. Y no sabemos hasta cuando terminará esta inseguridad pues a diario nos enteramos que el hampa rebasa a los cuerpos de seguridad, por contar con mejor armamento y probablemente con gente más astuta y capacitada para delinquir.

Pero cuando los gobernantes tratan de dar una solución a este tipo de problemas en lo único que piensan es en crear leyes al vapor, sin haber realizado un verdadero estudio de lo que la sociedad necesita para vivir más segura. Precisamente en esta creación de ordenamientos legales varios Gobernadores de algunas Entidades Federativas han creado o reformado el Código Penal de su Entidad y aparece que se reduce la edad penal, ya que en lugar de que ésta inicie a los dieciocho años de edad cumplidos comienza a los dieciséis o diecisiete años como en el Estado de Michoacán o Zacatecas de manera respectiva; entre otras Entidades, considerando imputables a los menores de edad.

Pero esto no ha dado resultado ya que consideramos que reducir la edad penal no soluciona el problema de la seguridad pública y al contrario atenta contra las garantías de las personas, puesto que Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 34 establece una característica

del ciudadano y ésta es haber cumplido dieciocho años de edad y en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal en su artículo 646 establece que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Por lo antes mencionado es que no compartimos la idea de que la edad penal se reduzca a dieciséis o diecisiete años, por ello es que consideramos que todos los Ordenamientos de carácter Penal deben establecer una uniformidad respecto a la mayor edad y que debe ser a los dieciocho años cumplidos, como lo establece el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República y Materia Federal, de aquí es que tampoco estamos de acuerdo de que el Código de Justicia Militar considere imputables a los menores de dieciocho años.

Puesto que en los artículos 153 y 154 del Ordenamiento castrense se establece que los menores de dieciocho años que por cualquier causa estuvieren prestando sus servicios en el ejército, serán castigados con la mitad de las penas corporales señaladas en la presente ley, respecto del delito cometido, esto lo refiere el artículo 153 y el siguiente 154, se refiere a los alumnos de los establecimientos de educación militar, a los cuales se les aplicará lo establecido en el artículo anterior, por este motivo fue que surgió la inquietud de proponer en este trabajo "LA NECESIDAD DE CONSIDERAR INIMPUTABLES EN EL FUERO DE GUERRA A LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD Y SU REFORMA EN EL

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, EN MEXICO". Primeramente porque como ya dijimos atentan contra las garantías de estos menores, ya que se les considera imputables cuando de acuerdo a la carta magna son inimputables. La propuesta es también de que se reforme el Código de Justicia Militar, para que no se sigan aplicando los artículos 153 y 154 de ese ordenamiento. Ahora por lo que se refiere a la necesidad de trabajar, consideramos que es por ese motivo que ingresan menores de edad a prestar sus servicios en el Ejército y por lo mismo sus padres autorizan su contratación, pero en lo que se refiere a los colegios, aquí definitivamente deben aplicar un reglamento interno y no el Código Castrense.

No mencionamos la forma de como deberá la reforma ya que esto le corresponde a los legisladores, nosotros únicamente proponemos la reforma, ya que para aplicar el Derecho Penal a los menores de dieciocho años será necesario reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero a nuestro juicio no es aquí donde debe hacerse la reforma, ya que la edad de dieciocho años es la ideal para considerar a una persona como mayor de edad. Apta para tener la capacidad de entender y de querer en el mundo del Derecho Penal, el apoyo a nuestra propuesta lo encontramos en la teoría general del delito donde analizamos de manera sintetizada los aspectos positivos y negativos del delito. Aclaremos que esta es una mera inquietud ya que la milicia siempre se ha caracterizado por una disciplina diferente a cualquier otra y por ello es que existe la imputabilidad para los menores de dieciocho años.

CAPITULO I

GENERALIDADES DE LOS MENORES DE EDAD

A. LA MAYORIA DE EDAD EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO MEXICANO.

La edad de las personas en los actos o hechos jurídicos, es de vital importancia como elemento principal en la manifestación de la voluntad.

"...La edad, en sentido jurídico, es aquella cantidad de años que el derecho exige a la persona para que pueda realizar los actos que la ley estrictamente le autoriza; o bien aquella cantidad de años que la ley estima como causa suficiente para eximir o aminorar la efectividad de las obligaciones, de la persona a la que se hace referencia..."¹

La manera más común de contabilizar la edad es por años y de acuerdo a nuestra legislación civil, toda persona al nacer debe ser registrada ante el juez u oficial del registro civil según sea la Entidad Federativa, esto con el fin de obtener su respectiva acta de nacimiento que entre otros datos tendrá la hora, lugar y fecha del nacimiento, sexo, nombre y apellidos, siendo este el primer documento de identidad y servirá para llevar la contabilidad de nuestra edad. Consideramos que la edad está íntimamente ligada a la capacidad de las personas y la misma legislación civil nos habla de capaces e incapaces, así como las clases que de esta existen.

¹ MUÑOZ, Luis, DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO I, Ed. Modelo, 1971. págs. 239-240.

Para el maestro Manuel Bejarano Sánchez, es necesario que el agente o los agentes que intervienen en los hechos o actos jurídicos sean capaces y dice "...La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos..."²

Tomando en cuenta el razonamiento antes referido, vemos que la capacidad tiene dos cualidades, primeramente ser titular de derechos y obligaciones, segunda que tenga la aptitud para ejercitarlos, o sea que pueda ejercitar esos derechos y esas obligaciones. El Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia Federal, nos indica la capacidad jurídica de las personas físicas, estableciendo lo siguiente: "ART. 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se tendrá por nacido para los efectos declarados en el presente código".

El ordenamiento legal citado, a nuestro juicio ha servido de modelo para los similares de las demás Entidades Federativas que forman los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo anterior, entendemos que todos tenemos capacidad o aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones, pero no

² BEJARANO SANCHEZ, Manuel, OBLIGACIONES CIVILES. 2ª ed. Ed. Harla, S.A. de C.V., México, 1983, pág. 130.

todos podemos ejercitarlos, siendo esta la segunda cualidad de la capacidad. La historia nos indica que en el derecho antiguo se consideraban diversas edades, confiriendo a cada una de ellas una capacidad diferente, en la actualidad y tomando en cuenta lo manifestado, creemos que por lo que toca a la ley civil solo existen dos clases de capacidad; la de goce y la de ejercicio.

"...La llamada capacidad de goce es una verdadera vocación para tener derechos, para ser titular de ellos. Es un atributo de la personalidad y la poseen todos los hombres, sin excepción, en los países civilizados..."²

Como ya habíamos hecho mención todos tenemos la capacidad o aptitud de ser sujetos de derechos y obligaciones, lo que significa que todos tenemos capacidad de goce. La capacidad de ejercicio sería la aptitud para ejercitar o hacer valer por sí mismo esos derechos y esas obligaciones, pero es necesario para ello, el discernimiento para poder comprender las consecuencias de los actos en que se declara la voluntad, también es requisito no haber sido declarado en estado de interdicción.

La ley presume que el menor de edad no tiene el discernimiento necesario para decidir por propia voluntad, respecto a la realización de los actos jurídicos, por lo tanto lo considera jurídicamente incapaz. Quedando establecido con esto

² **Ibid.** pág. 130.

que los menores no tienen capacidad de ejercicio. La Ley Civil citada, dice que existe incapacidad natural y legal, esto en el artículo 450 el cual ahora dice "ART. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I Los menores de edad; II Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y III aquellos que padezcan alguna infección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancia tóxica como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir que a excepción de estas personas, todas las demás tendrán capacidad de ejercicio. Galindo Garfias dice "... La persona física adquiere plena capacidad de ejercicio, a partir de los dieciocho años cumplidos. Antes de llegar a esa edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones, por medio de su representante legítimo (personas que ejercen la patria potestad o tutor)..." 4

Interpretando lo anterior, entendemos que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años cumplidos y antes de esta etapa o acontecimiento somos menores de edad.

Con los datos que hasta el momento llevamos estamos llegando al punto principal que nos ocupa, o sea la mayoría de edad en nuestro sistema jurídico mexicano, de acuerdo a la legislación civil ya referida existen dos edades que son; la mayor edad y la menor edad, la primera se alcanza al cumplir los dieciocho años, y así es como lo indica el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, el cual fue reformado el treinta y uno de diciembre de 1969, y actualmente dice lo siguiente: "ART. 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos", el siguiente artículo o sea el 647 dice el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. De esta manera al adquirir la mayoría de edad el individuo también adquiere la capacidad de ejercicio, ya que puede hacer valer por sí mismo sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el capítulo relativo a la ciudadanía, también se refiere a la edad, estableciendo los dieciocho años cumplidos para poder obtener la ciudadanía "ART. 34.- Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además, los siguientes requisitos; I.- Haber cumplido

dieciocho años de edad, y II.- Tener un modo honesto de vivir".

Rojina Villegas opina que "...Tradicionalmente han sido consideradas en nuestro derecho la capacidad de goce y la de ejercicio, mismas que no dependen de la voluntad de la persona, sino de los atributos impuestos por la ley...". No obstante de que la capacidad Jurídica es única, ya hemos visto que se divide en la de goce y en la de ejercicio, todos los seres humanos tenemos la capacidad de goce, y la de ejercicio consiste en la posibilidad de dar vida a los actos jurídicos, pero esta capacidad sólo la tienen las personas mayores de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales para ejercer por sí mismos sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

Por lo anteriormente expuesto podemos asegurar que la mayoría de edad en nuestro sistema jurídico mexicano comienza a los dieciocho años cumplidos, y el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y sus bienes, el fundamento lo encontramos en los artículos 646 y 647 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, disposiciones que se fundamentan en el artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Anteriormente era un requisito haber cumplido veintiún años para poder ser ciudadano, esto en caso de ser soltero y de dieciocho años para los que ya eran casados, después de dos modificaciones el artículo 34 de la carta magna ha quedado como hasta el día de hoy, o sea que a partir del 22 de diciembre de 1969, la edad para adquirir la condición de ciudadanos es a los dieciocho años cumplidos, tanto para varones como para mujeres.

Como hemos visto el fundamento primario para la mayoría de edad estuvo en la carta magna, y en el Código Civil citado ha quedado establecido que la mayor edad comienza a los dieciocho años y el mayor de edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, con las limitaciones que la ley establece.

Por lo que se refiere a la mayor edad en materia penal, en nuestro país las Legislaciones también establecen los dieciocho años como mayoría de edad para la aplicación de la Ley penal, pero existen excepciones como en el Estado de Michoacán donde encontramos lo siguiente; "...Artículo 15. Sólo podrá ser sancionado por una conducta o hecho previstos por la ley como delito, quien en el momento de cometerlo sea imputable mayor de dieciséis años. Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer..." * Podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho

* PAVON VASCONCELOS, Francisco y Gilberto, VARGAS LOPEZ.
CODIGO PENAL DE MICHOACAN COMENTADO. (parte general) 2°
ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1976, pág. 153.

penal, por ello son imputables quienes tienen las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el momento mismo de la ejecución de la conducta o sea del acto delictivo, por este motivo pueden responder de sus actos típicos ante la Ley y obviamente ante el Estado.

En otros estados como el de Tabasco y Zacatecas, la mayor edad penal comienza a los diecisiete años. Por nuestra parte podemos agregar que debería de establecerse la edad penal a los dieciocho años cumplidos, esto de manera general o sea en toda la República, para no caer en supuestos de que una persona que realiza una conducta típica en un Estado de la República donde por su edad se le considera imputable, por tener dieciséis o diecisiete años y estando en el Distrito Federal donde la edad penal comienza a los dieciocho años, se le consideraría inimputable, además de que no es posible que en algunos Estados las personas alcancen las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales para entender y querer el resultado de su conducta, que en otros.

Jiménez de Asúa sostiene que; "...Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se

le pueda atribuir el acto que perpetró...".⁷

Por todo lo anterior se concluye que la mayoría de edad en el sistema jurídico mexicano comienza a los dieciocho años y el fundamento legal es el artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que exige haber cumplido 18 años para adquirir la ciudadanía. Y el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

B. LOS MENORES DE EDAD ANTE LA SOCIEDAD.

Consideramos que es con la aparición del hombre; el surgimiento de normas para regir la convivencia en sociedad, al formarse grupos fue necesaria la existencia de un líder y éste se dio a la tarea de crear sus propias leyes para el control de la tribu, al paso del tiempo se fueron multiplicando estos grupos y en la actualidad el mundo se encuentra dividido en países o naciones, cada una con su Ley fundamental de la cual derivan otros ordenamientos como el derecho penal, que es el que nos ocupa y es este el encargado de prever y sancionar las conductas típicas, lo anterior es aplicable por regla general en nuestro país a los mayores de dieciocho años, quedando fuera del Derecho Penal los menores de edad.

⁷

JIMENEZ DE ASUA, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO. 3° ed. Ed. Sudamericana, Buenos Aires Argentina 1990, pág. 339.

Según la enciclopedia ilustrada de la lengua castellana dice "...Menor de edad es el hijo de familia o pupilo que no ha llegado a la mayor edad...", " entendiéndose con esto que el límite de la minoría de edad es la mayor edad.

Cuando se habla de hijo de familia o pupilo, se refiere a menores que están bajo la patria potestad o bajo una tutela determinada. Una cuestión de interés a dilucidar es el momento que se considera que termina la etapa de la minoría de edad, en general debe tenerse por mayor de edad a la hora cero del día en que se cumplen los años establecidos por la ley, para adquirir la mayor edad, la apreciación apuntada debe hacerse cuando no existen disposiciones legales que establezcan otro criterio.

En la evolución histórica corresponde estudiar dos aspectos en atención a la posibilidad del doble enfoque jurídico civil o penal, máxime si se tiene en cuenta que para considerar la responsabilidad de los menores o de terceras personas, como consecuencia de sus actos, las legislaciones de todas las épocas han tenido en cuenta tales situaciones. Cabe hacer especial mención al Derecho Romano en que la situación de los menores sufrió importantes cambios en distintos períodos, pues a medida que la experiencia lo aconsejaba se iban introduciendo reformas para lograr una mejor protección, en los últimos tiempos se

" ENCICLOPEDIA ILUSTRADA DE LA LENGUA CASTELLANA, Tomo II, Buenos Aires 1953 pág. 15.

admitían tres categorías de menores; los primeros eran los infantes menores de siete años incapaces absolutos aun para aquellos actos que pudieran beneficiarlos, el segundo grupo lo formaban los infantes mayores comprendidos entre los siete años y la pubertad que al principio se determinaba de acuerdo al efectivo desarrollo físico, pero Justiniano fijó en doce años para las mujeres y catorce para los hombres, en general podía realizar válidamente los actos que le eran ventajosos, pero no los que les perjudicaran y el tercer grupo estaba formado por los Púberes, que en el antiguo derecho eran plenamente capaces, pero a quienes se le fueron creando una serie de medidas y beneficios. Nos dice Guillermo A. Borda que "...las medidas y beneficios fueron propósitos de protección pero ya en la práctica se tradujeron en limitaciones a su capacidad, tal estado duraba hasta los veinticinco años en que se alcanzaba la mayoría de edad..." *

Raymundo M. Salvat, expresa que desde el punto de vista de la edad y la capacidad de las personas en el derecho romano se distinguían tres grandes períodos "...a) Los infantes que eran aquellos que no podían hablar - IN PARTICULA NEGATIVA, Y FARI HABLAR-, más tarde se fijó la edad de siete años, considerando que si bien antes de ella, el niño puede articular palabras, no tiene una noción correcta del acto que realiza. Los infantes

* BORDA, Guillermo A. DERECHO CIVIL (parte general), Tomo I, Buenos Aires 1953 pág. 341.

tenían una incapacidad total. b) Los impúberes que comprendían desde los siete años hasta la pubertad, tenían una incapacidad parcial, dado que podían realizar todos aquellos actos que les fueran ventajosos, pero no aquellos que pudieran perjudicarlos, la pubertad empezaba en la mujer a los doce años y en los hombres se determinaba en cada situación según fueran o no capaces, pero Justiniano estableció que fueran de los catorce años. El tercer período eran los púberes, podían realizar toda clase de actos, tanto los ventajosos como los perjudiciales. La Ley Pretoria anterior al año 191 de nuestra era consideró menor hasta la edad de veintiún años; hasta esa edad las personas quedaban en una condición análoga a la que tenían antes los impúberes, es decir podían realizar todos los actos que les fueran ventajosos, pero no los que les fueran perjudiciales..." ¹⁰ así fueron tratados los menores en el derecho romano, o sea por la sociedad de esa época, pero en la actualidad es muy diferente, aunque existen las dos formas ya referidas de personas, que son los capaces y los incapaces. Para nuestro estudio pondremos especial atención en todo lo referente a los menores de edad como personas consideradas incapaces, ya que existen otras contempladas en la ley, pero en particular analizaremos todo lo relativo a la edad.

Para poder saber la edad de una persona y determinar si es menor o no, atenderemos primeramente el documento público que

¹⁰

SALVAT, Raymundo M. TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO (parte General), Vol. I, Buenos Aires 1947, pág. 366

conocemos como acta de nacimiento, a falta de éste se solicitará un examen médico para saber la edad clínica probable, documento que describirá el porqué se considera la edad que así se establece, por ejemplo el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios entre otros datos.

Pero en el campo del Derecho Penal, se le considera imputables o inimputables. En términos generales se considera menor de edad a quien por su desarrollo físico o psíquico no tiene la capacidad de autodeterminarse para actuar y esta capacidad viene siendo la imputabilidad y al carecer de ella se le considera inimputable. De lo anterior se deduce que el menor de edad es el que no tiene, de acuerdo a la ley la suficiente capacidad de querer y entender el resultado de su conducta, esto por una falta de madurez física y psíquica determinada por su edad, quedando fuera de la ley penal y sujeto a medidas tutelares por parte del Estado.

Al menor se le excluye del horizonte penal -afirma el profesor Sergio García Ramírez- porque es inimputable; por lo tanto, lo adecuado es designarle un inciso entre los que señalan las causas de inimputabilidad. Rafael de Pina recordando a Dorado Montero considera que el derecho penal ha desaparecido con respecto a los menores o sea niños y jóvenes autores de actos típicos penales y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria.

El maestro Castellanos Tena dice "...Comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de dieciocho años son inimputables, y por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del derecho penal no se configuran los delitos respectivos..." "

En nuestra sociedad mexicana los menores de edad que llegan a realizar conductas antisociales que para la ley penal son delitos, no se les sanciona penalmente por encontrarse fuera del derecho penal y quedan sujetos a una acción tutelar por parte del Estado, ya que no se les considera delincuentes únicamente infractores, por tal situación o sea por su minoría de edad son considerados inimputables.

En el Código Penal italiano la imputabilidad ha sido definida; "como la capacidad de entender y de querer" capacidad que requiere satisfacer un límite físico, o sea la mayoría de edad que señala la propia ley, y un límite psíquico que consiste en la posibilidad de valorar la propia conducta en relación a la norma jurídica.

Para Orellana Wiarco, "...El menor de edad podrá llevar a cabo actos u omisiones típicos, pero no culpables, pues para que se pueda reprochar su conducta, a título doloso o culposo el

¹¹ **CASTELLANOS TENA, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 15ª ed. Ed. Porrúa S. A. México 1981, pág. 228.**

menor deberá tener la capacidad de entender y querer su conducta, de tal suerte que no se puede formular el reproche que entraña la culpabilidad por falta de base o sustentación mencionada..."¹²

Por lo antes dicho podemos concluir que el menor de dieciocho años no es, ni puede ser delincuente simple y sencillamente porque su conducta no puede llegar a integrar todos los elementos del delito, por ser un sujeto inimputable. Actualmente los menores infractores están fuera del Derecho Penal y sujetos a una ley tutelar por parte del Estado.

La Ley Federal para el tratamiento de menores infractores que actualmente se aplica en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia Federal, fue expedida el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y uno, y fue puesta en vigor el diecinueve de febrero de 1992, y su función está destinada a reglamentar el funcionamiento del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos que han cometido conductas antisociales, que se encuentran tipificadas en las leyes penales como delitos.

La Ley Federal para el tratamiento de menores infractores fija su competencia para los mayores de once años y menores de

¹²

ORELIANA MIARCO, Octavio A., MANUAL DE CRIMINOLOGIA. 2ª ed. Ed. Porrúa, S. A. México 1982. pág. 281.

dieciocho, señalando que los menores de once años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia.

Subrayando que la competencia del consejo será atendiendo la edad que haya tenido el sujeto infractor en la fecha de la comisión de la infracción que se le atribuye independientemente de que al ser detenido y puesto a su competencia haya alcanzado la mayoría de edad.

"...En el ejercicio de sus funciones el consejo instruirá el procedimiento, resolverá sobre la situación jurídica de los menores, ordenará y evaluará las medidas de orientación, protección y tratamiento que juzgue necesarias para su adaptación social, esto de acuerdo al comentario de Roberto Tocavén..."¹³

C. CONDUCTAS ANTISOCIALES.

Para dar inicio a este tema comenzaremos analizando lo referente a la CRIMINOLOGIA, y es precisamente el profesor Rodríguez Manzanera quien nos dice lo siguiente; "...Consideramos a la Criminología como una ciencia sintética, causal explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales..."¹⁴. El

¹³ TOCAVEN GARCIA, Roberto, MEJORES INFRACTORES. Ed. Porrúa, S. A. México 1993, pág. 1.

¹⁴ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, CRIMINOLOGIA. 8° ed. Editorial Porrúa, S. A. México 1993. pág. 3

mismo profesor nos aclara que esta definición fue acuñada en México, al principio por don Mariano Ruiz Funes (1952) y después complementada y perfeccionada por el maestro Quiroz Cuarón, en su libro Evolución de la Criminología.

El doctor Alfonso Quiroz Cuarón, en su libro denominado Medicina Forense nos da la siguiente información "...El uso del término Criminología se debe al antropólogo francés PABLO TOPINARD (1830-1911), al designar la disciplina creada por el doctor CESAR LOMBROSO, cuando publica en 1876, en Turín, su obra El Hombre Delincuente..."¹¹. Primeramente se conoció como antropología Criminal, ya que se estudiaba al hombre. Después de haber aparecido esta obra "EL HOMBRE DELINCUENTE" aparece un joven Jurista de nombre ENRICO FERRI, el cual se convierte en alumno de César Lombroso y juntos comienzan a realizar nuevos estudios de criminales y enfermos mentales. Posteriormente Enrico Ferri produce su obra denominada SOCIOLOGIA CRIMINAL, también de renombre mundial pero a estos dos hombres se les unió un tercero RAFAEL GAROFALO Jurista, que viene a conformar la Trilogía que se conoció como Los Evangelistas del Positivismo Criminológico. Es este último el que se encarga de divulgar el vocablo hoy en uso habitual ya que la obra escrita por éste es denominada "CRIMINOLOGIA" y Garófalo definió a la Criminología como "LA CIENCIA DEL DELITO" otros autores como Quintiliano

¹¹ QUIROZ CUARON, Alfonso, MEDICINA FORENSE. 8° ed. Ed. Porrúa, S. A. México, 1990, pág. 1015

Saldaña en su obra denominada Nueva Criminología, la define como la ciencia del crimen o el estudio científico de la criminalidad, sus causas y medios para combatirla. Para el ya citado Mariano Ruiz Funes "la Criminología comprende, como ciencia sintética, el estudio biológico, psicológico y sociológico de la Criminalidad". Así podemos seguir citando más conceptos, pero ahora pasaremos al estudio de la Criminología.

El objeto de estudio de la Criminología es precisamente las CONDUCTAS ANTISOCIALES, para tal efecto primeramente haremos una diferenciación entre conducta antisocial y delito. Lo anterior se debe a que no todas las conductas antisociales están consideradas como delitos, pero la Criminología estudia además los estados criminógenos que sin encontrarse tipificados como delitos, constituyen una predisposición, un riesgo para inducir al individuo a delinquir, como son el ALCOHOLISMO, la DROGADICCIÓN, la PROSTITUCIÓN, la VAGANCIA, el HOMOSEXUALISMO entre otros.

Siguiendo al profesor Rodríguez Manzanera, encontramos que opina lo siguiente; "...Conducta antisocial es todo aquel comportamiento humano que va contra el bien común; mientras que delito es la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley..."¹⁶. El código de Malinas dice "...Bien común es aquel que es apto para servir o perfeccionar la naturaleza humana en cuanto tal,

¹⁶ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit. pág. 21

independientemente de las condiciones individuales, que provienen en cada ser humano de su raza, nacionalidad, edad, profesión, condiciones sociales o religiosas o económicas..." 17

La Iglesia Católica también ha desarrollado un concepto de lo que considera el bien común, siendo éste "...El conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección. Y Juan XXIII, dice que es el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su familia..." 18

Entendemos que el orden social es una necesidad para lograr el bien común, pero sólo tiene razón de ser en cuanto logra la realización de éste; no puede entenderse un orden social, jurídico o político sino en función del bien de la totalidad de la colectividad. En ocasiones la Criminología ha estudiado conductas que atentan contra determinada clase o grupo, olvidándose de analizar las acciones de estos grupos contra el bien común, pudiendo ser estos grupos, el mismo Gobierno, los Banqueros, los comerciantes, las iglesias, los obreros y algunos otros.

17 CODIGO DE MALINAS. Editorial Sal Terrae. Santander España 1959, pág. 524.

18 RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Op. Cit. Cita a Juan XXIII. en la página 21.

Tomando en cuenta lo ya manifestado podemos decir que ni todo delito es una conducta antisocial, ni toda conducta antisocial es delito, pues existen conductas que pueden ser antisociales que no están tipificadas en los códigos penales, como ejemplo citaremos; LA HOMOSEXUALIDAD, LA PROSTITUCION, EL ALCOHOLISMO. DROGADICCION, VAGANCIA, TABAQUISMO, y algunas otras; se han encontrado tipos penales que no contienen una conducta antisocial, como algunos delitos de corte político, en donde no existe una conducta antisocial y lo que existe es una conducta que daña solamente a la clase dominante.

Nos dice Rodríguez Manzanera "...Hay que poner atención en no confundir hecho antisocial con delito. El Objeto del Derecho Penal son las normas que rigen al delito, que es ente y figura jurídica; el objeto de la Criminología es el hecho antisocial, fenómeno y producto de la naturaleza..."¹⁹

La Criminología distingue cuatro tipos de conducta; social, asocial, parasocial y antisocial. La primera es aquella que cumple con las adecuadas normas de convivencia, no agrede a la colectividad y cumple con el bien común, la segunda es aquella que carece de contenido social, no tiene relación con las normas de convivencia ni con el bien común. En la tercera que es la conducta parasocial se da en el contexto social, pero es diferente a las conductas seguidas por la mayoría del

¹⁹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Op. Cit. pág. 22

conglomerado social, viene siendo la no aceptación de los valores adoptados por la colectividad, pero sin destruirlos; no realiza el bien común, pero tampoco agrade a la colectividad. Por lo que respecta a la Conducta ANTISOCIAL, esta va contra el bien común, atenta contra la estructura básica de la sociedad, destruye sus valores fundamentales de convivencia, lesiona las normas de la misma, como sucede cuando un individuo priva de la vida a otro, de esta manera lesiona el bien común protegido, es una conducta indeseable, además de dañar a la víctima también daña a la familia de ésta, así como a la sociedad, destruyendo un valor supremo como es el de la vida.

La Criminología es una ciencia de aplicación práctica, busca antes que nada conocer las CONDUCTAS ANTISOCIALES, y sus factores causales para evitarlos, para combatirlos, no se ocupa únicamente de la comprensión de las conductas, sino que trata de prevenirlas, no busca la represión sino la prevención.

La conducta antisocial también ha sido llamada por algunos autores como conducta desviada, conducta inadaptada, para el profesor Rodríguez Manzanera su opinión es la siguiente: "...La conducta es el comportamiento humano voluntario..."²⁰

Siguiendo con el tema de la conducta humana, ésta existe

²⁰ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, CRIMINALIDAD DE MENORES. Ed. Porrúa, S.A. México, 1987, pág. 318.

independientemente de que vaya o no en contra de la ley, es decir que puede ser social o antisocial. Se entiende como antisocial todo lo opuesto a la escala de valores que predomina en una sociedad. Para el derecho la conducta antisocial, son todos aquellos comportamientos de menores que violan o infringen una ley o reglamento administrativo, pero como ya se ha mencionado dichos menores quedan fuera del derecho penal, y sujetos a una acción tutelar por parte del Estado.

1.- FACTORES INTERNOS O ENDOGENOS DEL ADOLESCENTE QUE ORIGINAN CONDUCTAS ANTISOCIALES.

Continuando con este estudio ahora hablaremos de los factores internos o endógenos del adolescente que originan conductas antisociales, y comenzaremos hablando de la Criminogénesis, a la cual se le ha definido como "... El estudio del origen o principio de la conducta criminal...". Pero de acuerdo con el profesor Rodríguez Manzanera, por extensión, podemos considerar la Criminogénesis como el conjunto de factores y causas que dan por resultado la conducta antisocial. Aunada a ésta tenemos la Criminodinámica, siendo esta la explicación de los procesos seguidos para llegar a la conducta antisocial. A la primera se le considera como una premisa para resolver el problema de la Criminodinámica.

²¹ **RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, CRIMINOLOGIA. 8° ed. Ed. Porrúa, S. A. México 1993. pág. 465.**

Criminogénesis y criminodinámica son dos elementos indispensables en la explicación del crimen, y necesarios también para el análisis del Criminal y de la criminalidad. Para dar inicio a nuestro análisis, comenzaremos con los conceptos operacionales de orden explicativo.

CAUSA CRIMINOGENA: Se entiende de acuerdo a la definición de Naciones Unidas, "la condición necesaria sin la cual un cierto comportamiento no se habría jamás manifestado". La causa criminógena tiene forzosamente un efecto, el efecto de la causa criminógena es la conducta antisocial, toda conducta antisocial tiene una causa, si no existe esa causa no tendremos la conducta, lo que interesa en Criminología es demostrar que determinada conducta criminal fue causada directamente, específicamente por determinada causa.

INDICE CRIMINOLOGICO: Índice es el indicio o señal de una cosa, el índice criminológico es un signo o síntoma que permite un diagnóstico criminológico. El índice tiene una importancia clínica, pero no tiene necesariamente un valor etiológico, y no debe confundirse índice con factor.

CONDICIONES CRIMINOLOGICAS: Estas permiten solamente las ocasiones o estímulos suplementarios, permiten sacar a la luz un elemento de oportunidad que tiene su importancia en la Etiología Criminal. Tampoco deben confundirse las condiciones con los

factores, pues ni toda condición es factor criminógeno, ni todo factor es una condición, pues la variabilidad en cada caso concreto será siempre notable.

EL MOVIL CRIMINOGENO: Por móvil se entenderá aquello de naturaleza interna que ha llevado al sujeto a cometer una conducta antisocial, entendiéndose como la moral del sujeto que lo mueve a cometer la conducta que daña el bien común o a la colectividad según sea el caso.

EL FACTOR CRIMINOGENO: Por factor criminógeno entenderemos todo aquello que favorece a la comisión de conductas antisociales. Puede ser un estímulo endógeno, exógeno o mixto que concurre a la formación del fenómeno criminal. López Rey dice que etimológicamente factor significa "...el que hace algo por sí o en nombre de otro, y que en sentido figurado, representa todo elemento que contribuye o concurre a un determinado resultado..."²²

Otra definición de factor es la que refiere Pinatel, quien opina; "...se debe entender por factor Criminógeno, todo elemento objetivo que interviene en la producción del fenómeno criminal..."²³ Se dice que en las ciencias matemáticas, factor

²² LOPEZ REY Y ARROJO, Manuel, **CRIMINOLOGIA**, Ed. Aguilar, Madrid España. 1973, pág. 67

²³ PINATEL, Jean, **CRIMINOLOGIE**. SPES, París Francia 1960, pág. 62

es cada una de las cantidades que se multiplican para formar un producto y en Criminología los factores criminógenos se unen, se combinan y si se multiplican conducirán al criminal hacia el crimen.

Así el alcoholismo, la promiscuidad, la miseria, la impunidad, son factores criminógenos, pues favorecen la aparición del crimen, aunque por sí solos sean incapaces de producirlo.

En el grupo de FACTORES INTERNOS O ENDOGENOS, tenemos los factores PREDISPONENTES; "...Del latín predisponere, predisponer significa en español disponer anticipadamente algunas cosas o el ánimo de las personas para un fin determinado..."²⁴

El maestro Di Tullio dice que en Criminología "...La predisposición a la criminalidad es la expresión de aquel complejo de condiciones orgánicas y psíquicas, hereditarias, congénitas o adquiridas, que, acentuando las fuerzas naturales, instintivas egoístas y agresivas y debilitando las inhibitorias, hacen particularmente proclive al individuo a llegar a ser un criminal, también bajo la influencia de estímulos que quedan debajo de la línea operante sobre la masa de los individuos..."²⁵

²⁴ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, CRIMINOLOGIA. 8ª ed. Ed. Porrúa, S. A. México 1993, pág. 476.

²⁵ DI TULLIO, Benigno, PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGIA CLINICA Y PSIQUIATRIA FORENSE. Ed. Aguilar, Madrid, España. pág. 150.

Los factores predisponentes son de naturaleza ENDOGENA, y pueden ser biológicos o psicológicos. La predisposición desde el punto de vista biológico, debe ser considerada como una potencia de desarrollo específico, una posibilidad evolutiva que pueda conducir a características particulares psicofísicas, a formas especiales de conductas.

Como hemos visto existen teorías que tratan de explicar la conducta infractora, puesto que no existe una sola, que influya en el comportamiento del infractor, ya que son varios factores los que influyen en la conducta antisocial de los menores. Los factores internos o endógenos, son de carácter personal y radican en la individualidad del sujeto, distinguiéndose lo somático y lo psicológico. Lo somático está integrado por el sistema nervioso, endocrínico y los factores biológicos. Los psicológicos por la vida instintiva, efectiva, intelectual y los procesos psíquicos.

Factor biológico: dentro de la corriente biológica se incluyen a todos aquellos investigadores que consideran como factores preponderantes que determinan al hombre a delinquir, a los somáticos o a los fisiológicos.

En 1856 Mendel comprobó experimentalmente, por primera vez, la hipótesis de que los factores hereditarios conocidos como genes, se transmiten en los cromosomas; "...La red cromatina existente en el núcleo celular, en determinados momentos de

actividad fisiológica se condensa y reduce formando filamentos de relativa longitud y grosor, visible al microscopio, que se localizan por pares, y cuyo total es constante para cada especie animal o vegetal sexuada..."²⁴. Esto significa que la formación del nuevo ser resulta de la fusión de los gametos masculinos y femeninos; espermatozoides y óvulo, al efectuarse la fusión, se presenta el fenómeno de la meiosis, o reducción cromática. En la especie humana el número de cromosomas es de 23 veintitrés pares, denominado heterosómico, que es el que determina el sexo de la persona. Como puede verse existen dos disposiciones, una procedente del padre y otra de la madre, mismas que pueden ser idénticas o distintas en cuando a la modalidad del carácter dependiendo del factor que resulte dominante, aunque este factor no domina definitivamente a su contrario.

Se agrega a lo anterior que a principios del presente siglo, se descubrió que los factores determinantes de la expresión de los caracteres hereditarios dependen de la función, de los genes al unirse en la fecundación, siendo significativo el hecho de que, en ocasiones los genes al fusionarse no manifiesten su acción de inmediato, viniendo hacerlo en generaciones posteriores.

Algunos estudiosos de la materia, encontraron pruebas de

²⁴ CONAS, Juan, MANUAL DE ANTROPOLOGIA FISICA, Ed. UNAM, México, 1956. pág. 107

existencia subyacente de tendencias delictivas, a través de ciertos factores hereditarios, como la imbecilidad y la epilepsia, pero no fue posible hallarlos de una manera efectiva, en cuanto a inclinaciones antisociales. No puede afirmarse que exista la herencia criminal directa, pero si puede heredarse cierta potencialidad propicia a establecer un marco dentro del cual puede ejercer su influencia el ambiente, en cuanto a la formación de tendencia delictiva, pero estas no pueden pasar de una generación a otra, como herencia efectiva y directa.

Para no dejar incompleto este cuadro diremos que existen influencias de parte del padre y de la madre y de otros parientes cercanos en la conducta de los menores, se destaca el alcoholismo, el uso de drogas, estupefacientes, enfermedades como la sífilis, la tuberculosis, la deficiencia mental y la psicosis, ya que aunque algunos de estos males tienen que ser descartados en cuanto a posibilidades de propensiones hereditarias, siempre han de ejercer su efecto en cuanto a sus potencialidades, que unidas a la presión de un ambiente malsano, llegan a despertar en el individuo, tendencias delictivas.

Otro de los factores es el PERINATAL, "...Un número creciente de evidencias, señala los acontecimientos circundantes al parto, como especialmente importantes en la etiología de las alteraciones mentales y consecuentemente de la conducta del delincuente, como expresión de ellas. Perinatalmente el daño al

sistema nervioso, se puede causar por anoxia, hemorragia o trauma mecánico, la prematurez, las presentaciones anormales y otras complicaciones del trabajo de parto..." 27

Ahora hablaremos del factor POST-NATAL; la frecuencia de las causas biológicas, adquiridas después del nacimiento como responsables de la conducta infractora es innegable, entre las principales se deben señalar las siguientes:

CAUSAS ENDOCRINOLOGICAS; se refieren a las secreciones glandulares en relación con la conducta del individuo, tal es la importancia de la influencia de la función endocrina, en cuanto a la glándula de secreción interna en nuestra vida, que para muchos criminólogos la clave del crimen se puede encontrar en su mal funcionamiento, toda disfunción provoca serios cambios temperamentales. La glándula pituitaria o hipófisis, es de tal importancia, que de su hiper o hipoactividad depende casi toda la estabilidad de nuestro organismo. Asimismo la tiroides, cuya secreción más importante es la tiroxina, es responsable con su exceso de secreción de que el individuo se encuentre delgado, padezca nerviosismo o irritabilidad y con sus escasez, de tipo adiposo; abúlicos y con disminución de la incapacidad intelectual llegando a la forma más aguda al cretinismo.

27

La EPILEPSIA, también es una enfermedad eminentemente criminogénica, destacando dentro de este síndrome, las ausencias con automatismo, caracterizadas por la pérdida de control de conciencia, acompañándose de actividad automática. Dentro del automatismo epiléptico, están comprendidos todos los actos, condicionados o no, que se producen sin intervención de la voluntad y no dejan en general, ningún recuerdo de los actos realizados en ausencia de control consciente. Los enfermos actúan como si un espíritu extraño hubiese sustituido su verdadera personalidad.

Entre las alteraciones epilépticas de la personalidad, es de señalarse las que se presentan en forma de inestabilidad del humor, con tendencia a la explosividad, y de viscosidad psicoafectiva, la inestabilidad del humor se manifiesta con la alteración de períodos de disforia, con pesimismo, inhibición a la acción descargas agresivas e impulsos a la violencia por causas mínimas. Se comprende por lo tanto, consecuentes a la disforia y al mal humor de los epilépticos, se pueden conducir al suicidio o al crimen.

Como ya se ha dicho en líneas anteriores, el conocimiento de las leyes fundamentales de la herencia en los seres humanos ha encontrado numerosas dificultades, entre otras la imposibilidad de experimentar en seres humanos, la lentitud de su reproducción para fijar y comparar caracteres, ya que en un siglo se logran

apenas cuatro generaciones, el gran número de cromosomas, que pueden dar lugar a una gama casi infinita de combinaciones.

Ahora hablaremos de las propiedades constitutivas del carácter, para Resten "...ciertos mecanismos caracterológicos predisponen a la delincuencia, como son el nervioso, colérico, amorfo y apático. Parece ser que la conducta antisocial se encuentra ligada al desajuste o hipertrofia de alguna de las propiedades del carácter, emotividad, actividad o resonancia..."²⁰

Se agrega a lo anterior que los investigadores clínica y estadísticamente establecen que a cada mecanismo caracterológico le corresponde una inclinación hacia una actividad delictiva.

Hilda Marchiori, cita lo siguiente "...La tipología caracterológica sobre delincuencia estudiada por Le Senne plantea los siguientes caracteres delincuenciales..."²¹

CARACTER NERVIOSO: Este es el carácter más criminógeno de todos, pues se trata de un sujeto emotivo, responde a los estímulos de la vida; es inactivo, o sea que no canaliza su potencial energético, sino que lo acumula; y por último, es

²⁰ RESTEN, René, CARACTEROLOGIA DEL CRIMINAL, Ed. Luis Miracle, Barcelona España 1963. pág. 62.

²¹ MARCHIORI, Hilda, PSICOLOGIA CRIMINAL. Ed. Porrúa, S.A. México, 1975, pág. 162.

primario; es decir, reacciona instantáneamente sin mediar las consecuencias de sus actos.

CARACTER APASIONADO: Los crímenes pasionales se atribuyen a este carácter. El elemento peligroso de este tipo lo encontramos en que la persona es emotiva: es decir un sentimental que exagera el amor, el odio, los celos; pero como se trata de un activo, traduce en hechos sus emociones, y por tratarse de un carácter secundario, sus reacciones son lentas, maduradas. Así pues, este tipo puede cometer homicidios premeditados por celos, los estados paranoides se dan con bastante frecuencia y pueden derivar en actos criminales.

CARACTER SENTIMENTAL: Para Resten y otros investigadores, este carácter no predispone el delito, si bien, es un emotivo, su inactividad y mecanismo secundario, lo convierten en un ser tímido, indeciso, irresoluto que duda en delinquir. El sentimental bajo el influjo del alcohol, o de una emoción largamente reprimida llega al homicidio, que es una forma de resolver sus conflictos de culpa, o sus emociones que han permanecido reprimidas, pero al obrar así actúa como nervioso.

CARACTER COLERICO: El individuo es un emotivo, se enciende fácilmente, es combativo, agresivo, y como además es activo, su combatividad se refleja en actos que no medita, por su mecanismo primario. El colérico se orienta a la estafa, al robo y a los

delitos sexuales.

CARACTER SANGUINEO: Este grupo de individuos se caracteriza por cometer delitos sexuales y en delitos contra las personas y es poca su incidencia en robos. El sanguíneo se guía por el placer corporal, comer, beber, saciar su instinto sexual.

CARACTER FLEMATICO: Por su mismo carácter frío, tranquilo, metódico, veraz, reflexivo, no incurre en lo común en delitos, y cuando lo hace, generalmente es un acto cuidadosamente meditado, preparado y realizado.

CARACTER AMORFO: En este caso predomina la pereza, la inercia, no se preocupa por el mañana, y trata de satisfacer sus necesidades sin esforzarse. Este sujeto es víctima de la sugestión y lo encontramos como partícipe de los delitos, debido precisamente a su escasa voluntad, interviniendo en delitos de robo, son individuos no emotivos.

CARACTER APATICO: Estos individuos son caracterológicamente mal dotados, difícilmente se adaptan al medio, con frecuencia presenta debilidad mental. Incurre en delitos de robo, así como delitos de carácter sexual contra menores, pero por su torpeza es inmediatamente detenido.

Continuando con los factores INTERNOS o ENDOGENOS, haremos

un comentario respecto al área Psicológica, este comportamiento irregular o infractor nos lo explicamos desde el punto de vista psicológico como resultado de la interacción de experiencias agresivas, frustrantes, inhibidoras o destructivas. en un momento dado del curso de la vida. El maestro Roberto Tocavén García nos dice lo siguiente "...Verdad valida en el terreno psicológico es que cualquier experiencia frustrante en el ser humano engendrará agresividad, la cual solo tiene dos formas posibles de expresión: o se proyecta entrando en conflicto con su medio, o se introyecta, autodestruyéndose..."²⁰

La actuación impulsiva-agresiva incontrolable por las características de inmadurez propias de la infancia y adolescencia, dan como resultado una desadaptación al medio y a sus realidades.

En los menores, esta desadaptación puede explicarse desde diversos ángulos: a).- Incapacidad por inmadurez para ceñirse a las normas socioculturales de su medio; b).- Limitación intelectual para crear el implemento o desenvolver la conducta en la solución exitosa de las exigencias de la vida; c).- Respuesta a estímulos frustrantes, que desquician el yo y lo incitan para apartarse de conductas interpersonales, armónicas y constructivas.

²⁰ **TOCAVEN GARCIA, Roberto, MENORES INFRACTORES. Ed. Porrúa S.A. México 1993. págs. 28 y 29.**

Lo antes manifestado es parte de los factores INTERNOS o ENDOGENOS, que influyen en los adolescentes para que estos cometan conductas antisociales, que las leyes penales tipifican como delitos, pudiendo ser desde lesiones, robos, violaciones, homicidios, entre otros, aparte de los tipos penales las conductas antisociales se manifiestan en actos que aunque no son considerados como delitos, van en contra del bien común, como es el caso de la prostitución, la fàrmacodependencia, el homosexualismo, la vagancia, deserción escolar, fuga hogareña, esto por citar algunas manifestaciones de conductas antisociales. Podríamos continuar con este estudio el cual es muy amplio pero a manera de información básica para este trabajo dejamos por el momento este análisis que de manera particular nos parece muy interesante.

2.- FACTORES EXTERNOS O EXOGENOS QUE INFLUYEN EN LOS MENORES, PARA REALIZAR CONDUCTAS ANTISOCIALES.

Como ya hemos visto los factores criminógenos pueden dividirse en dos, los endógenos de los cuales ya hemos hablado y los exógenos, de los cuales ahora nos ocuparemos, para tal efecto comenzaremos diciendo que estos factores son los que nos auxiliarán en la clasificación de los delincuentes. El profesor Rodríguez Manzanera opina lo siguiente; "...Tomando en cuenta que un factor criminógeno es todo aquello que favorece la comisión de la conducta antisocial, y que en un momento dado puede

convertirse de factor en causa, es éste uno de los temas claves de la Criminología..." "

Los factores exógenos son todos aquellos que se producen, como su nombre lo indica, fuera del individuo; pudiéndose decir que estos vienen de fuera hacia adentro. Y en los factores endógenos por el contrario, como ya se indicó se encuentra dentro del individuo, siendo de dentro hacia afuera.

Los factores exógenos son por ejemplo; la temperatura que tiene influencia directa sobre la criminalidad y el tipo de criminalidad, además del ejemplo citado tenemos la lluvia, la precipitación pluvial, para algunos autores los cambios en las fases lunares y otros fenómenos físicos como los terremotos, tambores, ciclones y similares, siguiente con este tipo de factores podemos agregar los sociales, como es la familia, el barrio donde se vive, la pandilla con la que el sujeto se reúne, la clase social a la que pertenece, el número de hijos que existen en la familia y también la escuela, pero no solamente estos ya que a medida que nos adentremos en el tema veremos que existen más factores.

Así como en los factores endógenos citamos a los factores predisponentes, ya que influyen en la predisposición a la

³¹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, **CRIMINOLOGIA**. 8ª ed. Ed. Porrúa, S. A., México, 1993, pág. 480.

criminalidad, ahora nos referiremos a los factores PREPARANTES, los cuales son generalmente EXOGENOS, vienen de fuera hacia adentro, pueden ser sociales como la provocación de una riña, pueden ser de naturaleza mixta como el alcohol, al cual señalan como factor preparante como excelencia. La descomunal influencia del alcoholismo en los delitos violentos, por lo menos en México, es indudable. El factor preparante realiza una doble función ya que no solamente acentúa los activantes, sino que tiene la fundamental característica de aniquilar a los inhibidores; en el ejemplo del alcohol, tiene la característica de acentuar todos los factores que llevan hacia el crimen, es decir de acrecentar los activadores: la persona que se ha tomado algunas copas se vuelve generalmente más alegre si tiene una predisposición a la alegría, pero se vuelve terriblemente más triste si tiene una predisposición a la tristeza, o sea que si es un sujeto depresivo entonces al cuarto alcohol o al quinto ya estará llorando, si por el contrario es un sujeto agresivo al ingerir la misma cantidad de alcohol, ya estará deseando pelear.

En este ejemplo nos estamos refiriendo al alcoholismo, donde el individuo acrecienta su natural agresividad, o siente acrecentada su natural instintividad sexual, a la segunda o tercera copa se siente mucho más excitado o incitado a todos los niveles. Al mismo tiempo desaparecen los inhibidores, el sujeto con unas copas va a ser capaz de hacer cosas que jamás haría sobrio y en público; este tipo de personas son capaces de

desnudarse haciendo gala de un exhibicionismo, o declarársele a una mujer que no diera motivo a ello, o al conducir un automóvil hacerlo a muy alta velocidad, este tipo de personas afectadas por los factores preparantes llegan a desafiar a alguien que indudablemente le dará una paliza, pero esto se debe porque ya no existe un freno que controle la conducta del individuo, puesto que ha perdido sus inhibidores.

Entre otros factores que propician la criminalidad además del alcoholismo ya citado, tenemos la drogadicción, la prostitución, y como ya también habíamos hecho referencia la desorganización familiar.

Volviendo a referirnos al alcoholismo como un factor exógeno, diremos que esto no es nuevo, ya que desde la época de los Aztecas ya se combatía y consideraban la embriaguez como un delito grave, sólo era permitido si se trataba de alguna ceremonia y fuera necesario el ingerir bebidas embriagantes en la misma, también a los ancianos se les permitía esta bebida, si habían cumplido con sus obligaciones tribales.

Durante la colonia y en el México independiente, el alcoholismo continuó haciendo estragos sobre todo en las clases populares, y obviamente al igual que ahora ya era un factor preparante para las conductas antisociales, en la actualidad tiene demasiada difusión en los medios masivos de comunicación.

EL ALCOHOLISMO: "...Se define a esta alteración conductual como una enfermedad crónica, psíquica, somática, y psicósomática, que se manifiesta como un trastorno del comportamiento, caracterizado por el consumo de bebidas alcohólicas, que sobrepasa los hábitos admitidos y los usos sociales de la comunidad, que perjudica la salud del bebedor, o a su situación social y económica..."²² Cabe señalar que afortunadamente en el grupo de edad de siete a diecisiete años, la presencia de esta alteración es escasa y en su mayoría no conforman un verdadero alcoholismo, pues no se asocia a dependencia psicológica, abuso regular, imposibilidad de abstinencia y finalmente pérdida de todo control.

La trascendencia criminógena de esta enfermedad, es que en los países donde se ha generalizado el uso del alcohol, el etilismo es responsable de la mitad, incluso de las tres cuartas partes de los crímenes, de un gran número de suicidios, trastornos mentales, muertes, enfermedades, en general pobreza, depravación, abusos sexuales, enfermedades venéreas y disolución de la familia.

Hablando de otro factor exógeno como lo es la DROGADICCIÓN, diremos que el diccionario enciclopédico océano uno, la define como; "...Dependencia psicológica y fisiológica de un individuo

²² TOCAVEN GARCIA, Roberto, MEJORES INFRACTORES. Ed. Porrúa, S. A. México 1993, pág. 50.

respecto a la droga. (Drogadicto o Drogadicta)...” 33

El uso de las drogas es bastante remoto, ya que al parecer desde que el hombre apareció, se dio cuenta que determinadas sustancias producían euforia, o bien un efecto narcótico, sin embargo su uso no era generalizado. Se empleaba en sus rituales, o localizando en grupos que tenían condiciones más miserables.

Actualmente además del alcohol, las drogas que presentan un riesgo grave para la salud son la marihuana, la heroína y la cocaína. El empleo de las drogas fomenta la prostitución, influye en los accidentes automovilísticos, y obviamente a las conductas desviadas de los menores que son llamadas conductas antisociales afectando de manera individual y colectiva.

También la drogadicción ha sido llamada Farmacodependencia, y aproximadamente desde hace unos doce años, este mal afecta a estudiantes de educación media y Universitarios y en ocasiones hasta niños de educación elemental. El uso, abuso y la dependencia de drogas o fármacos en los menores constituye una seria preocupación ya que destruyen el patrón físico y emocional de los consumidores, perdiendo la capacidad de juicio y voluntad, proyectando al drogadicto a farmacodependiente a un actuar perverso dentro de la sociedad.

33

DICCIONARIO. OCEANO UNO, Enciclopédico (ilustrado).
Edición 1994.

Otro factor exógeno viene siendo la FAMILIA, hablando del área social diremos que existen múltiples factores que influyen marcada y negativamente en el desarrollo conductual del niño y el adolescente. Circunstancias que la mayoría de las veces, obedecen a influencias socioculturales que contemplamos y cuyas circunstancias lesiona y entorpece el desarrollo de la vida de los menores y los proyecta a conductas inadecuadas. Entre los núcleos propiciadores de estos hechos tenemos la familia.

A la familia se le define como: "...la base y estructura fundamental de la sociedad, y porque en ella se realizan los más altos valores de la convivencia humana. Es la unidad básica de desarrollo y experiencia, de realización y fracaso y también la unidad básica de la enfermedad y la salud..."³⁴

La tarea de la familia es socializar al niño y fomentar el desarrollo de su identidad. Si existe una familiar con padres físicamente sanos, es lógico esperar un niño sano físicamente, pero si, psicológicamente los padres muestran alteraciones neuróticas, tanto el niño, como el ambiente familiar van a estar sometidos a agresiones emocionales que, en su momento dado, van a modificar en forma negativa, la personalidad del niño y la estructura y clima emocional de la familia.

³⁴

Cuando en el seno familiar no existen los elementos físicos y psíquicos que favorezcan al menor para un ambiente sano en su desarrollo, éste por lo general se proyecta en una conducta antisocial y delictiva. En la familia se modela el sentido de responsabilidad que debe tener el individuo por el bienestar de otro.

LA SOCIEDAD: Es otro de los factores sociales que influyen en el comportamiento de los menores, ya que se encarga entre otras cosas fomentar el desarrollo de la personalidad, facilitar en lo posible el logro de la felicidad, promover y defender los valores humanos y culturales, podemos decir que estas funciones son las más conocidas y valoradas tradicionalmente, pero podríamos hablar de otra más que viene siendo la capacidad que toda sociedad debe tener de amparar y proteger al hombre en su fundamental necesidad de cobijo emocional. De dichos cometidos, sólo nos interesa aludir en esta ocasión a la influencia del mundo social con sus factores ambientales sobre el desarrollo de la personalidad del adolescente.

"...En este sentido -- el ambiente social inicia su influencia sobre el joven mucho antes de que termine o madure su desarrollo corporal y mental y continúa y persiste su intervención de manera permanente sobre su personalidad..."³⁹

³⁹ **TOCAVEN GARCIA, Roberto, ELEMENTOS DE CRIMINOLOGIA INFANTO-JUVENIL, Ed. Porrúa, S. A. México, 1991, pág. 72**

La sociedad representa para el joven el segundo mundo después de la familia, en el que va a vivir y del cual ha de recibir influencias para el cabal desarrollo de su personalidad y con el que ha de enfrentarse, chocar y penetrar para convertirse finalmente en miembro constitutivo de ella. Este segundo aspecto de incorporación violento o suave de la generación juvenil en la sociedad es el terreno donde se lleva a cabo el fenómeno de la conducta infractora y sus equivalentes. El mundo social, lo mismo que el familiar, actúa sobre la conformación de los jóvenes mediante dos tipos de comunicación: Una verbal y otro paraverbal la primera se halla representada por los métodos educativos, es decir por las normas pedagógicas de orden técnico y profesional, la segunda corresponde a los influjos que indirecta, involuntariamente e imperceptiblemente la sociedad va depositando en la mente del niño y el joven a través de las pautas de la vida, conductas y costumbres de los mayores a los que se considera como modelos o ejemplos, por la peculiar manera de ser de la sociedad en que se desenvuelve el adolescente.

Además de los factores ya referidos ahora citaremos el lugar donde radica, pero este trabajo nos referiremos a la CIUDAD por ello diremos que el medio urbano es indudablemente una influencia criminógena determinante, en primer lugar donde en él la sociedad humana alcanza mayor densidad, y por cuanto a esto sucede, según el doctor Quiroz Cuarón, los servicios a la comunidad se

enrarecen o encarecen, apareciendo como respuesta la corrupción y la antisocialidad.

"...Asimismo esta característica citadina propicia mayores oportunidades para la impunidad del infractor y para la comisión de los hechos antisociales sobre todo contra la propiedad, ya que los estímulos que brinda el dinero se viven con mayor urgencia y la difusión o comunicación de ideas despierta necesidades artificiales..."²⁶. El medio urbano o sea las ciudades tienen influencia criminógena para que los adolescentes realicen conductas antisociales.

Pero además del medio urbano también tenemos el lugar donde se habita o sea donde se vive, en este caso viene siendo la vivienda, las condiciones de la habitación y sus características si tienen determinada influencia en la antisocialidad.

Lo que se conoce como vecindades y conjuntos habitacionales en los que se hacían numerosas familias, a veces promiscuamente consideramos que son verdaderas incubadoras de delitos. Los menores llegan a convivir ahí con la prostituta clandestina, el borracho consuetudinario, el padre o la madre crueles, con vecinas que riñen y se injurian en medio de grupos de curiosos y demás casos que llegan a suceder. En este medio el niño encuentra a sus iguales y con base a su necesidad social se

²⁶ **Ibid.** pág. 81.

organiza fácilmente la pandilla, donde los conflictos personales les proporcionan un sentimiento de cohesión y una dirección a lo antisocial. Como hemos visto la VIVIENDA, también es un factor exógeno que contribuye a las conductas antisociales.

Y podemos seguir enumerando más factores como las malas amistades, donde el niño o adolescente, se vuelve infractor o antisocial al aprender y hacer suyas las maneras incorrectas de las malas amistades y al ver como los adultos fuertes y poderosos infringen la ley. Así los menores con carencias familiares y educativas entran en contacto con más frecuencia con personal que tienen mayor edad, de claras actitudes antisociales, de quienes aprenden a rechazar los principios legales y adquieren la habilidad en la infracción de la norma, de esta manera es como el niño o el adolescente experimenta más elementos en favor del delito que en contra de él y tarde o temprano se convertirá en un antisocial.

Siguiendo con los factores exógenos ahora nos referiremos a los medios de difusión, pues nos hemos dado cuenta que la comunicación, cualquiera que sea su técnica que se use, constituye el vehículo más importante para difundir ejemplos e ideas.

"...El medio social y familiar como caja de resonancia recoge la publicidad que reciben los delitos que asombran o

conmueven a la comunidad, ya sea por la atrocidad y truculencia de los hechos, ya sea por el nivel social de la víctima o por lo destacado y conocido que el delincuente resulte ser..." 37

En nuestra comunidad ocurre siempre que cuando el delincuente burla a la policía lo convertimos en héroe, ya que éste desafía a los jueces y hasta la muerte, al ver esto el niño o adolescente trata de imitarlo.

Continuando con otros factores exógenos, ahora citaremos el CINE, EL TEATRO Y LA COMUNICACION ESCRITA, en el primero nos damos cuenta que es un espectáculo popular, los actores de cine se familiarizan con el gran público que asiste debido al bajo costo, tratan de imitarlos en su manera de actuar y la presencia real arrastra multitudes tras estos actores. Por lo general aparecen en pantalla gánsters, tahúres, prostitutas y en la mayor de las veces los espectadores jóvenes captan como una realidad a imitar formándose una especie de escuela estas salas de cine, estos adolescentes se inclinan por las conductas desviadas o antisociales tratando de interpretar a algún personaje cinematográfico obviamente del hampa, y es así como se inician en los delitos.

"...El teatro a través de su devenir histórico ha sido reconocido como método recreativo de gran influencia cultural,

³⁷ **Ibid.** pág. 82.

constituyendo un eficaz instrumento que actúa sobre las conciencias; pero cuando este medio, como ha ocurrido de tiempo atrás a la fecha, sólo proyecta violencia, pasiones desviadas y sexo en dimensión pornográfica, se convierte en mal ejemplo y obstáculo para el progreso cultural..." "

Por lo que se refiere a la comunicación escrita, aquí se necesita estar alfabetizado, a diferencia del cine y el teatro, que sólo se valen de la vista y el oído y no requieren otra capacidad. En el periodismo existe el sensacionalismo y amarillismo como medio para atraer a los lectores. Una prueba de esto es la amplia difusión que tiene la llamada nota roja, que no es otra cosa que información de crímenes y sucesos policíacos, nacionales o extranjeros generalmente truculentos. Opinamos que la información que dan los periódicos de hechos criminales no son una necesidad para el interés colectivo; pero atrae a las personas por la morbosidad de éstas, pues despiertan la curiosidad malsana de los actos delictivos contra las personas especialmente los pasionales y demás hechos sangrientos. Por tal motivo consideramos que daña este tipo de publicaciones que ampara su difusión en la libertad de expresión, el daño se refleja cuando envenena a la juventud, pervierte a la niñez y deforma o contribuye a la degradación de personas que sin una sólida formación se dejan arrastrar por los malos ejemplos que se reflejan en las publicaciones sensacionalistas y amarillistas.

Con todo lo antes expuesto tratamos de dar una idea respecto a los factores tanto exógenos que influyen en la realización de conductas antisociales en los adolescentes, todo de acuerdo a los estudios de la Criminología que como ya hemos citado es la que se encarga de estudiar las conductas antisociales.

D. DELINCUENCIA DE MENORES.

Ahora nos ocuparemos de un tema que es de gran importancia en nuestro país, debido a los altos índices de criminalidad que se viven en estos días, probablemente a consecuencia de la crisis económica; social y hasta política. A diario aparecen noticias en la televisión; radio y medios de comunicación escrita, donde nos enteramos de diversos sucesos ocurridos en nuestra ciudad o en alguna otra de la República, nos informan de los delitos cometidos por personas adultas, pero también por menores de edad, aparentemente no conmueven al espectador, radio escucha o lector, porque además de estas notas también aparecen otras con más sensacionalismo como las marchas de los grupos políticos, detenciones de personajes de la política, caídas y alzas de la bolsa de valores, juegos de fútbol de la selección nacional entre otras.

Pero lo cierto es que la DELINCUENCIA DE MENORES aumenta a diario y tal parece que nadie se preocupa para frenarla, ya que pueden reformar códigos, crear reglamentos o nuevas leyes, pero

en el fondo no se ve una solución clara a este problema. En páginas anteriores hemos citado algunos de los factores que contribuyen para que los menores de edad cometan conductas antisociales, pero tal parece que la criminalidad evoluciona y las medidas para su combate no trascienden o no se hacen notar ya que el número de delincuentes aumenta día con día, y lo peor es que se trata de personas que anteriormente no realizaban este tipo de conductas. Esta extensión criminal la encontramos, principalmente, en la delincuencia infantil y juvenil. Recordando lo que afirmaban los maestros italianos en el sentido de que la criminalidad no desaparece, sino que sólo se transforma, lo cierto es que la delincuencia tiende a evolucionar y en este mundo tan complejo y cambiante, nacen actitudes y actividades antisociales desconocidas con anterioridad.

"...Ante la aparición de nuevas formas de criminalidad, así como del surgimiento de modalidades y técnicas de ejecución modernas, antes ignoradas, la moderna Criminología se ve obligada a dedicarse a su estudio, implicando esto un cambio en cuanto a la metodología y a algunas estructuras tradicionales..." "

"...La criminalidad es cada vez más precoz, las edades de iniciación en el crimen tienen una tendencia a disminuir, de

" RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, **CRIMINOLOGÍA**, 8ª ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. pág. 503

manera que cada vez tendremos delincuentes más jóvenes..."⁴⁰

De acuerdo a la opinión del profesor Rodríguez Manzanera al parecer los países con mayor desarrollo económico padecen en mayor magnitud el problema de la delincuencia juvenil.

En los países latinoamericanos, cuya tasa de crecimiento es superior al 3% anual, la disminución de las edades trae consigo un aumento de menores de edad, lógicamente de la delincuencia de menores, esto es que al haber más menores, habrá más delincuencia de estos. Crímenes que antes eran cometidos solamente por adultos ahora se ven cometidos también por jóvenes, y en delitos que eran cometidos por lo general por jóvenes ahora intervienen hasta niños.

Respecto a los hechos antisociales cometidos por menores de edad ahora tienen características fundamentalmente violentas, la más notable es la del vandalismo, que se presenta por grupos, en ocasiones muy numerosos, de adolescentes que destruyen cosas y agreden a personas, en forma espontánea y sin motivo alguno.

Anteriormente los niños y jóvenes reñían en forma individual y a puñetazos, ahora agreden en forma colectiva y con instrumentos contundentes como cadenas o manoplas, así como instrumentos punzo-cortantes como navajas o similares y aumentan

⁴⁰ Ibid. pág. 504.

las agresiones con armas de fuego.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, también nos habla acerca de los menores infractores, comenta que después de un proceso repetitivo y lento en torno a los menores infractores, las leyes vigentes en general, en la República Mexicana, concluyeron desde hace tiempo, que es el estado quien lejos de implementar medidas de carácter punitivo en contra de los menores, debe llevar a cabo una función de substitución paterna, ejerciendo en otros términos, actividades del orden tutelar. Ya en páginas anteriores quedó establecido que la mayor edad penal es a los dieciocho años, por tal motivo todo aquel que no ha cumplido dieciocho años, sigue siendo menor de edad para la Ley penal, con las excepciones de algunos códigos que establecen la mayor edad a los dieciséis y diecisiete años, con lo antes dicho queda establecido que mientras no sean mayores de edad, el Estado se encargará de tutelar las conductas de estos menores y aunque en las leyes penales se encuentren tipificados como delitos las conductas realizadas por estos menores, nunca se les aplicará dicha Ley y sólo serán objeto de medidas tutelares, actualmente se aplica la Ley Federal para el tratamiento de menores infractores.

"...La edad es el punto de partida para determinar si el Estado entra, o no, al ejercicio de la función antes indicada y aunque ésta ha sido variable, a través del tiempo hasta ampliarse

al máximo de dieciocho años, ello nos lleva a considerar que, quienes no la hayan cumplido, quedan exentos del procedimiento común y corriente que sigue para los que se ubican dentro de hipótesis de Derecho Penal..."⁴¹

1. EN EL FUERO FEDERAL

Primeramente diremos que en el derecho procesal mexicano se utiliza la voz fuero como sinónimo de competencia, por tal razón hablaremos de los delitos de competencia federal, en donde se relacionan a menores de edad.

En nuestro medio jurídico es frecuente que se confundan los términos jurisdicción y competencia, siendo que la primera es la facultad de resolver un litigio y la segunda los límites de esa facultad. De igual manera se habla de fuero como sinónimo de jurisdicción.

Históricamente la palabra fuero viene del vocablo latino forum que significa recinto sin edificar, plaza pública, vida pública y judicial, por extensión así se le denomina al sitio donde se administra justicia, al local del tribunal.

Actualmente existe un código penal, para el Distrito Federal

⁴¹ COLIN SANCHEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 13^o ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1992. pág. 685.

en materia común y para toda la República en materia federal por tal razón podemos decir que en MATERIA FEDERAL, la mayor edad penal se adquiere al cumplir los dieciocho años, por el mismo motivo cuando un menor de dieciocho años, cometa una conducta que se encuentre tipificada como delito en el código penal en Materia Federal, será canalizado al consejo tutelar, de acuerdo con la Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

El artículo 4 de la Ley antes mencionada dice "Se crea el consejo de menores como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, el cual contará con autonomía técnica y tendrá a su cargo la aplicación de las disposiciones de la presente Ley.

Respecto de los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales, podrán conocer los consejos o tribunales locales para menores del lugar donde se hubieren realizado, conforme a los convenios que al efecto celebren la Federación y los gobiernos de los Estados.

Se promoverá que en todo lo relativo al procedimiento, medidas de orientación de protección y de tratamiento, los consejos y tribunales para menores de cada Entidad Federativa se ajusten a lo previsto en la presente Ley, conforme a las reglas

de competencia establecidas en la Ley local respectiva".

"...De acuerdo al análisis hecho por Roberto Tocavén, este ordenamiento fija su competencia para los mayores de once años y menores de 18, señalando que los menores de once años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores públicos, social y privado que se ocupan de esta materia..."⁴²

Lo anteriormente citado lo encontramos en el artículo 60. ya que este artículo se refiere a la competencia de los consejos de menores y efectivamente se refiere a los mayores de 11 años y menores de dieciocho años, como atinadamente lo ha manifestado Roberto Tocavén.

Como puede notarse en materia Federal, no existe la delincuencia de menores, ya que se consideran únicamente infractores y son sujetos de medidas tutelares por parte del Estado, quedando fuera del Derecho Penal.

Lo que podemos agregar es que si existen conductas antisociales por parte de menores de dieciocho años, como es la participación en el tráfico de drogas, tráfico de armas, terrorismo con armas de fuego y explosivos, pero lo más frecuente

⁴² **TOCAVEN GARCIA, Roberto, MENORES INFRACTORES. Ed. Porrúa, S. A. México 1993. pág. 1**

es en las modalidades de los delitos contra la salud.

¿Por qué no existen delincuentes en el fuero Federal, respecto a menores de dieciocho años? simplemente porque son INIMPUTABLES, precisamente el tema de la inimputabilidad es el que nos interesa en esta investigación, de la cual más adelante hablaremos con mayor amplitud. Pero queremos dejar claro que sólo nos estamos refiriendo a la minoría de edad como causa de inimputabilidad, dejando al margen las demás contempladas en nuestra legislación.

2. EN EL FUERO COMUN.

Al igual que en el Fuero Federal, por regla general la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años cumplidos, pero aquí existen excepciones ya que como anteriormente se ha citado, algunos Estados de la República, establecen la mayor edad a los dieciséis años o diecisiete años cumplidos, por tal situación podemos decir que probablemente si estos códigos en materia penal están debidamente fundados y motivados para establecer este precepto legal, o sea diferir de la mayoría de los códigos respecto a la mayor edad penal; entonces estaremos en la hipótesis de que en materia común sí existe la DELINCUENCIA DE MENORES, puesto que se les estará aplicando la ley penal, sin haber adquirido o cumplido los dieciocho años de edad, como ya lo habíamos analizado en el inciso relativo a la mayoría de edad en

el sistema jurídico mexicano.

Pero si consideramos que no debería existir esa variación de criterios para establecer la mayor edad en el sistema jurídico mexicano, volveríamos a citar la misma afirmación de que en el Fuero Común no existe la Delincuencia de menores, y únicamente se dan conductas antisociales que por medio de medidas tutelares por parte del Estado regulan estas desviaciones de menores tal como lo indica la Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, consideramos que en materia común cada Entidad cuenta con su Ley o Reglamento para sancionar las conductas antisociales de los menores de dieciocho años, y únicamente en los Estados que se contempla la mayor edad penal a los dieciséis o diecisiete años, tendrán que ser sometidos estos menores de dieciocho años a las medidas que la Ley Penal establezca, nuestra opinión es que se unifiquen los criterios y que sólo sea considerada mayor edad, los dieciocho años cumplidos, esto por lo que toca a la ley penal.

Por lo antes dicho, también sugerimos que se unifique un criterio generalizado para las medidas tutelares, de lo contrario se corre el riesgo de que un individuo que por ser menor de edad en el Distrito Federal, será considerado inimputable, y saliendo en cuestión de algún viaje por parte del colegio o preparatoria donde se instruya, a un Estado de la República donde la mayor

edad se adquiere a los dieciséis años, y este individuo que precisamente en ese inter cumple dieciséis años y por negligencia o falta de precaución comete una conducta antisocial considerada como delito, será sometido por ese evento a las leyes penales de dicha Entidad.

Pero si esa misma conducta la hubiese cometido en el Distrito Federal, únicamente se le aplicaría la medida tutelar que para el caso se ameritara. Este tipo de situaciones aparentemente suenan hipotéticas, pero llegado el momento cualquier familiar conocido o un simple vecino puede resultar afectado con este tipo de incongruencias.

Volviendo al tema central de este trabajo consideramos que si la mayor edad debe ser a los dieciocho años cumplidos, tampoco debe existir delincuencia de menores en el fuero común, únicamente existirán menores infractores. Mismos que pueden ser tratados para su adaptación social, como lo provee el artículo primero de la Ley para el tratamiento de menores infractores, previamente mencionada.

3. EN EL FUERO MILITAR

En este punto trataremos, en forma general, respecto de la delincuencia de menores en el fuero militar y para empezar, diremos que gozan del fuero militar criminal, o lo que es lo

mismo tienen derecho a sufrir la prisión preventiva y a extinguir las condenas en los locales y en las condiciones que en su oportunidad se expondrán:

Los militares en servicio activo, de conformidad con el artículo 138 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, que a la letra dice:

"ARTICULO 138.- El Activo, del Ejército y Fuerza Aérea, estará constituido por el personal militar que se encuentre:

- I. Encuadrado, agregado o comisionado en Unidades, Dependencias e Instalaciones militares;
- II. A disposición de la Secretaría de la Defensa Nacional;
- III. Con licencia;
- IV. Hospitalizado;
- V. Sujeto a Proceso; y
- VI. Compurgando una sentencia.

Ahora bien, el fuero de guerra dentro de su concepto de jurisdicción o potestad, ha sido definida como la que se ejerce

por los jueces, tribunales y autoridades del ejército sobre los negocios y causas que les atribuyen las leyes, sobre los militares.

En otras palabras, en un ejército, la exactitud de la disciplina descansa enteramente en la pronta defensa de los soldados, los cuales nunca son tan dóciles como deben, sino en cuanto ven en el jefe que los manda ante un juez que puede castigarlos, y que no hay medio de eludir el castigo ni intervalo alguno entre este y la falta. Además para juzgar con el necesario conocimiento de delitos de esta especie, hace falta ser perito en la profesión, y únicamente los militares son los que se hallan en estado de formar un juicio pronto e ilustrado en todo lo concerniente a la disciplina.

La justificación del fuero de guerra está impuesto por duras circunstancias de la fuerza, por la oportunidad y el riesgo, y no puede esperarse la acción de los tribunales ordinarios, generalmente lenta y plagada de burocratismo para reprimir ciertos actos que los Códigos Militares califican como infracciones a las leyes castrenses. No es posible pensar en que los hombres y las cosas que están sometidas a un régimen de emergencia, especial y excepcional, se substraigan a la justicia de tribunales que son también especiales y a circunstancias excepcionales, para operar como si se tratase de la rutina civil.

Cabe precisar, desde este momento, que en este fuero, si es posible hablar de delincuencia de menores, lo que no es posible en los fueron común y federal, en virtud de que las mismas leyes penales los excluyen, por considerárseles inimputables, como lo analizaremos en el capítulo siguiente.

A manera de introducción, al tema central de esta tesis, citaremos el artículo 153 del Código de Justicia Militar de 1934, aplicable en la actualidad, que nos señala la aplicación de penas a los menores de dieciocho años, mismo que en temas subsecuentes se analizará, para la obtención de la conclusión final; y que a la letra dice:

"Los menores de dieciocho años que por cualquier causa estuvieren prestando sus servicios en el ejército, serán castigados con la mitad de las penas corporales señaladas en la presente ley, respecto del delito cometido".

Asimismo, el artículo 154, prescribe: "A los alumnos de los establecimientos de educación militar se les aplicarán las penas en la misma proporción establecida en el artículo anterior.

Como se verá en su oportunidad, en el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en la actualidad, existen menores de edad, en los términos ya señalados en temas anteriores, tanto en servicio en las Unidades, Dependencias e Instalaciones, como en los

establecimientos de Educación Militar, y en consecuencia por encontrarse bajo la jurisdicción del fuero militar, se les aplican las disposiciones contenidas en el Código Penal, donde se les considera imputables penalmente, por lo cual entraremos al estudio de los elementos del delito, para poder establecer si los menores de edad que se encuentran en el servicio militar voluntario, son susceptibles de considerarse imputables e inimputables, conforme a la Teoría del Delito.

CAPITULO II

TEORIA GENERAL DEL DELITO Y LOS DELITOS

MILITARES

A. DEFINICION DEL DELITO.

Para comenzar el estudio de la teoría del delito, consideramos que es necesario citar las palabras del profesor Eduardo López Betancourt; "...La teoría del delito es una parte de la ciencia del Derecho Penal, comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo..."¹³

En la actualidad existen tratados relativos al estudio del delito, pero no existe hasta la fecha una definición universal de éste. Volviendo a los antes comentado la teoría del delito está considerada como la parte medular del Derecho Penal, por ello todo aquél que haya decidido ser abogado penalista debe conocerla para adentrarse en el conocimiento de los ilícitos, ya que conocer la teoría del delito sirve para entender la naturaleza jurídica y los aspectos que conforman al delito.

Anteriormente se estudiaba al delito como un ente

¹³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORIA DEL DELITO. Ed. Porrúa, S. A. México 1994, pág. 3.

monolítico, el cual sólo se identificaba con lo contrario al derecho, refiriéndose a lo antijurídico, pero estudios realizados por eminentes estudiosos del Derecho Penal, lograron perfeccionar los estudios ya existentes, entre estos investigadores podemos citar a Luis Jiménez de Asúa, Eugenio Cuello Calón, Edmundo Mezger y Celestino Porte Petit.

Respecto a la teoría del delito existen varios estudios como ya lo hemos mencionado, Zaffaroni dice "...La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en caso concreto..." "

Lo anterior significa que la teoría del delito no se encargará de estudiar a cada delito en particular, sino las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un ilícito. Y las partes o elementos de los hechos delictivos vienen siendo: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad y sus elementos negativos que vendrían a ser: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias respectivamente, todo esto con el fin de establecer cuando se le podrá imputar un

" ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **MANUAL DE DERECHO PENAL**. Parte General, 2° ed. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, pág. 333

hecho delictivo a un sujeto. Lo antes comentado es de acuerdo al punto de vista del citado Zaffaroni, ya que como lo hemos dicho existen otras opiniones al respecto.

Ahora nos referiremos precisamente a la definición del delito. La palabra delito deriva del verbo latino DELINQUERE, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Como ya hemos mencionado no existe una definición universal respecto al delito, que sea útil en todos los tiempos y lugares, y se debe a que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, ya que lo bueno en un pueblo podrá considerarse malo en otro, y lo mismo en una época un hecho puede considerarse como delito y en otra puede no serlo.

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí aludiremos a la de Francisco Carrara, siendo éste el principal exponente de la Escuela Clásica, según éste delito es: LA INFRACCION DE LA LEY DEL ESTADO, PROMULGADA PARA PROTEGER LA SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS, RESULTANTE DE UN ACTO EXTERNO DEL HOMBRE, POSITIVO O NEGATIVO, MORALMENTE IMPUTABLE Y POLITICAMENTE DAÑOSO. Para este clásico el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho. Carrara considera

que el hombre es el único agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones, la infracción debe ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo. Estima el acto o la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.

Por otra parte tenemos la definición de Rafael Garófalo, considerado como el sabio jurista del positivismo y éste, define el delito natural como LA VIOLACION DE LOS SENTIMIENTOS ALTRUISTAS DE PROVIDA Y DE PIEDAD, EN LA MEDIDA MEDIA INDISPENSABLE PARA LA ADAPTACION DEL INDIVIDUO A LA COLECTIVIDAD. Esta definición corresponde a la noción sociológica y pretendió demostrar a través del positivismo que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

Para Franz Von Liszt el delito es un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.

Para Ernesto Von Beling, delito es la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad.

Edmundo Mezger, lo define como una acción típicamente

antijurídica y culpable, concepto al que se adhiere Carlos Fontán Balestra.

Max Ernesto Mayer, define al delito como un acontecimiento típico, antijurídico e imputable; pero además de estas definiciones tenemos aun más de otros tratadistas, bien de la Escuela Clásica o Escuela Positiva, con sus respectivos exponentes y diversas opiniones.

Bien, ahora nos referiremos a Jiménez de Asúa, quien define al delito como: "...Un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción..." "

Por último nos referiremos a la definición que cita el código penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal, que dice "Artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". En la actualidad, el segundo párrafo dice "En los delitos de Resultado material será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado

" JIMENEZ DE ASUA, Luis, LA LEY Y EL DELITO, 2ª ed. Ed. Hermes, Buenos Aires Argentina, 1954, pág. 223

de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Este párrafo fue modificado según el diario oficial de la federación de fecha 10 de enero de 1994.

La definición antes referida es la que contempla el Derecho positivo, pero por regla general en todas las definiciones apreciamos que debe haber una conducta antisocial y una pena para esta forma de actuar. Todas las definiciones a que hemos hecho referencia expresan el pensamiento de cada tratadista, pero como se dijo ya en páginas anteriores aún no existe una definición universal.

La teoría del delito tiene dos enfoques, de manera superficial haremos referencia de la teoría causalista y la finalista, para comenzar diremos que la acción es un aspecto del delito y según Jescheck; "...Es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad) como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delito de resultado)..." "

Esta teoría trata a la acción como factor causal del

" JESCHECK, Hans-Heinrich, TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General, 3ª ed. Ed. Bosch, Barcelona España 1978, volumen I, pág. 292

resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla, de la acción sólo importa si el comportamiento movido por la voluntad causó el resultado y no así, si la voluntad iba dirigida a éste.

Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta.

La acción se le considera como un hacer voluntario, pero en dicha acción voluntaria no existe contenido. No se contempla el actuar lleno de sentido, sino la simple producción de dicha actuación referida al mundo exterior, a la que los causalistas llaman resultado. La culpabilidad es el nexo causal que une al sujeto con su acto, considerando que el sujeto tiene la intención de realizar el hecho delictivo.

Para la teoría causal, la acción es una inervación muscular siguiendo al ya mencionado Zaffaroni, "...Esta inervación muscular, es un movimiento voluntario -no reflejo-, pero en el que carece de importancia o prescinde del fin a que esa voluntad se dirige. Dentro de este concepto había una acción homicida si un sujeto disparaba sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin que sea necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo, porque esa finalidad no pertenecía a la

conducta. Dicho en otros términos; acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado..." 47

Para la teoría finalista, la acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos. Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y este es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer un ilícito, el propósito de llegar a un resultado.

Los seguidores de la teoría finalista opinan que la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo exterior. Para éstos la acción es un comportamiento anticipado mentalmente, de carácter consciente.

47

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Ob. Cit. págs. 369 y 370.

Por lo que se refiere a los delitos de imprudencia, ésta consiste: "...en la ejecución descuidada de la acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución, no es precisamente momento alguno de su finalidad. La infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse sólo a la vista del resultado que había que evitar, el cual se halla en el hecho imprudente precisamente fuera de la relación final..." "

Consideran los finalistas que si la conducta siempre tiene una finalidad, al no tomarla en consideración, no se está tomando en cuenta a la conducta, sino a un proceso causal.

Nos dice el profesor López Betancourt que: "...Debemos distinguir a las teorías causalista y finalista de la acción, en virtud a que a la primera, considera a la acción como un producto causal y mecánico; en cambio la segunda determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido..." "

Existen otras opiniones de grandes tratadistas respecto a las corrientes antes referidas, pero para nosotros sería demasiado difícil reunir todas estas expresiones y considerando que la mayoría de estas coinciden hemos tocado de manera

" JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. Cit. pág. 294

" LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. Cit. pág. 8

superficial estas dos teorías ya que no es nuestra intención demostrar cual de estas debe aplicarse en el derecho positivo. Ya que nuestra intención fue dar a conocer las diferentes definiciones del delito.

Para concluir diremos que en derecho penal, al delito se le considera como la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal. Y respecto a la palabra definición de acuerdo al diccionario enciclopédico océano uno, significa: proposición que expone los caracteres de una cosa en este caso, serían los del delito.

B. CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO.

Ya en páginas anteriores hablamos de la definición del delito ahora nos referiremos al concepto jurídico del delito. El profesor Fernando Castellanos Tena, en su libro denominado Lineamientos Elementales del Derecho Penal, comienza diciendo al respecto; "...La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras..."⁸⁰

⁸⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. pág. 128

Si por concepto entendemos de manera filosófica la representación simbólica de una idea abstracta y general, debemos buscar esto en el derecho penal, para poder llegar a formar un concepto jurídico del delito, para tal efecto citaremos las opiniones de algunos autores que a continuación mencionaremos.

Ignacio Villalobos dice; "...Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuricidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar por su análisis todos sus aspectos o especies..."

"

Ahora bien para algunos autores la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva, y esto es mediante una

" Citado. por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. pág. 128.

amenaza de una pena para la acción u omisión de ciertos actos, ya que si no existe una ley que sancione una conducta ilícita no será posible hablar de la existencia de un delito.

Cuando los estudiosos del derecho casi dejan en el olvido el positivismo, volvieron los ojos a la dogmática, único camino eficaz para encontrar y elaborar una verdadera teoría jurídica del delito, por ello se ha dicho que un concepto substancial sólo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico penal.

Por lo antes mencionado tenemos que del total ordenamiento jurídico penal, se desprende que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, formándose un criterio pentatómico, puesto que se consideran cinco elementos integrantes del delito, que vienen siendo; a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuricidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad.

Lo antes dicho no significa que deben ser cinco en forma definitiva los elementos que integren la concepción del delito, podría hablarse incluso de dos, de tres, cuatro, cinco, seis o más; la razón es de acuerdo a los autores que se encargan del estudio.

Según Jiménez Huerta, en la definición del artículo 7 del

código penal para el Distrito Federal ya citado con anterioridad se encuentra implícito el elemento culpabilidad, formulado en el artículo 8 cuando precisa que los delitos pueden ser intencionales, no intencionales o de imprudencia, en la actualidad ya ha sido reformado y el artículo 8 dice "Artículo 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente". Modificaciones según el Diario Oficial de la Federación de fecha diez de enero de 1994.

El autor antes referido opina de la siguiente manera "...El carácter antijurídico de dicho acto u omisión está también inscrito en la fórmula sintética de la ley, por ser igualmente un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado de contrario al Derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual..." ²²

En el comentario antes citado Jiménez Huerta nos habla de un hecho donde no puede existir el delito pues carece de un elemento conceptual que es la antijuricidad. Por tal razón no contradice al derecho y por lo mismo no puede ser sancionado dicho acto u

²² JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, LA ANTIJURICIDAD. Ed. Porrúa, S.A. México 1952. págs. 123 y 124.

omisión.

Por último nos referiremos a las concepciones totalizadoras y analítica del delito, y se trata de dos corrientes opuestas que pretenden establecer el criterio privatista de estudio del delito; la totalizadora o unitaria ve en él un bloque monolítico imposible de incidir en elementos, dice que el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia. La concepción analítica o atomizadora lo estudia a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

Más adelante nos referiremos a todos los elementos del delito tanto en sus aspectos positivos como negativos y analizaremos aún más la concepción jurídica del delito.

C. ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS.

Ya hemos visto las definiciones que existen del delito, de igual forma el concepto de este, ahora entraremos al estudio de los elementos del delito y factores negativos del mismo. El Delito tiene diversos elementos que conforman un todo, por ello es necesario retomar nuevamente algunas definiciones y conceptos que se refieren al mismo; Max Ernesto Mayer lo define como ya se

ha citado en el inciso relativo a la definición; como un acontecimiento típico, antijurídico e imputable, también dijimos que Mezger lo considera como una acción típicamente antijurídica y culpable, podríamos continuar con más definiciones, pero citaremos el concepto substancial del delito obtenido dogmáticamente y que se refiere a cinco elementos que son: la conducta o hecho delictivo, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Para el profesor Castellanos Tena "...Los elementos esenciales del delito son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuricidad) y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Desde el punto de vista Cronológico, concurren a la vez todos los factores; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Más en un plano estrictamente lógico, procede observar inicialmente si hay conducta: Luego verificar su amoldamiento al tipo legal: Tipicidad: después de constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad: en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y

antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad..."⁵³

Como ya se ha dicho no existe prioridad temporal entre los factores integrantes del delito, pero sí una indiscutible prelación lógica, sin embargo es interesante hacer notar que cuando un sujeto decide cometer un delito, lógica y temporalmente se da primero la culpabilidad, esto a título doloso, precedida de la imputabilidad, después ejecuta el acto típico y antijurídico. Esto confirma la necesidad de hacer una revisión de diversas cuestiones del Derecho Penal, consideradas por los especialistas como definitivas, muchas de las cuales no poseen tal carácter.

Para continuar citaremos el comentario de Jiménez de Asúa, respecto a la definición del delito, para éste es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

De lo antes referido podemos decir que los elementos del delito, según su concepción positiva y negativa son los siguientes de acuerdo al autor antes citado:

POSITIVOS	NEGATIVOS
a) Conducta	a) Ausencia de conducta
b) Tipicidad	b) Ausencia de tipo

⁵³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. pág. 132

- | | |
|-----------------------------|---------------------------------------|
| c) Antijuricidad | c) Causas de justificación |
| d) Imputabilidad | d) Inimputabilidad |
| e) Culpabilidad | e) Inculpabilidad |
| f) Condicionalidad objetiva | f) Falta de condiciones
objetivas. |
| g) Punibilidad | g) Excusas absolutorias. |

Probablemente en los elementos del delito a que se ha hecho referencia existen algunos que no son esenciales, para nuestro estudio nos referiremos a los siguientes;

- 1.- LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.
- 2.- LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.
- 3.- LA ANTIJURICIDAD Y SUS CAUSAS DE JUSTIFICACION.
- 4.- LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD.
- 5.- LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD.

1. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

Respecto a este primer punto comenzaremos por explicar en que consiste la conducta. Hemos visto que el primer elemento básico del delito es la conducta, y de acuerdo al profesor López Betancourt ésta se define "...Como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad

respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión..." "

Para la conducta se han utilizado varios sinónimos, según la definición de cada autor, y entre estos sinónimos tenemos el de hecho, acción, acto, entre otros, pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por tal situación es más conveniente denominarla conducta.

La conducta puede manifestarse por medio de la acción o de omisión y ésta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

Además para la conducta existen varias teorías que explican ésta, ya hemos hecho referencia a la causalista y finalista, ahora nos referiremos a la teoría de la acción sintomática, la cual tiene sus antecedentes en la escuela positivista y algunos seguidores de esta doctrina negaban al delito como entidad primordialmente jurídica para ellos sólo valían según el grado de peligrosidad del sujeto. Dicha teoría mediante la crítica de los dogmas psicológico y político, busca negar el fundamento de existencia a la acción combatiendo el criterio realista. Los autores de esta corriente explican que el concepto admitido del delito no puede responder a las exigencias de los modernos

pueblos de cultura más avanzada, primordialmente frente a la reincidencia y a los delincuentes habituales.

Los precursores de esta teoría presentan con sus ideas un punto de vista de prevención especial. Con esta corriente pretenden dar indicios o bases para la política legislativa del futuro para que tenga repercusión de los pueblos más modernos.

Los que se oponen a esta teoría, dicen que no se puede negar la conducta o acto como entidad primordialmente jurídica, y parte de los elementos del delito. La teoría sintomática al negar a la conducta como elemento fundamental del delito contradice al Derecho Positivo, o sea, al derecho vigente que establece acciones concretas reprochables, constitutivas de delitos.

Existen otras teorías llamadas de la acción dependiente de la imputabilidad, de la antijuricidad, o del tipo, las cuales niegan la independencia de la acción, afirman que sólo la imputable lo es. Para otros tratadistas la esencia de la acción es la juricidad y para otros lo primario es lo injusto y después la acción.

El profesor López Betancourt, comenta que Maggiore y Spirito consideran la primera posición, determinando que la acción depende la imputabilidad, negando su existencia propia como entidad jurídica del delito; por su parte Dohna opta por la

segunda opción explicando la dependencia de la acción a la antijuricidad; por último Sauer define la tercera teoría que considera lo primario como lo injusto y después la acción.

Las tres corrientes doctrinales a que hemos hecho referencia junto con la teoría sintomática niegan el valor de la acción o de la conducta como elemento del delito.

Existe una teoría de la acción cromática, la cual considera que se debe dar a la acción personalidad propia sin negar que puede soportar valoraciones insertándose en ella atributos jurídicos como antijuricidad y culpabilidad. Esta teoría se contrapone a las antes citadas.

"...La acción consiste en un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca; exige además de voluntad en el agente, una actividad corporal..." "

Lo anteriormente citado es el comentario del profesor Cuello Calón, pero en nuestro Derecho Positivo Mexicano se encuentran estos actos entendiéndose a la acción como el aspecto positivo y a la omisión como el aspecto negativo.

Ya habíamos dicho que para Jiménez de Asúa, el primer

" CUELLO CALON, Eugenio, DERECHO PENAL, Parte General, Tomo I, 9ª ed. Ed. Nacional, México 1961, pág. 286.

carácter o características del delito es ser un acto, empleándose esta palabra en lugar de hecho, porque éste es todo un acontecimiento en la vida, que puede generarse por la mano del hombre o provocado por la naturaleza.

El acto sólo puede provenir de un sujeto dotado de voluntad y debido a ésta lo realiza. Entendiéndose que el acto realizado por un sujeto dotado de voluntad, no es otra cosa que la conducta humana voluntaria que produce un resultado. La Legislación Penal no se ocupa de todos los actos; únicamente de aquellos que se adecuan al tipo penal establecido en el ordenamiento jurídico, provocando o amenazando con provocar un cambio en el mundo exterior.

Continuando con los actos de los seres humanos, diremos que además de voluntarios también pueden ser involuntarios, los primeros o sea los voluntarios se refieren precisamente a la CONDUCTA, porque toda conducta debe ser voluntaria, si falta la voluntad NO HAY CONDUCTA.

Ricardo Abarca dice "...La acción en el Derecho Penal equivale a conducta humana y por lo tanto comprende tres elementos: 1.- Un querer interno en el agente; 2.- Una conducta corporal del mismo agente, y 3.- Un resultado externo..."⁸⁴

⁸⁴ **ABARCA, Ricardo, EL DERECHO PENAL MEXICANO. Ed. Cultura, México, 1990, pág. 337.**

Para Maggiore: "...Acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior..."⁹⁷

Para Jiménez de Asúa el acto es "...La manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se guardaba..."⁹⁸

Por todo lo antes manifestado podemos concluir que la conducta tiene tres elementos:

- 1) Un acto positivo o negativo (acción y omisión).
- 2) Un resultado.
- 3) Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer, negativo viene siendo la omisión, es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerlo.

⁹⁷ MAGGIORE, Giuseppe, DERECHO PENAL, Tomo I, 5ª ed. Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1989. pág. 309.

⁹⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 210.

La acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:

- a) Movimiento.
- b) Resultado.
- c) Relación de causalidad.

Ya hemos dicho que únicamente la persona humana es capaz de realizar conductas, y al Derecho Penal sólo le interesan éstas. El hombre puede ser sujeto activo del delito y punible a las sanciones penales, ya que es el único ser capaz de tener voluntad.

También nos hemos referido a la acción, la cual consiste en una actividad corporal externa, y el Derecho se ocupa sólo de estos actos, ya que los actos llamados espirituales, como los pensamientos, ideas o intenciones solas, no son sancionadas por el Derecho Positivo.

Refiriéndonos a la Conducta de acción, ésta se integra por un movimiento voluntario descrito en el tipo legal. En este tipo de delitos se viola siempre una norma prohibitiva. En la conducta hay un deber jurídico de abstenerse, y en los delitos de omisión existe el deber jurídico de actuar. El Derecho Penal

sólo le interesan las conductas prohibidas, descritas en la Ley.

Para Castellanos Tena "...La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito..." "

El sujeto de la conducta siempre será el hombre, pues sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, por tal situación el hombre es el único ser que puede ser el sujeto activo de las infracciones penales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dice al referirse a este tema "DENTRO DEL SIGNIFICADO DE LA CONDUCTA DEBE ENTENDERSE EL COMPORTAMIENTO CORPORAL VOLUNTARIO", esta referencia o definición no toma en cuenta el resultado, porque algunos consideran que el resultado no corresponde a este concepto, por no formar parte de la acción sino constituir su consecuencia.

Como hemos notado el primer elemento de la acción es el movimiento o actividad corporal, sin olvidar como precedente a la voluntad del sujeto, la que constituye el aspecto subjetivo de la acción. La voluntad es la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libremente y consecuentemente sus actos externos o internos.

" CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 149.

La voluntad se refiere al querer de la acción, por eso se entiende que existe una relación de causalidad, al presentarse un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, donde la voluntad va dirigida a la realización de la acción.

La parte externa de la acción viene siendo el movimiento corporal del sujeto activo; consiste en el cambio de posición del cuerpo o parte de él que realiza el activo, sin olvidar, que se necesita la existencia de la opción psíquico voluntad, y del elemento material movimiento, para que la conducta se configure en forma positiva, es decir conducta de acción.

Respecto a la acción podemos agregar que se realiza por una manifestación de voluntad, dirigida conforme a su esencia a un fin. Del ámbito de la acción se deben separar aquellas formas de conducta que no son producto de una voluntad rectora. No resultará excluida, por el contrario, la cualidad de acción, de una conducta que se presente como resultado de la manifestación no libre de la voluntad.

La voluntad de la acción es neutra valorativamente; constituye un proceso psicológico. Es pues también voluntario el proceso en el que, por coacción exterior o disposición interna, esto significa que no es libre de decisión volitiva. Los límites entre falta de acción y de atribuibilidad de una acción existente, no se puede trazar siempre con seguridad. Esto es que

existen situaciones en las que no se puede atribuir ciertas conductas a sujetos que han actuado en forma involuntaria o inconsciente, presentándose en estos casos la ausencia de conducta.

Siguiendo con el estudio de la conducta, ahora nos referiremos a una hipótesis relacionada con ésta, si hemos dicho que a toda conducta se le atribuye el elemento voluntad, entonces surge el problema con los delitos culposos, ya que en estos casos se supone que no existe el deseo de realizar la conducta delictiva.

Respecto a lo anterior, hemos encontrado que Zaffaroni se ha preocupado por analizar estas formas, para lo cual ha creado el concepto de estructura de la conducta mediante la anticipación "BIO-CIBERNETICA" en la que explica que "...no podemos hablar de elementos de la conducta como si ésta se compusiese de una suma de aquéllos, pero podemos considerar que el análisis aspectos de la conducta, y básicamente distinguir el aspecto interno del aspecto externo.

Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin (1) y la selección de los medios para su obtención (2). Siempre que proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin, para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad, para que se produzca el resultado

querido. En una selección no podemos menos que representarnos también los resultados concomitantes.

Terminada esta etapa, pasamos a la exteriorización de la conducta (aspecto externo), consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado. Ejemplo: Nos proponemos ir a París (1); nos representamos nuestra presencia en París y desde allí seleccionamos los medios para llegar a París (viajar por avión, por buque, etc.); también nos representamos los resultados concomitantes (por buque tardamos más tiempo y ello nos hará perder más días de trabajo) (2); como tercer etapa, ya en el mundo externo, ponemos en marcha la causalidad para llegar a París: tomamos el avión, el buque, etc... *o

Como hemos visto la Cibernética viene siendo un puente entre las ciencias, una de sus combinaciones es la combinación de las ciencias físicas con la biología, dando como resultado la ya mencionada BIO-CIBERNETICA, ésta ha sostenido que en toda conducta hay una programación a partir de una anticipación del resultado, indicando etapas como las mencionadas por el citado Zaffaroni.

Consideramos que de acuerdo a lo antes mencionado, respecto a los delitos culposos, significa que el sujeto activo de este

*o ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Ob. Cit. pág. 362.

tipo de conductas, no tenía la intención de obtener el resultado que hubo, ya que lo que éste planteó fue un resultado diferente y probablemente no típico, por ello la BIO-CIBERNETICA, da respuesta a este tipo de situaciones, puesto que anticipa el resultado, ya que el sujeto activo nunca quiere adecuarse a un tipo penal, pero al preparar su conducta el resultado obtenido es típico aunque no lo haya querido. En los delitos dolosos al momento de seleccionar la forma de actuar se hace contrariando lo que la Ley prohíbe.

Por lo que se refiere al resultado podemos decir que éste es la consecuencia de la acción y alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, pudiendo adecuarse al tipo descrito por la Ley, considerado como delito.

Ahora brevemente diremos que la relación de causalidad se da de la siguiente manera. En la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es que debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta y no un elemento del delito, como algunos autores lo han dicho.

Existen varias doctrinas respecto a la causalidad de la

conducta y el resultado; una es la generalizadora la cual toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado y la individualización, la cual considera a una de las condiciones como productora del resultado, en relación a una característica temporal, cuantitativa o cualitativa.

Estas dos teorías tienen autores que las apoyan por ejemplo en la primera dicen que si se suprimiera una de las condiciones el resultado no se daría, es decir que no conciben el resultado sin la participación de todas las condiciones.

La teoría individualizadora tiene las siguientes hipótesis comenzaremos indicándolas de la siguiente manera:

1) Teoría de la última condición; parte de un criterio temporal y se debe estimar como causa del resultado producido, la última condición realizada.

2) Teoría de la condición más eficaz, en este caso es la condición que más contribuyó al resultado.

3) Teoría de la prevalencia, del equilibrio o de la causa decisiva de Binding, según el criterio de ésta, el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas y el rompimiento de ese equilibrio es originado por aquellas fuerzas tendientes a modificarlo frente a las que quieren conservarlo.

4) Teoría de la causa eficiente o de la cualidad; esta corriente, distingue a la causa que tiene como su nombre lo indica la capacidad de ocasionar el resultado.

5) Teoría de la educación o causación adecuada, para ésta, "la conducta más adecuada para producir el resultado es la causa que debe tomarse en cuenta.

La relación de causalidad será el nexo entre la conducta y el resultado de la misma. Ahora continuaremos con la relación de causalidad en los delitos de omisión entre el acto y el resultado.

La doctrina se ha dividido entre los autores que opinan que ésta existe y entre los que difieren manifestándose por una negativa de dicha relación causal.

Según la opinión del profesor López Betancourt: "...dicha relación en los delitos de omisión, no debe enfocarse a la omisión como tal, sino a la omisión como acción positiva pensada y a su resultado, porque la omisión de una conducta no es la nada, sino un "no hacer" el cual implica contener o reprimir un impulso para realizar la acción exigida de obrar; por lo tanto, la relación causal debe encontrarse en la omisión..."⁴¹

⁴¹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit. pág. 88.

El maestro Porte Petit nos dice al respecto; "...Nosotros aceptamos la teoría que sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), o sea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido..."⁴²

El comportamiento humano voluntario del sujeto y el resultado de ese comportamiento deben estar en relación de causalidad, para hacer posible la configuración del elemento del delito en cuestión, si no se presentan dichos elementos el delito no existe. Es de gran importancia mencionar que habrá acción cuando el sujeto realice el hecho, causa del resultado producido por su propio esfuerzo, así como cuando se valga de fuerzas que él ponga en movimiento, o utilice para realizar el hecho delictivo.

Con lo antes expuesto hemos dado un enfoque de manera sintetizada de uno de los elementos positivos del delito que de acuerdo a la doctrina se le ha denominado CONDUCTA, enseguida nos ocuparemos del elemento negativo de ésta, para continuar con el estudio de la teoría del delito.

⁴²

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, APUNTAIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, Ed. Porrúa, S.A. México 1983, pág. 356.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Para dar inicio al estudio de este elemento negativo del delito debemos recordar que los elementos positivos son los que confirman la existencia del delito y los negativos son la negación del mismo. Ya hemos dicho que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, pues bien cuando falte la conducta evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias que el hecho tenga.

La ausencia de la conducta viene siendo un aspecto impeditivo para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico, ya que la conducta es el soporte naturalístico del ilícito penal, y al no existir ésta obviamente no habrá delito. Una vez que ha quedado claro que la ausencia de la conducta es el elemento negativo de la conducta, que abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito, pasamos al estudio de como se presenta esta ausencia y tenemos que es de las siguientes formas o causas:

1. VIS ABSOLUTA O FUERZA FISICA EXTERIOR IRRESISTIBLE.

De acuerdo con el profesor Zaffaroni, "...Por fuerza física irresistible deben entenderse aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir

como una mera masa mecánica..."⁶³

El mismo profesor cita los siguientes ejemplos; no existe el delito de daño cuando un sujeto que está delante de un escaparate lleno de cristales y porcelanas es empujado contra el mismo causando un destrozo del cristal y de los objetos que ahí se encontraban; no existe el delito de HOMICIDIO, cuando un sujeto es empujado por un grupo de cincuenta personas contra una anciana que queda aprisionada entre él y la pared; de un sujeto que está sentado al borde de una piscina, si recibe un empujón que le hace caer a la piscina causándole LESIONES, a un bañista; tampoco existe el delito de HOMICIDIO CULPOSO, por parte de quien va conduciendo un vehículo, si su acompañante le toma las manos haciéndole desviar el volante. Además refiere que existen ejemplos más alambicados como son el de quien ve forzado su brazo para escribir, etc. en estos ejemplos no existe la voluntad del hombre pese a que éste participa.

Anteriormente en el artículo 15 fracción I primera del Código Penal del Distrito Federal se contemplaba esta causa impositiva de la integración del delito, llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible, lo anterior dentro del capítulo IV cuarto denominado "Circunstancias excluyentes de responsabilidades" y el referido artículo dice lo siguiente: ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Ob. Cit. pág. 380

Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible; en la actualidad ha sido reformado y el artículo de referencia ahora contiene lo siguiente: Artículo 15.- El delito se excluye cuando: fracción I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

De acuerdo a lo antes anotado entendemos que dicha excluyente de responsabilidad tiene su naturaleza jurídica en la falta de conducta, siendo ésta la causa eliminatoria del elemento objetivo del delito. Por ello consideramos que no es necesario que el derecho positivo enumere todas las excluyentes por falta de conducta; ya que cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no el legislador de manera expresa, en el capítulo referente a las circunstancias excluyentes.

2. VIS MAIOR O FUERZA MAYOR.

Esta es otra hipótesis relativa a la ausencia de conducta y se refiere a situaciones cuando el agente realiza una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, cuando el sujeto realiza una acción, tomando ésta en sentido amplio tanto lo referente al actuar u omitir, coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

Tanto en la VIS MAIOR como en la VIS ABSOLUTA, no existe la voluntad en el sujeto, la diferencia estriba en que la VIS ABSOLUTA, es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras que la VIS MAIOR, es una fuerza física e irresistible proveniente de la naturaleza.

3. LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS.

Otra causa de ausencia de conducta, son LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS, porque al igual que en las anteriores tampoco participa la voluntad del sujeto. Sin embargo se ha considerado la posibilidad de culpabilidad del sujeto, cuando éste haya previsto el resultado o cuando no lo haya previsto, debiéndolo hacer, donde se presentarán tanto la culpa con representación como sin representación.

Los movimientos reflejos son actos involuntarios corporales pero estos no funcionan como factores negativos de la conducta cuando pueden ser controlados por el sujeto o por lo menos retardarlos.

Además de los aspectos antes mencionados, también algunos autores, han considerado el SUERO, EL HIPNOTISMO Y EL SONAMBULISMO, como causas de ausencia de conducta, pero no existe un consenso al respecto, ya que otros sitúan estos aspectos entre las causas de inimputabilidad.

La opinión del profesor López Betancourt, es que por lo que se refiere al SUEÑO, es más certero clasificarlo como ausencia de conducta, ya que al encontrarse dormido el sujeto no tiene voluntad ni dominio sobre sí mismo.

El sueño es considerado como el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas así como de la temperatura del cuerpo. Su función es reparar las energías físicas y mentales gastadas en la vigilia, durante el sueño se evade el control de la razón y de la voluntad, aparentemente por el aumento de la actividad del sistema nervioso.

Por lo que respecta al HIPNOTISMO, éste es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales. De acuerdo a la opinión del maestro Porte Petit, pueden presentarse los siguientes casos en el HIPNOTISMO:

"...10. Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal.

En este caso el sujeto no es responsable.

20. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con

fines delictuosos.

En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la actio liberae in causa, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3o. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento, sin intención delictuosa por parte de éste.

En esta última hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposo, con culpa con representación o sin ella, según el caso..." **

EL SONAMBULISMO es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo.

Según la autorizada opinión del maestro Ignacio Villalobos, en el sonambulismo si existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconsciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen una especie de conciencia, no correspondiente a la realidad, por tal situación debe considerarse como causa de Inimputabilidad.

** PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Ob. Cit. pág. 421.

Para el profesor López Betancourt, "...debemos considerar el sonambulismo dentro de las causas de ausencia de conducta, por no existir voluntad del sujeto..." "

Como hemos visto la AUSENCIA DE CONDUCTA, es el aspecto negativo de la CONDUCTA, y sus manifestaciones son; LA VIS ABSOLUTA O FUERZA EXTERIOR IRRESISTIBLE; LA VIS MAIOR O FUERZA MAYOR; LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS; y para algunos autores EL SUEÑO; EL HIPNOTISMO Y EL SONAMBULISMO. Con todo lo anterior damos por concluido el estudio de LA CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO, claro está que es de manera sintetizada puesto que no es la intención realizar una profunda investigación respecto a cada elemento.

2. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

Continuando con el estudio de la teoría general del delito ahora hablaremos de la TIPICIDAD, siendo ésta la adecuación de la conducta al tipo penal. Existen diversas definiciones de tipicidad y vamos a referirnos a algunas de éstas:

Para Jiménez de Asúa la tipicidad es "...la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción..." "

" LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. Cit. pág. 102.

" JIMENEZ DE ASUA, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo III, 2a. ed. Ed. Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1958, pág. 744.

Para Laureano Landaburu "...la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal..." *7

Mariano Jiménez Huerta también realizó un estudio respecto a la tipicidad y éste "...consideró que la adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias..." **

Cuando no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito.

Debemos tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo, la primera se refiere a la conducta y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito, es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.

Dentro de la doctrina, la tipicidad fue creada por Ernest Von Beling, quien la consideró independientemente de la antijuricidad y de la culpabilidad. En un principio concibió al

*7 LANDABARU, Laureano, EL DELITO COMO ESTRUCTURA. Revista Penal, Tomo I, No. I, pág. 471.

** JIMENEZ HUERTA, Mariano, LA TIPICIDAD, Ed. Porrúa, México 1955, pág. 207

delito únicamente con sus elementos objetivos, dejando a un lado los subjetivos, es decir, la concepción del delito era en base a los hechos externos.

La tipicidad tiene su fundamento legal en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo tercero, que a la letra dice "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración. Para el maestro Castellanos Tena, la tipicidad es: "...el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa..." "

Una vez que hemos hablado de lo que es la tipicidad, pasemos al estudio del tipo y sus elementos. El tipo penal es la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada en una ley. Se ha considerado al tipo penal, como un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva.

" CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 166.

El tipo penal también se conforma de las modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como de los medios empleados, que de no darse, tampoco será posible se dé la tipicidad.

La conducta del hombre en la realización de un delito, representa una cantidad infinita de datos, es imposible captar todos ellos en una descripción legislativa, por lo tanto la sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica recogida en el tipo penal, le da forma e integra sus elementos.

Consideramos que no existe una técnica legislativa única, para la tipificación penal de conductas antijurídicas, ya que siempre va a influir la complejidad o sencillez de la conducta que se quiera moldear en un tipo penal. De esta manera será muy diverso el tipo penal, cuando en él se describa un resultado material y tangible, como en el caso de presentarse conductas normadas por alguna especial situación del sujeto que actúa.

Podemos señalar que en la descripción de los delitos penales, plasmado en el Código Penal o en alguna ley especial, siempre intervendrán elementos de alcance diverso.

Por lo antes dicho, el comportamiento antijurídico descrito por el legislador en el tipo penal será puntualizado en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos de

la conducta, otras, será haciendo referencia a la valoración normativa de la misma y algunas más lo hará mediante el especial aprecio del fondo mismo de la intención o ánimo de autor.

Siguiendo al profesor López Betancourt, los elementos del tipo penal son: "...a) El presupuesto de la conducta o el hecho, b) El sujeto activo, c) El sujeto pasivo, d) El objeto jurídico, e) El objeto material, f) Las modalidades de la conducta, g) Elementos normativos, y h) Elemento subjetivo del injusto..."⁷⁰

Las modalidades de la conducta como ya se dijo son: referencias temporales, referencias espaciales, referencias a otro hecho punible, de referencia de otra índole y medios empleados.

Algunos autores sólo consideran como elementos del tipo a los siguientes: la acción, sujeto y objeto. Nosotros nos adherimos a la opinión del profesor López Betancourt, por considerarla completa desde nuestro particular punto de vista.

Por último nos referiremos a la clasificación de los tipos, los cuales pueden ser normales y anormales, a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal.

⁷⁰

Si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal, por ejemplo y de acuerdo al maestro Castellanos Tena, el HOMICIDIO, es normal, mientras el tipo penal del ESTUPRO es anormal.

La diferencia entre tipo penal normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además situaciones valoradas y subjetivas. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo, como la palabra cópula en el estupro. Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieren ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo, como las palabras casta y honesta en el estupro.

Pero además de los elementos objetivos y normativos, también existen los subjetivos, estos se dan cuando la descripción legal contiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto como es el caso del engaño en el tipo penal del delito de fraude.

AUSENCIA DE TIPICIDAD.

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

ATIPICIDAD, siendo ésta la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.

Es de gran importancia diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, si la atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, en la falta o ausencia de tipo no existe descripción de la conducta o hecho, en la norma penal.

Nos dice el maestro Castellanos Tena, "...En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo..."⁷¹

Jiménez de Asúa dice al respecto; "...Ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos: a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha); b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características antijurídica (ausencia de tipicidad, en sentido estricto)..."⁷²

⁷¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 173.

⁷² JIMENEZ DE ASUA, Luis, Ob. Cit. Tomo III. pág. 940

Volviendo a los comentarios del maestro Castellanos Tena éste nos dice lo siguiente: "...Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial..."⁷³

Cuando el legislador se refiere a cierta calidad del sujeto activo, por ejemplo en la conducta o comportamiento del activo en el delito de peculado, en este caso la calidad es que deba ser encargado de un servicio público. En el caso del pasivo, si no existe la institución o interés por proteger, no habrá objeto jurídico.

A veces el tipo penal describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o tiempo; si no operan, la conducta será atípica; un ejemplo sería cuando exige la realización del hecho en despoblado o con violencia.

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, estas han de verificarse para la integración del ilícito; por

⁷³ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 173

ejemplo en el caso de la violación cuando exige que la conducta se realice por medio de la violencia física o moral.

Existen tipos donde se contienen elementos subjetivos del injusto; estos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "Intencionalmente" "a sabiendas" "con el propósito" y otros, cuando no existan hará operar una atipicidad.

Por excepción algunos tipos captan una especial antijuricidad, como sucede en el artículo 285, del Código Penal para el Distrito Federal, relativo al delito de allanamiento de morada, al señalar en la descripción que el comportamiento se efectúe "sin motivo justificado" "fuera de los casos en que la ley lo permita". Entonces al obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, en estos casos son atipicidades.

Con los comentarios dados hasta este momento damos por concluido el estudio del elemento del delito llamado TIPICIDAD y su AUSENCIA, para continuar con el tercero en el orden que nos hemos establecido.

3. LA ANTIJURICIDAD Y SUS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

La antijuricidad está considerada como un elemento positivo del delito, esto significa que cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito, ya que es contraria a las normas penales.

Nos dice el maestro Castellanos Tena "...El delito es una conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa además, que sea típica, antijurídica y culpable..." " tal motivo es que ahora estudiaremos el elemento antijuridicidad o también llamado antijuridicad, que consideramos esencial para la integración del delito.

La antijuridicidad es un concepto negativo, UN ANTI, por ello existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, pero consideramos que siempre se acepta como antijurídico todo lo contrario al Derecho.

Para algunos autores, la antijuridicidad no surge propiamente del Derecho Penal, sino de todo orden jurídico, ya que puede presentarse o provenir de cualquier parte del Derecho; por ejemplo nos dice el profesor López Betancourt, "...si alguien lleva su automóvil a reparar a un taller mecánico y no paga la reparación, el dueño del taller puede retener el automóvil,

realizando una conducta que es típica, pero que no es antijurídica porque está amparada por un precepto permisivo que no proviene del Derecho Penal, sino del Derecho Privado..."⁷⁵

De esta forma se considera la antijuridicidad como el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.

Para algunos autores, la antijuridicidad es considerada como el aspecto más importante del delito, ya que no es solamente un elemento o carácter del mismo, sino es su esencia, y es más su propia naturaleza.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad "...presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma Jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada..."⁷⁶

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

⁷⁵ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. Cit. pág. 139.

⁷⁶ CUELLO CALON, Eugenio, DERECHO PENAL, Parte General Tomo I, ed. Ed. Bosch, Barcelona, España 1962, pág. 284.

"...Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora..." 77

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no es su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Porte Petit, dice "...una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación..." 78

De todo lo anterior podemos afirmar que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo; los mandatos y prohibiciones de la ley penal rodean protegiendo y salvaguardando el bien

77 SOLER, Sebastián, DERECHO PENAL ARGENTINO, 2a. ed. Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires Argentina 1985, pág. 344.

78 PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, PROGRAMA DE DERECHO PENAL Parte General, 2a. ed. Ed. Trillas, México 1990, pág. 285.

jurídico.

Carrara decía que el delito es lo contrario a la ley, es una infracción a la ley del Estado, pero Carlos Binding, descubrió que el delito no es lo contrario a la ley penal, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto por dicha ley. Estos comentarios se hacen en virtud a lo primeramente expuesto.

Se habla en los textos de antijuridicidad formal y material señalando en la primera que para que una conducta sea considerada como delito, es necesario que infrinja una norma estatal, un mandato o prohibición del orden jurídico. En el segundo caso se dá cuando se contradicen a los intereses colectivos.

Todo lo antes mencionado se refiere a la antijuridicidad y es de acuerdo a las opiniones de los estudiosos del derecho, ahora veremos un comentario más del profesor Castellanos Tena, ya que éste nos habla de la ausencia de la antijuridicidad; "...Siguiendo el plan que nos hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del delito, debemos de examinar la ausencia de antijuridicidad. Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del

Código Penal del Distrito Federal de 1931, y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquier otra justificante..." "

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito, cuando se presenta una causa de Justificación, falta un elemento esencial del delito que viene siendo precisamente la antijuridicidad, por ello podemos llamarlas causas eliminatorias de la antijuridicidad.

No debemos confundir las causas de justificación con otras eximentes, ya que existe entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan, son objetivas, referidas al hecho e impersonales; las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personales e intransitiva; las de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad, en tanto que las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, y las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable es psicológicamente

^{7*} CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. Cit. pág. 179.

incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de Inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputable, no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.

De acuerdo a la opinión de Jiménez de Asúa; en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

"...Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor..." ⁸⁰
Lo anterior es de acuerdo al comentario del maestro Castellanos Tena.

Dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a Derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.

La opinión del profesor López Betancourt, es la siguiente:

⁸⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 183.

"...Las causas de Justificación son aquellos actos realizados conforme al Derecho, es decir, que les hace falta la antijuridicidad requerida para poderles tipificar en un delito..." "

En nuestro Derecho Positivo Mexicano, las causas de justificación se encuentran señaladas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en las fracciones IV, V y VI, las fracciones a que se ha hecho referencia, textualmente dice: Artículo 15. El delito se excluye cuando: ...fracciones... IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de persona a quien se defiende.

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

" LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit. pág. 144.

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionando dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere deber jurídico de evitarlo.

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

De acuerdo a lo antes anotado, podemos darnos cuenta que en la fracción IV, se contempla LA LEGITIMA DEFENSA, que es una de las causas de Justificación que actualmente contempla el Derecho Positivo; por lo que se refiere a la fracción V en ésta nos encontramos la causa denominada ESTADO DE NECESIDAD, también acorde al ordenamiento jurídico ya referido; EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, se encuentra en la fracción VI, de la misma manera como ya lo hemos indicado.

Por lo que se refiere a la OBEDIENCIA JERARQUICA Y EL IMPEDIMENTO LEGITIMO, con las reformas que se realizaron al Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, del 10 de enero de 1994,

quedaron excluidas estas causas del artículo 15 del Código referido.

Consideramos que el fundamento legal de las CAUSAS DE JUSTIFICACION, se encuentran precisamente en el artículo previamente mencionado (artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal) en las fracciones IV, V y VI, de las cuales ya hemos referido su contenido.

En el otro comentario del profesor Castellanos Tena, nos dice: "...Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de Justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho. Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil, ni penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses Jurídicos ajenos. Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción, señalada en el Código Civil (art. 1911): "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se

ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho..." "

Probablemente el artículo al que se hace referencia sea el 1912, del Código Civil para el Distrito Federal, puesto que en dicho artículo se lee lo siguiente: Art. 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho. Siguiendo con esta hipótesis, consideramos que es correcta la apreciación antes indicada.

Existen eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley y a estas se les conoce como "SUPRALEGALES" esta denominación es de acuerdo a los estudiosos del derecho, pero lo cierto es que sólo pueden operar si se desprenden dogmáticamente, es decir del ordenamiento positivo; pero la doctrina designa así a las causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica.

Cuando se alude a la supralegalidad produce la impresión de que nos referimos a algo que está por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad estas eximentes derivan de la propia ley.

Tratándose de las causas de justificación no puede hablarse de causas supraleales. Toda antijuricidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuricidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal. Esta antijuricidad formal, no puede ser destruida sino por otra declaración legal, de tal suerte que aún cuando inagináramos la desaparición del contenido material de antijuricidad en un acto, este continuaría siendo antijurídico formalmente, mientras la ley no admitiera y declarase formalmente también aquella desaparición de la antijuricidad, subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo penal.

Como podemos ver, la eliminación total, material y formal de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal, que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito.

Por lo anterior podemos afirmar que mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos. La excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal.

Ya hemos dicho que dado el doble carácter tanto material como formal de la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por el más valioso. Por tal motivo la razón de ser de las causas de justificación se funda; en la ausencia de interés y en función del interés preponderante.

Por lo que se refiere a la ausencia de interés podemos decir que normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, debido a que el delito no sólo vulnera intereses individuales, sino también colectivos, pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso el titular, sólo entonces cobra vigor el consentimiento del interesado y cuando sucede esto nos encontramos en la hipótesis de ausencia del interés, puesto que el consentimiento del ofendido elimina el carácter antijurídico de una conducta, por ende resulta idóneo para excluir la antijuridicidad y lo mismo ocurre cuando el Derecho repunta ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo, en ambos casos al otorgarse el consentimiento está ausente el interés, que el orden jurídico trata de proteger.

Por lo que se refiere al interés preponderante, cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la posibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante.

Por lo referido anteriormente es que se justifica la defensa legítima, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. Agregan unos autores que también una hipótesis es la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo, todo esto dentro de lo que la doctrina ha llamado el interés preponderante. Para nosotros y de acuerdo al Derecho Positivo sólo hacemos referencia a las causas de justificación contempladas en las fracciones IV, V y VI del Código Penal para el Distrito Federal.

Volviendo a retomar lo antes comentado respecto a las causas de justificación, hablaremos de la llamada LEGITIMA DEFENSA y consideramos que ésta fue creada para conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio de los derechos. Para algunos autores, el fundamento de la legítima defensa es único porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Siendo una situación en la que el sujeto puede actuar en defensa de sus derechos o bienes jurídicos tutelados, en virtud de que el derecho no tiene otra forma de garantizar los mismos.

Para que se pueda dar esta causa de justificación la doctrina y las legislaciones han exigido según el comentario del profesor López Betancourt, los siguientes requisitos: "...1.- Que sea un ataque o agresión a los intereses jurídicamente protegidos de quien se defiende, o a los de otra persona, sin existir un completo acuerdo sobre cuales intereses o bienes jurídicos podrán defenderse, pero si hay unanimidad en la defensa de la vida, de la integridad personal y de la libertad. 2.- El ataque debe ser actual e inminente, pues antes de que el peligro aparezca, no es necesaria la defensa, pero el amenazado no necesita esperar que sean dañados efectivamente sus intereses jurídicos. 3.- El ataque o la agresión deben ser ilegítimos, contrario al derecho, así como el atacante no debe tener ningún fundamento jurídico para la agresión. No es necesario que el atacante sea una persona imputable, ya que es posible la defensa contra inimputables, locos, ebrios, menores, etcétera. 4.- La defensa debe ser necesaria, esto es, se tienen que agotar todos los medios no violentos, para recurrir a la legítima defensa. 5.- La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido..." "

La legítima defensa, no se restringe a la propia persona e intereses jurídicos propios, puede ejercitarse a favor de los parientes y hasta de algún extraño. Además puede ejercitarse a favor del ser que ha de nacer, cuando la madre haya permitido el

" LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit. pág. 151.

aborto y aún de no haberlo permitido, la legítima defensa se podrá ejercer, ya que la violencia contra el feto se confunde con la violencia contra la madre.

En varios códigos la legítima defensa es considerada como eximente de todos los delitos. En nuestro sistema jurídico, se ha basado en la salvaguarda de un interés jurídico preponderante y aún cuando son de igual valor mediante el necesario sacrificio del interés jurídico del atacante.

Por lo que toca a la causa denominada ESTADO DE NECESIDAD, Von Liszt, dice que es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, siendo ésta una de las más sobresalientes definiciones al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre los intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos.

Porte Petit, nos dice lo siguiente; "...Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley..." "

" **PORTE PETIT CAUDAUDAP, Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, 4a. ed. Ed. Porrúa S. A. México, 1978, pág. 539.**

El estado de necesidad, se diferencia de la legítima defensa, en que en el primero existe un conflicto entre intereses legítimos, mientras en la segunda, habrá uno legítimo y otro ilegítimo. Ya que en la legítima defensa hay una repulsa a la agresión injusta que recibe el individuo, mientras en el estado de necesidad habrá una acción, o tal vez una agresión y ambos intereses son legítimos. En esta causa se trata de evitar un peligro originado por terceros o por causas no imputables al hombre; en la legítima defensa el peligro surge del agresor y no por fuerza de la naturaleza, en este caso la conducta se efectúa siempre contra el agresor, en el estado de necesidad la conducta puede recaer sobre bienes o animales.

En la legítima defensa, hay un ánimo de defender, repulsar la agresión; mientras en el estado de necesidad, el ánimo es para conservar alguno de los intereses legítimos.

Por lo que se refiere a la legítima defensa en esta no existe reparación del daño, en cambio en el estado de necesidad, lo habrá cuando los bienes en conflicto son de igual valor, es decir, cuando se trata de una causa de inculpabilidad.

La legítima defensa está invocada siempre como causa de licitud, en cambio en el estado de necesidad, puede ser por causa de ésta o de inculpabilidad.

Continuando con el estudio de las causas de justificación que contempla el derecho positivo, ahora hablaremos de la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, y se refiere a el CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, respecto a lo que dice la fracción indicada, podemos mencionar lo siguiente: Si la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo.

Existen determinadas personas como los funcionarios o servidores públicos que se les dota de un derecho para realizar actos concretos ordenados por las leyes o reglamentos de sus funciones.

Otra hipótesis sería las ocasiones en que la ley puede obligar a personas que no son ni funcionarios ni agentes o a quienes no les alcanza obligación alguna de servicio, a realizar determinados actos, para poder intervenir en la esfera de poder de otro o lesionar un interés ajeno con el fin de salvaguardar el orden jurídico.

La intromisión o quebranto, se encuentran justificados por el deber impuesto a un particular o a un profesional. Este tipo de acciones son muy variadas, siendo las más sobresalientes; 1.- Deberes impuestos a un individuo e instantes de necesidad o urgencia; éste se dará ante la comisión de un delito, por ejemplo

ante un incendio, inundación o cualquier otra calamidad en donde las autoridades puedan requerir a los particulares, la prestación de un servicio, pudiéndolos sancionar penalmente en caso de no obedecer. Los servicios pueden consistir en ayudar al rescate de las personas que se encuentran en el siniestro o ayudar a rescatar los bienes jurídicos tutelados, que no sólo pueden constituir formas de estado de necesidad, sino de actos ejecutados en cumplimiento de un deber. 2.- El deber de denuncia o revelación impuesto a ciertos profesionales. Se refiere al caso de los médicos, abogados entre otros de la obligación de denunciar determinados hechos de los que toman conocimiento, presentándose un conflicto de deberes; por un lado el proteger el interés público y por el otro, guardar el secreto de lo que se sabe por la profesión, oficio o cargo. Resolviéndose este conflicto siempre en pro de lo más valioso. 3.- El caso de deberes de una profesión entre los que descuella el de guardar secreto, siendo excluyente de responsabilidad el secreto profesional legalmente autorizado. 4.- El de los deberes del testigo, en su realización como tal, puede llevar a testificar sobre acciones o conductas ajenas que lesionan la reputación de aquellos, sobre cuyos negocios, intereses o actos depone en juicio.

Finalmente, podemos precisar dentro de las funciones de los servidores públicos quienes la ley otorga el arbitrio o la autonomía para resolver, en algunos casos pueden agraviar

injustamente los recursos legales, y en último término podrá recurrir al amparo para evitarse el daño injusto.

La ley concede este arbitrio o autonomía a los funcionarios, suponiendo honestidad y rectitud en sus actos, esto lo vemos comúnmente en las resoluciones judiciales, cuando dictan sentencias injustas, por estar en contradicción con la ley. Servidores Públicos que sabiendo que sus resoluciones o sentencias son contrarias a la ley y que ocasionan un daño injusto, las dictan. Por tal motivo, esto hace suponer que en la hipótesis planteada, no se dá el cumplimiento de un deber, aquí lo que existe es un delito cometido por servidores públicos.

Agregando a lo que se refiere al ejercicio de un derecho, tenemos que en principio, ejercen sus derechos todos los que realicen conductas que no están prohibidas por la ley. Y así como hemos hablado de las resoluciones judiciales, ahora hablaremos de los médicos cirujanos, en el ejercicio de su profesión en presencia de las lesiones quirúrgicas que pudieran ocasionar a algún tercero. En este sentido la ley autoriza el ejercicio de la cirugía y medicina, pero no con el fin de causar alteraciones a la salud, como consecuencia de la aplicación de medicamentos y las lesiones de la cirugía, sino como un derecho de ejercitar éstos para los fines y con los procedimientos que aconsejan las ciencias médicas. Ya que de lo contrario no estaríamos en una causa de justificación sino en la comisión de

un delito.

Para realizar la profesión antes mencionada la ley exige que comprueben estudios para poder autorizarles dicho ejercicio y estar protegido por la causa de justificación contemplada en la fracción VI del artículo 15 en cuestión, pero además de los estudios, al momento de ejercitar sus conocimientos debe hacerse siguiendo los procedimientos científicos y con fines ilícitos que la ley reconoce.

El error médico en el ejercicio de su profesión, ya sea en el diagnóstico o en la intervención quirúrgica, no puede considerarse como delito, sino cuando este error proviene de la imprudencia del médico.

En los deportes también se encuentra esta causa de justificación como es en el boxeo, donde está permitido ocasionarse lesiones entre los combatientes, o sea los participantes, pero para la aplicación de la justificante es necesario que exista un reglamento de dicho deporte y que se realice de acuerdo a éste, ya que de lo contrario también estaríamos en la comisión de un delito.

Como último comentario en las causas de justificación hablaremos brevemente de lo que es el IMPEDIMENTO LEGITIMO, que ya la legislación actual no contempla, esto debido a las reformas

del diez de enero de 1994. El impedimento legítimo estaba contemplado como una excluyente de responsabilidad, señalándose como tal al contravenir lo dispuesto por una ley, dejando de hacer lo que ésta manda.

Esto es que cuando una persona tiene la obligación de actuar en cumplimiento de una ley, no lo hace, con base en una causa igualmente fundada en la ley. Es una conducta de omisión y algunos autores han manifestado, que es una excepción a la obligación de cumplir con la ley.

Esta causa de justificación, se caracteriza porque sólo se refiere a las omisiones que contravienen la ley penal, pero la ley penal formalmente no expresa sino las normas de punibilidad, cuyo cumplimiento corresponde a los funcionarios del Estado encargados de la justicia penal en sus distintas fases, de manera que, en principio solamente estos funcionarios o servidores públicos podrían incurrir en las omisiones que contravienen la ley penal.

4. LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD.

De acuerdo a nuestro capitulado y particular forma de investigación la imputabilidad es el cuarto elemento positivo del delito. De acuerdo a la doctrina no existe una opinión unánime respecto a este elemento, ya que algunos autores separan la

imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, otros opinan que existe un amplio contenido en la culpabilidad y por ello dentro de ésta se encuentra la imputabilidad. Pero además de estas dos corrientes existe otra, la cual sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Nosotros nos adherimos a la tercera posición, que como ya se dijo, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, ya que para ser culpable una persona, es necesario que primero se determine que es imputable, si en la culpabilidad como veremos más adelante es necesario que intervengan el conocimiento y la voluntad, consecuentemente se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades.

Consideramos que un individuo para ser imputable, debe conocer la ilicitud de su acto, esto se debe tener la capacidad de entender y de querer la conducta a realizar, esto es lo que constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad, se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, como algunos autores han querido entenderlo. Ya que si en un principio señalamos que es un elemento positivo del delito, sobre la investigación nos damos cuenta de que en realidad es el soporte de la culpabilidad.

El maestro Porte Petit, "...Sostiene que la imputabilidad no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto general del mismo..." "

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor de la conducta, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Y esto es la capacidad de obrar dentro del Derecho Penal, que traerán como consecuencias probables infracciones de carácter penal. Por lo tanto podemos definir a la Imputabilidad como la capacidad de entender de querer en el campo del derecho penal.

Carrancá y Trujillo, opina "...Será imputable, todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones Psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana..." "

La imputabilidad es, de acuerdo a lo antes mencionado, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor de la conducta típica al momento de realizar ésta, que

" **PORTE PETIT** CADAUDAP, Celestino, PROGRAMA DE DERECHO PENAL- Parte General, 2° ed. Ed. Trillas, México 1990, pág. 388.

" **CARRANCA Y TRUJILLO**, Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General, Tomo I, 4° ed. Ed. Antigua Librería Robledo, México 1995, pág. 222.

lo capacitan para responder por su actuación.

Los estudiosos de la teoría del delito, han opinado que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico que consiste en la salud mental, por lo anterior podemos decir que son imputables quienes han desarrollado un mínimo físico, tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, el acto típico realizado. Esto es que cuenten con la edad, y estado de salud exigidos por la ley del Estado; por ejemplo que cuenten con dieciocho años de edad y que no padezcan trastorno alguno en su salud, que les impida tener la capacidad de entender y querer la conducta o hecho previsto por la ley como delito, al momento de que el sujeto lo cometa.

La imputabilidad debe existir al momento de que se ejecuta el hecho o acto considerado como delito, pero existen casos en que el sujeto de manera voluntaria o culposa se coloca en una situación inimputable, y en esas condiciones produce el delito, a este tipo de actuaciones se les conoce como "LIBRES EN SU CAUSA, PERO DETERMINADAS EN CUANTO A SU EFECTO". Lo anterior no podemos notar cuando un sujeto para cometer una conducta delictiva se embriaga de manera voluntaria con el afán de darse valor, y encontrándose en estado de ebriedad comete el delito. Aquí sin duda alguna, existe la imputabilidad, ya que aunque el sujeto se encontraba en condiciones de inimputabilidad, esto fue

de manera voluntaria y con el ánimo de delinquir. Puesto que se puso en estado de inimputabilidad para poder cometer el delito, esto quiere decir que esperaba el resultado y por ello es que se dio valor mediante las bebidas embriagantes. Se puede decir que en ese momento carecía de capacidad necesaria para poder entender y querer pero tal estado se lo provocó de manera dolosa ya que movió su voluntad para colocarse en un estado inimputable, más sin embargo por ser un acto precedente en el cual el sujeto actuó de manera voluntaria; por tal motivo el resultado le es imputable.

Volviendo a recordar lo ya mencionado ahora diremos en pocas palabras lo que se debe entender por imputabilidad y esta definición ha sido dada por el maestro Castellanos Tena quien según lo ha dicho es: "...LA CAPACIDAD DE ENTENDER Y DE QUERER EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL..." *

Ahora nos referimos al pensamiento del jurista español, Luis Jiménez de Asúa, quien afirma lo siguiente; "...La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes a las tres como sinónimos. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse..." **

* CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 218.

** JIMENEZ DE ASUA, Luis, PRINCIPIO DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO, 3ª ed. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina 1990, págs. 325 y 326.

Continuamos con nuestro estudio de la imputabilidad, nos referimos a la definición que da el Diccionario Jurídico Mexicano y dice lo siguiente; "...La capacidad, condiciona por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión...". "

Agregamos a lo antes manifestado que los pensadores de la escuela clásica, estiman que la imputabilidad tiene sus sostén en el libre albedrío y la responsabilidad moral, en tanto los positivistas sustituyen esto por la responsabilidad social, la cual señala al individuo como responder por el simple hecho de vivir en sociedad.

Tomando nuevamente la opinión del jurista Luis Jiménez de Asúa expone que; "...La imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse según el padre Jerónimo Montes, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre..."

" DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, 5a. ed. Ed. Porrúa S.A. México 1985, pág. 51.

" JIMENEZ DE ASUA, Luis, Ob. Cit. pág. 326.

Los individuos o personas de manera general cuentan con dos características que son; La morfológica y la intelectual, sin estas no se les puede considerar como una persona o sujeto capaz de cometer el delito. Para que exista el delito es necesario contar con los elementos siguientes; Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, para que estos elementos se presenten es necesario un presupuesto, el cual será un requisito indispensable en todo delito, y éste en la IMPUTABILIDAD, ya que como lo hemos señalado en líneas anteriores, ésta viene siendo el soporte de la culpabilidad.

Continuando con este estudio ahora citamos al profesor López Betancourt, el cual dice "...Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.

El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad es esta la edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.

El hombre debe ser capaz de querer el resultado delictivo y de entender, en el campo del Derecho Penal; para que sea sujeto

imputable..."²¹

De acuerdo a lo manifestado por el profesor López Betancourt, consideramos que la IMPUTABILIDAD, no es únicamente el soporte de la culpabilidad, sino que además es el presupuesto de todo delito, según las propias palabras del citado profesor, el presupuesto es un acontecimiento previo al delito y ocupa un lugar en el tiempo y en el espacio. Por ello para que haya un delito necesariamente debe existir la imputabilidad, o sea el ser capaz de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

Otra definición de IMPUTABILIDAD, es la de Ricardo Abarca, y éste opina de la siguiente manera; "...Significa capacidad espiritual para que pueda atribuirse al hombre, como a su causa eficiente, su conducta externa. Supone dos: Razón clara y Voluntad libre. El elemento razón, llamado también discernimiento, es el conocimiento exacto de la licitud o ilicitud de la propia conducta; falta el discernimiento en los niños, quienes no están en condiciones de apreciar el valor ético de sus propios actos; falta en los decrepitos, en los locos, en el estado de embriaguez completa. La voluntad libre es la facultad de autodeterminación del hombre en su voluntad queda libre para determinarse en un sentido o en otro. Existiendo

²¹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. Cit. pág. 170.

discernimiento y voluntad hay imputabilidad..." **

Para el penalista argentino Sebastián Soler; "...Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento..." ** Definición que ha sido aceptada como válida para el Derecho Penal Argentino.

En el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, no define la Imputabilidad. Pero el artículo 15 fracción VII, dice: Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender de carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código. Como hemos visto

** ABARCA, Ricardo, EL DERECHO PENAL MEXICANO, Ed. Cultura, México. pág. 143.

** SOLER, Sebastián. Ob. Cit. pág. 345.

no se encuentra una definición de manera positiva de lo que es la imputabilidad, pero se puede entender de manera negativa o sea a contrario sensu. Lo referido por la fracción citada, significa que sí al momento de realizar el hecho típico, el agente tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél, no padecer ningún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, éste o sea el agente será imputable. Porque tendrá la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal, consecuentemente aunque no exista una definición precisa en el ordenamiento legal referido, consideramos que se puede interpretar en la fracción VII del artículo 15 quince, la existencia de la imputabilidad, como se indicó a contrario sensu.

Hasta el momento y de acuerdo a nuestro punto de vista consideramos como válida la definición hecha por el maestro Fernando Castellanos Tena respecto a la definición de IMPUTABILIDAD, consistente en LA CAPACIDAD DE ENTENDER Y DE QUERER EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL.

De igual forma compartimos la opinión de los autores que manifiestan que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, jamás estamos de acuerdo de que la imputabilidad también es un presupuesto para la existencia de todo delito.

Lo anterior es en virtud de que ya hemos comentado que las personas requieren dos condiciones para que se presente la

imputabilidad, esto es la edad biológica y de edad mental, con esto el hombre tendrá la capacidad de querer el resultado delictivo y de entender el campo penal, para considerársele un sujeto imputable. Con todo esto reiteramos que para que haya delito debe existir la imputabilidad, ya que los elementos del delito así lo ameritan.

LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, obviamente consiste en la incapacidad de querer y entender en el mundo del Derecho.

Para Jiménez de Asúa "...Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es punible y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró..." "

Ahora nos referimos a Mezger, quien nos dice que para fundar el concepto de la inimputabilidad, existen diversos criterios y según su apreciación manifiesta; "...contamos con tres métodos: el biológico, el psicológico y el bio-psicológico o mixto,

" **JIMENEZ DE ASUA, Luis, Ob. Cit. pág. 339.**

considera que el primero, se satisface, en la exclusión de la imputabilidad, con la simple referencia al estado de espíritu anormal del autor; el segundo se caracteriza, en contraste al método biológico, porque en la exclusión de la imputabilidad no destavan los estados anormales del sujeto, sino el tercer método, el mixto, quiere remediar lo unilateral de los dos anteriores y se apoya, para caracterizar la inimputabilidad, tanto en las llamadas bases biológicas (inconsciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu), como asimismo las consecuencias de ellas (exclusión de la libre determinación de la voluntad)...” ”

Ya el citado autor Jiménez de Asúa hizo una clasificación de los motivos de inimputabilidad consignados en los Códigos Penales de Hispanoamérica, así como de aquellos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos, según éste son las siguientes; a) falta de desarrollo mental, b) falta de salud mental, c) Trastorno mental transitorio, a') Embriaguez (sólo atenuante en algunos códigos), b') fiebre y dolor.

Al referirse a la menor edad dice que se reconoce en los códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos, se fija a los diez años de edad; que en los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y los dieciocho años, además nos indica que el código penal

”

MEZGER, Edmundo, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, págs. 64 y 65.

argentino, después de la aprobación de la ley 14.394 del 22 de diciembre de 1954, establece la edad de dieciséis años para declarar al menor capaz de delinquir. Esto último ha sucedido en algunos Estados de la República Mexicana, como es el Estado de Michoacán entre otros.

Para el profesor Castellanos Tena, "...Las causas de inimputabilidad son, pues todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad..." **

El autor antes referido considera como causas de inimputabilidad, tanto las excluyentes legales como las supralegales, las de naturaleza legal son: estado de inconsciencia permanentes o transitorios), el miedo grave y la sordomudez. No entremos al estudio de cada una de estas causas debido a que en la actualidad nuestra legislación se ha reformado y por lo mismo las hipótesis planteadas no son acordes a la realidad en que ahora vivimos. Como mera referencia diremos que en las reformas de 1984 eliminaron la sordomudez como causa de imputabilidad, sin que de ninguna manera se omita que cuando el sordomudo carezca de educación y en general de contacto social, se le considerará inimputable, más cuando tenga la debida captación de los valores sociales y personales, lo que algunos

** CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 223.

autores denominan la debida diferenciación entre el bien y el mal, se le habrá de considerar plenamente imputable.

En la actualidad las causas de inimputabilidad se encuentran contempladas en el artículo 15 del código penal vigente en el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en Materia Federal, y dice lo siguiente:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

Fracción VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comparecer en carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere posible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este código.

Como puede verse, en la actualidad ya no existen como causas de inimputabilidad el miedo grave y el temor fundado, esto a partir del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, que fue cuando se realizaron nuevas reformas al ordenamiento legal

antes invocado. Por tal razón y a manera de síntesis es que no entramos en detalle de cada una de estas causas, que actualmente nuestro Código Penal ya no las contempla y por lo mismo no se aplican, y lo recomendable es continuar con el estudio de las que se encuentren vigentes. Prosiguiendo con nuestra investigación diremos que las causas de IMPUTABILIDAD, son las siguientes;

I. INMADUREZ MENTAL. Esta primera causa la dividiremos en MENORES Y TRASTORNO MENTAL, que es donde consideramos existe dicha inmadurez.

MENORES.- Ya en páginas anteriores hemos dicho que se consideran menores de edad todos aquellos que no han cumplido dieciocho años de edad, por tal motivo están fuera del derecho penal, y sujetos a una acción tutelar por parte del Estado. Por lo tanto todo individuo que no haya alcanzado la mayor edad será considerado como INIMPUTABLE, por ello no podrá aplicársele pena alguna contemplada en el Código Penal.

Los menores que hayan cometido un hecho que la ley penal considere como delito, no podrá aplicársele ésta, ya que la Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, será la que se encargue de reglamentar la función del Estado en la protección de los Derechos de los menores de dieciocho años y menores de once, por lo que toca a los menores

de once años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones públicas o privadas, que se ocupen de esta materia. La competencia del consejo será atendiendo a la edad que haya tenido el sujeto al momento de cometer la infracción que se le atribuye.

El profesor López Betancourt, opina "...Respecto a los menores de edad, podemos decir son totalmente capaces y no se les puede considerar imputables como a un enajenado mental, lo que sucede es que están sujetos a un régimen diverso, al igual que lo están los militares, ese régimen es, el de los menores de edad..."*

TRASTORNO MENTAL.- Es la falta de desarrollo mental, que es la potencia intelectual, del pensamiento, propósito y voluntad, que no permite llegar al sujeto a un estado mental normal acorde a su edad.

II. TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.- Por lo que se refiere a este punto, tenemos la opinión de Sebastián Soler "...Crea sin duda alguna, un estado de imputabilidad cuando se caracteriza como una alteración morbosa - y agrega - la admisión de trastorno mental transitorio puro, sin base patológica, es un error frente a nuestra Ley..." **

* LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. Cit. pág. 187

** SOLER, Sebastián, Op. Cit. Tomo III. pág. 53.

Por su parte Cuello Calón, hace la observación de que una perturbación de las facultades mentales pasajera, de corta duración, y esto hace desde el punto de vista legal sea diferente a la enajenación. El trastorno mental transitorio se caracteriza porque además de su rápida aparición pasa sin dejar rastro alguno. Cuello Calón expresa "...Para que el trastorno mental transitorio cause efecto eximente, es preciso que no haya sido buscado de propósito para delinquir, por tanto, el que con ánimo de cometer un delito se coloca en aquella situación, y hallándose en ella, perpetra el hecho, no podrá ser declarado exento de responsabilidad criminal..." "

III. FALTA DE SALUD MENTAL. Esta se refiere a la circunstancia excluyente de responsabilidad penal aplicable al inculpado que al momento de cometer la infracción penal, padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencial. Lo anterior lo notaremos en la actualidad en el ya citado artículo 15 fracción VII, el Código Penal Vigente en el Distrito Federal.

Y por lo que respecta a nuestro particular punto de vista

" CUELLO CALON, Eugenio, DERECHO PENAL. 9ª ed. Ed. Nacional, México, 1961. pág. 431.

estas son las actuales causas de inimputabilidad, que como ya lo dijo el maestro Castellanos Tena son capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para considerarlo imputable, y el caso más notable por lo que respecta a esta investigación la notamos en los menores de edad, los cuales quedan fuera del Mundo del Derecho Penal, y sujetos a medidas tutelares por parte del Estado.

5. LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD.

Ya en el capítulo anterior hemos dicho que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; que constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo del Derecho Penal. Ahora nos toca dar una definición, concepto o noción de lo que es la culpabilidad.

Siguiendo con nuestra investigación diremos que una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

Respecto al desarrollo de la culpabilidad, consideramos que es correcto señalar tres momentos históricos, los cuales nacen en forma gradual, iniciándose con el criterio psicológico de la culpabilidad, continuando con un criterio de carácter normativo, trasladando el dolo y la culpa al elemento material, en este

orden trataremos de dar un enfoque de las teorías de la culpabilidad.

Mir Puig, al referirse a la concepción psicológica de la culpabilidad dice lo siguiente: "...El concepto causal-naturalista de delito de Von Liszt y Beling (el llamado "concepto clásico" del delito) supuso una concepción psicológica de la culpabilidad: la culpabilidad como relación psicológica entre el hecho y su autor. El ambiente positivista de fines del pasado siglo se plasmó en una construcción de la teoría del delito que por una parte, partía de la división del mismo y en las dos partes que se manifiestan separadas ante la percepción de los sentidos: La parte externa y la parte interna, y, por otra parte, atendía como elemento definidor fundamental a la idea de la causalidad. La parte externa del hecho se identificó con el objeto de la antijuricidad, mientras que la parte interna se atribuyó a la culpabilidad. Esta se presenta como el conjunto de elementos subjetivos del hecho. Por otra parte, así como el injusto se define a partir del concepto de causalidad, como causación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto. El dolo y la culpa se ven como las dos formas posibles de esta conexión psíquica entre el autor y su hecho. El delito aparece, pues, como el resultado de una doble vinculación causal. La relación de causalidad material que da lugar a la antijuricidad, y la

conexión de causalidad psíquica en que consiste la culpabilidad.

En esta concepción el dolo y la culpa no sólo pertenecen a la culpabilidad, son las dos clases o especie de culpabilidad que constituye el género. No sólo son formas de la culpabilidad, porque son la culpabilidad misma en una u otra de sus dos posibles especies..."¹⁰⁰

Después de haber tomado nota de lo que opina Santiago Mir Puig, ahora nos abocaremos al estudio de dos teorías, que se enfrentan para fundamentar la culpabilidad: La psicológica y la normativista. Estas dos teorías han originado el surgimiento de una tercera posición, a la cual se ha llamado Normativismo puro.

La primera consiste en un nexu psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado, no puede fundamentar sino el dolo directo y el eventual y tal vez la culpa con representación consciente o con previsión, pues en esta última hipótesis, aún cuando no quiere el resultado ni lo acepta en caso de producirse, lo prevé con la esperanza de que no se realizará, pero de ninguna manera puede admitirse en el psicoogismo la culpa inconsciente, sin representación o sin prevención, porque en ésta no se previó, el resultado previsible.

¹⁰⁰

MIR PUIG, Santiago, DERECHO PENAL. Parte General, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1985, pág. 467.

Podemos decir que la teoría psicologista, no puede ser aceptada, ya que no basta el dolo o la culpa para integrarla. De esta manera, si un sujeto obrara en un sentido ilícito pero tiene la protección de una eximente de responsabilidad, sería culpable tan sólo por haber deseado el resultado. Entonces, caeríamos en un conflicto mayor, y no se podría concebir a la legítima defensa, y al estado de necesidad, entre otras, como excluyentes de responsabilidad. Por tal motivo es que no se acepta a esta teoría para fundamentar la culpabilidad. Esto como ya se dijo, es porque no basta el dolo o la culpa para su integración.

Respecto a la opinión de algunos autores que han analizado la conducta, piensan que para hacerle a una persona algún reproche sobre su comportamiento, se necesitan dar: la imputabilidad, que es la aptitud espiritual normal del autor; una cierta relación psíquica del autor con el hecho y por último la normalidad de las circunstancias en las cuales el autor obra.

Por lo que se refiere a la teoría normativa de la culpabilidad, el maestro Pavón Vasconcelos expone lo siguiente; "...La teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico..." ¹⁰¹

¹⁰¹

PAVON VASCONCELOS, Francisco, MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, 2ª ed. Ed. Porrúa S.A. México 1976, pág. 334.

Para esta teoría o sea la normativa, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse de acuerdo a la norma establecida. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por falta un elemento básico del juicio de reprochabilidad.

El juicio a que se hace referencia surge de la ponderación de dos términos: 1) una situación real, consistente en una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; 2) el segundo término es; un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho, es decir, el deber ser jurídico.

Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal hace una aclaración, que consiste en precisar la importancia de separar la concepción normativa de la culpabilidad, de otras doctrinas, que pueden usar, sin que las acuse de usurpadoras, el nombre de teorías normativas. Pues a juicio de este maestro español, la teoría normativa se sintetiza de la siguiente manera: "...Para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura

situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es pues, un juicio, y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia..."¹⁰²

Por lo que se refiere a la tercera posición que es el normativismo puro, se dice que traslada al dolo y a la culpa en el tipo, y deja únicamente en la culpabilidad la reprochabilidad.

Por lo antes comentado podemos darnos cuenta de que el concepto más debatido de la teoría del delito es la culpabilidad, puesto que existen diversas doctrinas o corrientes que tratan este, hasta el momento podemos hacer un resumen diciendo; para la

¹⁰²

teoría psicológica, la mente del hombre es la que comete el delito; el normativismo sostiene que el sujeto delinque al violar las normas ya que se le hace un juicio de reproche, por lo que se refiere a la tercera posición que es el normativismo puro éste traslada al dolo y a la culpa en el tipo y deja únicamente en la culpa la reprochabilidad, y el maestro López Betancourt nos habla de la existencia de otra teoría, referente al conductismo "...la cual señala que la culpabilidad es una variación de lo normativo del hombre, que está regido por conductas sociales y cuando el hombre cambia las conductas tiene la comisión del delito. Cuando violamos la norma alteramos las conductas sociales. Esto significa de acuerdo a su propia opinión que el sujeto varía la conducta de actuar en la sociedad..."¹⁰¹

Bien como ya hemos dicho el concepto de culpabilidad dentro de la teoría del delito es el más debatido, por ello dependerá de la teoría que se adopte, por lo tanto ahora citaremos las definiciones o conceptos que existen de este último elemento del delito de acuerdo al orden que nos planteamos para nuestra investigación para pasar posteriormente al aspecto negativo del mismo.

Maggiore define a la culpabilidad como "...la desobediencia consciente y voluntaria y de la que uno está obligado a responder

¹⁰¹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. Cit. págs. 202 y 203.

a alguna ley..." ¹⁰⁴

Antes de continuar recordaremos que un presupuesto de la culpabilidad es la existencia de la imputabilidad, por lo tanto si no existe conciencia y voluntad, no habrá culpabilidad, dicho lo anterior a manera de recordatorio, proseguiremos con las definiciones que los autores han dado a la culpabilidad.

Para Jiménez de Asúa, la culpabilidad es; "...El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica..." ¹⁰⁵

Además este mismo autor dice al llegar a la culpabilidad es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró.

Para el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, "...la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la

¹⁰⁴ MAGGIORE, Giuseppe, EL DERECHO PENAL. EL DELITO, Tomo I, 2° ed. Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1989, pág. 451.

¹⁰⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO, 3° ed. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina 1990, pág. 352.

culpabilidad..."¹⁰⁶

Este mismo autor añade a su concepto ¿qué se le reprocha? el injusto. ¿Por qué se le reprocha? porque no se motivó en la norma. ¿Por qué se le reprocha no haberse motivado en la norma? porque le era exigible que se motivara en ella. Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho.

Edmundo Mezger supone lo siguiente; "...La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido..."¹⁰⁷

De acuerdo a las definiciones anteriores, el concepto de culpabilidad, nos señala cuatro importantes elementos que la conforman y son; una ley, una acción, un contraste entre esta acción y esta ley, y el conocimiento de esta situación, según lo manifestado por Maggiore.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General, Tomo IV, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, pág. 12.

¹⁰⁷ MEZGER, Edmundo, DERECHO PENAL, Parte General, 2a. ed. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990, pág. 189.

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

El nexo es el fenómeno que se da entre dos entes; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, esto es el nexo intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.

Para Jiménez de Asúa los elementos de la culpabilidad son los motivos, las referencias de la acción a la total personalidad del autor.

Maggiore señala que culpable es el que, hallándose en las condiciones requeridas para obedecer a una ley, la quebranta consciente y voluntariamente. De acuerdo a esta definición encontramos los siguientes elementos, una ley, una acción, un contraste entre la acción y la ley y por último el conocimiento de este contraste.

Por lo que se refiere a nuestra apreciación, los elementos de la culpabilidad, con base a la teoría finalista de la acción, son; la exigibilidad de una conducta conforme a la ley; la imputabilidad y la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado.

Por último daremos el siguiente concepto de lo que

consideramos es la culpabilidad, esto tomando en cuenta lo ya manifestado por los doctrinarios citados, y decimos que es el juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta típica y antijurídica de manera consciente y voluntaria, debidamente capacitado, y por ende imputable y que precisamente por este último presupuesto será considerado como culpable de la acción u omisión, que traerá como consecuencia un resultado esperado por éste, con las excepciones que conforman la regla, que sería en los delitos de culpa o preterintencionales, donde el activo, no esperaba el resultado o no deseaba que se diera éste sino otro. Y en todo momento violando la norma previamente establecida.

LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad obviamente será el elemento negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución del hecho delictivo, realizado por un sujeto imputable.

Consideramos que en la inculpabilidad se da la ausencia de la culpabilidad, por tal motivo absuelve al sujeto activo en el juicio de reproche. Esto sucede cuando se encuentran ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, como son el conocimiento y voluntad.

Tampoco será culpable un sujeto, que sea considerado como inimputable, aunque éste haya realizado una conducta típica y antijurídica, puesto que para que se de el delito es necesario que se reúnan todos los elementos del mismo, obviamente los elementos positivos, ya que al presentarse un aspecto negativo, éste no se integra. Así la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad como aspecto subjetivo del hecho delictivo, presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

Reiteramos que la inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, y puede ser el conocimiento o la voluntad. La inculpabilidad representa el examen final del aspecto negativo del delito. Así solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medie en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

Entre las causas de inculpabilidad, además de las ya mencionadas podemos decir que toda excluyente de responsabilidad lo es, porque elimina uno de los elementos del delito; asimismo

habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente.

También diremos que quien realiza una conducta aparentemente delictiva, pero obra de esta forma por una fuerza física a la que no puede resistir, no será culpable.

Para algunos autores la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto de error y la no exhibibilidad de otra conducta, sin embargo algunos otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Dentro de las definiciones más destacadas de las causas de inculpabilidad tenemos la de Mayer, quien las llama causas de inculpabilidad o causas de exculpación. Las causas de exculpación excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Consideramos importante diferenciar a éstas con las causas de inimputabilidad, señalando que en las últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de estos. Si se presenta la inculpabilidad, el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere la concurrencia de sus cuatro elementos, primero se efectúe una acción; segundo, haya tipicidad, es decir, se adecúe la conducta a algún tipo penal, tercero, el acto sea antijurídico y por último este mismo sea culpable.

Por último diremos, que la inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Se ha considerado que ignorancia y error, son actitudes psíquicas del sujeto, en la realización de alguna conducta. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice en sentido negativo.

El error, por su parte, es una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

Existen algunas legislaciones que han ocupado la expresión error y otras se han inclinado por el término ignorancia, ya que consideraron que éste abarcaba también el concepto de error. Tanto el error como la ignorancia pueden consistir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un

conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y por lo mismo con los fines que él propone realizar.

El error se divide en error de hecho y de derecho, el hecho a su vez se clasifica en esencial y accidental, abarcando este último el error en el golpe, en la persona y en el delito.

Nos referiremos al error de Derecho, se ha considerado cuando un sujeto en la realización de un hecho delictivo alega ignorancia o error de la ley, no habrá inculpabilidad, siguiendo el principio de que "la ignorancia de la ley a nadie beneficia".

Por lo que se refiere al error de hecho, este se subdivide en error esencial y error accidental, también llamado por algunos autores como inesencial.

Para que el error esencial de hecho tenga efectos de inculpabilidad, debe ser invencible, ya que de lo contrario dejará subsistente la culpa.

Para Vanini el error esencial es "...el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado

en forma abstracta en el precepto penal..." ¹⁰⁸

En el error llamado esencial el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir, hay desconocimiento de su antijuridicidad.

Por lo que se refiere a la doctrina también existe una división respecto al error de hecho en error de tipo y de prohibición; el primero versa sobre la conducta, cuando el sujeto cree atípica su actuación, considerándola conforme a Derecho, siendo en realidad contraria al mismo.

El error de prohibición es el que se refiere al caso de obediencia Jerárquica, cuando el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilicitud del mandato.

El llamado error accidental no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino en secundarias. Este a su vez se subdivide en error en el golpe, error en la persona, y error en el delito.

Error en el golpe, es cuando hay una desviación del mismo en el hecho ilícito, provocando un daño equivalente, menor o mayor

¹⁰⁸ VANINI, Ottorino, ISTITUZIONI DI DIRITTO PENALE, Roma Italia, 1939, pág. 121.

al propuesto por el sujeto, es decir, el sujeto enfoca todos sus actos relacionados al ilícito, hacia un objetivo, que es la realización del mismo, no recae sobre ese objetivo por un error y sin embargo si provoca daño a otro, por lo que el sujeto, responderá de un ilícito doloso, siendo indiferente para la ley, que él mismo haya recaído en un bien jurídico protegido distinto.

El error en la persona, se da debido a una errónea representación, ya que el sujeto destina su conducta ilícita hacia una persona creyendo equivocadamente que es otra. Esto es que se ha propuesto causas a una persona "X" una conducta delictiva y a quien se le causa es a "Y", pensando que era "X".

El error en el delito ocurre cuando una persona piensa inexactamente que realiza un acto ilícito determinado, cuando en realidad se encuentra en el supuesto de otro. Podríamos poner como ejemplo el abuso de confianza, cuando en realidad está cometiendo un fraude.

Lo tratadistas alemanes se han inclinado por no diferenciar entre el error de hecho y el error de Derecho, ya que afirman que no hay una razón para seguir manteniendo esa vieja y equivocada diferencia. De esta forma surge la teoría unificadora, dentro de la cual algunos autores como Binding, manifiestan que el error de Derecho es un error de hecho, pero siempre resulta de una concepción inmediata de los hechos.

En relación a este tema, se ha manifestado que si se admite que actuar jurídicamente, significa examinar la relación entre la acción y el Derecho y comportarse en consonancia con éste; el Derecho no puede requerir sino que todos obren conforme a los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad, cual sea el elemento en que error se funde.

Para Franz Von Litz, no tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error, que la repulsa errónea de la presunción de que el auto está previsto por la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento en la ley, y es completamente erróneo distinguir, además, dentro del error de derecho el error referente a las reglas del Derecho Penal, del error relativo a otras reglas jurídicas y colocar este último, es decir el error de Derecho extra penal, en el mismo plano que el error de hecho. Esta distinción fracasa ya, puesto que hay conceptos jurídico-penales; el Derecho Penal, como Derecho Protector, toma más bien sus conceptos de las demás ramas jurídicas restantes.

Dentro de las teorías, surge una importante concepción del error por parte de Binding, para quien no es correcta la diferenciación que hacen algunos autores que dividen al error en error de derecho y error de hecho, ya que al hacer ésta, se

contradice todo sentimiento de justicia, afirmando que sólo se puede tener un conocimiento falso, sobre lo que se puede conocer, siendo esto para los tratadistas alemanes, los hechos, ya que sólo sobre ellos se puede conocer y errar. También nos explica que los hechos no son sólo acontecimientos, es decir, sucesos en la historia de la naturaleza animada e inanimada, sino que son asimismo estados, existencias de los más diversos géneros, o propiedades de las mismas.

Por último nos referiremos a la no exigibilidad de otra conducta, al respecto Cuello Calón opina lo siguiente: "...Conforme a esta doctrina, una conducta no puede considerarse culpable, cuando al agente, dadas las circunstancias de su situación, no pueda exigírsele una conducta distinta de la observada..." ¹⁰⁹

Se trata de infracciones culpables, cuyo sujeto, por una indulgente conducta de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y espíritu egoísta antisocial.

Algunos autores la han considerado como un grado de inclinación al hecho prohibido, en el que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto, sólo

¹⁰⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio, DERECHO PENAL, 9ª ed. Ed. Editora Nacional, México, 1961, pág. 468.

importa la equidad, que puede motivar una excusa, pero no la desintegración del delito, por eliminación de algunos de sus elementos.

En este sentido, varios tratadistas manifiestan que para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminativa de alguno de los dos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Para muchos especialistas seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades del error y la no exigibilidad de otra conducta. Aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cual de los dos elementos de la culpabilidad queda anulado en presencia de ella.

De esta manera concluimos con el estudio relativo al aspecto negativo de la culpabilidad, que en este caso es la INCULPABILIDAD, concluyendo que esta operará cuando falta alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad o alguno de los otros elementos del delito.

Agregamos por último a este inciso de la CULPABILIDAD y la

INCULPABILIDAD, que como lo refirió el doctor Zaffaroni, es el concepto más debatido de la TEORIA DEL DELITO, puesto que en toda la teoría está presente el hombre, pero en la culpabilidad es donde nos enfrentamos más que nunca a él, lo anterior es de acuerdo a las propias palabras del doctor, pues dice que es una suerte de coronación de la teoría y todos los errores que hayamos cometido en los estratos inferiores repercutirán en éste. Y agrega a manera de ejemplo, cuando un edificio tiene sus cimientos mal contruidos, el problema más arduo es lograr que soporte los pisos que rematan la construcción.

De igual manera ocurre con la culpabilidad, es pues, por estas razones, el más apasionante estrato de la teoría del delito.

Nosotros nos adherimos al comentario del doctor Zaffaroni, así como a la opinión del maestro López Betancourt, quien nos dice que la teoría del delito es la parte medular del Derecho Penal. Conocerla, adentrarse en ella, constituye un mecanismo más adecuado para familiarizarse con el ilícito, renglón fundamental dentro del universo jurídico.

Ahora nos adentraremos al estudio de los delitos contra la disciplina militar, para proseguir con el tercer capítulo y concluir esta investigación.

D. LOS DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR.

En función de la materia, los delitos se pueden clasificar, entre otros, en delitos del orden militar, que son aquéllos que afectan a la disciplina de las fuerzas armadas.

Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 13, prohíbe a los tribunales militares extender su jurisdicción sobre las personas que son ajenas al Instituto Armado, es decir que no pertenezcan al Ejército, Fuerza Aérea o Armada Nacionales.

Este concepto, tiene su razón de ser, en virtud de que el Derecho como obra humana, se nos presenta como normas elaboradas por los hombres, con el objeto de realizar determinados valores en su existencia histórica. Es decir, que este aspecto de la vida social del grupo humano se integra con valores queridos mediante el cumplimiento normativo de reglas apoyadas e impuestas por el poder público y dirigidas a la conducta. Conforme a estos principios, tenemos que concluir, necesariamente, que existe un Derecho Militar, o sea un aspecto del Derecho en general, que se halla gobernado por cierto tipo de normas, acaso un tanto diferentes a las comunes con las otras ramas de la ciencia jurídica, pero que, como todas, aspira a la consecución de determinados valores que le estiman como adecuados y convenientes para el cumplimiento, orientados al bien común.

La existencia de esas normas aplicables y que rigen en forma específica a las fuerzas armadas, constituye un hecho histórico que asume vigencia perenne y que data de tiempos en que la memoria se pierde. Pese a las críticas que siempre se ensayaron desde muchos flancos, la realidad sociológica en que tal dato histórico se asienta, permanece sin cambiar.

Si las reglas aludidas, son harto expresivas, de un deber ser enderezado a la conducta de sus integrantes, y aún en determinados casos de quienes no se alinean en sus filas, tenemos que la cualidad normativa que caracteriza al Derecho como obra humana, también encuentra cabal satisfacción en el aspecto militar, donde la disciplina y el valor son valores supremos, como se verá sus altas misiones institucionales y políticas que justifican su existencia.

La naturaleza especial de las Fuerzas Armadas, de la tierra, mar y aire, imponen para su gobierno, tanto en paz como en la guerra, un tipo de normas también específicas, porque los objetivos y la misión a que están llamados requieren que los conceptos de disciplina, austeridad, honor, espíritu de sacrificio, constituyan módulos permanentes que otorguen tónica singular de su vida histórica. Por eso cualquier desviación de esos severos cánones no puede ser sino vista como desnaturalización de la eminente función social de la fuerza armada, cuyo sostenimiento siempre es pesada carga para los

presupuestos de la Nación.

Ahora bien, la Fuerza Armada en un órgano del Estado, forma parte de su administración; hállese entre los medios, servicio público para cumplir señalados fines de interés general. Sobre el particular es exactísima la observación de que en el actual sistema de organización política la fuerza armada no es una concreción puramente profesional, sino un órgano del Estado instituido para asegurar la existencia del Estado mismo y la realización de sus fines.

Los ejércitos de hoy, no son núcleos ni agrupaciones de clases; es el mismo pueblo en armas para la defensa de su soberanía y de sus instituciones. A manera de definición, podemos afirmar, que por Derecho Militar, se puede entender; el conjunto de normas jurídicas que reglamentan la organización, gobierno y conducta de las fuerzas armadas en la paz y en la guerra. De ahí que como rama de la ciencia jurídica, el Derecho Militar, que no hace sino reglar en alguna dimensión la ida de un órgano del Estado, reconozca su base primigenia como fuente de su validez, en la propia Constitución del país a que se refiera, toda vez que dentro de la concepción del Estado de derecho, nada puede escapar a la juridicidad o legalidad que otorga la ley fundamental, piedra angular del orden jurídico positivo.

Este criterio nos lleva a sostener, que el Derecho Militar

encuentra su fuente primordial en la Constitución; de ella deriva su validez para realizarse. Por eso las fuerzas armadas dentro del Estado de Derecho se hallan condicionadas por la ley, a quienes custodian, porque el respeto de la instituciones, en primer término, de la Constitución, es el más elevado bien de la Republica, fuera de la cual no cabe esperar sino la anarquía o la tiranía.

Conforme a las previsiones Constitucionales, el artículo 13 de la Ley Fundamental, que a la letra dice:

"...ART. 13.- Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y están fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad que corresponda".

Se han dictado los Códigos de Justicia Militar y las respectivas reglamentaciones, donde se prevén las normas de tipo

disciplinario que describen conductas para el personal castrense, los tribunales correspondientes y la jurisdicción obligatoria para quien se halle en la milicia.

Estos cuerpos legales, pese a plurales normas violatorias de los principios constitucionales relativos a los derechos del hombre mexicano, integran la materia de toda una disciplina jurídica especial por los objetivos que se tratan de satisfacer, y cuya sustantividad es digna de estudio. Nos referimos a la existencia de un Derecho Penal-Procesal Militar.

Los valores cuya consecución trata de proteger, los bienes jurídicamente tutelados, en esta disciplina, difieren de los que se han tomado en cuenta en la legislación común. Aquí los principios de autoridad, disciplina, jerarquía, asumen vigencia superlativa, fuera de la fidelidad a las instituciones republicanas, cuyo cumplimiento hace a la misión misma de las fuerzas armadas. Con razón se ha sostenido que la disciplina Militar consiste en un conjunto de reglas y de medios impuestos para regir las relaciones de su personal y obtener el estricto cumplimiento de sus deberes, a fin de asegurar la eficacia de la instrucción. Entre esos deberes hállanse: fidelidad a la patria; sometimiento a la Constitución y a la autoridad por ella establecida; obediencia al superior en el mando; respecto al superior en el grado; observancia de la ética profesional; ejercicio correcto del mando; sujeción al régimen de servicio.

Las transgresiones a estos deberes y otros que se estimen necesarios para la eficacia de la fuerza armada constituyen infracciones a la disciplina y su represión se efectúa por medio de la jurisdicción castrense.

Concretamente, el delito militar es caracterizado por la tendencia a quebrantar o sustraerse al deber militar. La intención de violar una regla de disciplina, de faltar a las leyes del honor militar, cual lo conciben y prescriben los reglamentos del ejército, a los fines de su institución, es lo que constituye la naturaleza peculiar del delito.

Independientemente, de que en su momento oportuno, habremos de tratar respecto de los antecedentes de la legislación militar en México, en este inciso citaremos la actual clasificación de los delitos del fuero militar, de conformidad con lo establecido en el Código de Justicia Militar, vigente a partir de mil novecientos treinta y cuatro.

De acuerdo al Código Foral, son delitos contra la disciplina militar, lo señalado en el artículo 57, que a la letra dice:

"ART. 57.- Son delitos contra la disciplina militar;

I. Los especificados en el libro Segundo de este Código;

II. Los del orden común o federal cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresa:

a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

b) Que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en el edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;

c) Que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra.

d) Que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;

e) Que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquéllos a que se refiere la fracción I.

- - - - - Cuando en los casos de la Fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.

Los delitos del orden común que exijan querrela necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos (c) y (e) de la fracción II".

Ahora bien, estos delitos se clasifican en:

Delitos contra la seguridad exterior de la Nación: Traición a la patria; Espionaje; Delitos contra el derecho de gentes; y violación de neutralidad o de inmunidad diplomática.

Delitos contra la seguridad interior de la Nación: Rebelión; y Sedición.

Delitos contra la existencia y seguridad del Ejército: Falsificación; Fraude, malversación y retención de haberes; Extravío, enajenación, robo y destrucción de lo perteneciente al ejército; Deserción e insumisión; Inutilización voluntaria para el servicio; Insultos, amenazas o violencias contra centinelas, guardias, tropa formada, salvaguardias, bandera y ejército; Ultrajes y violencias contra la policía; Falsa Alarma.

Delitos contra la jerarquía y la autoridad; Insubordinación; Abuso de Autoridad; Desobediencia; y Asonada.

Delitos cometidos en ejercicio de las funciones militares o

con motivo de ellas: Abandono de servicio; Extralimitación y usurpación de mando o comisión; Maltrato a prisioneros, detenidos o presos y heridos; Pillaje, devastación, merodeo, apropiación de botín, contrabando, saqueo y violencia contra las personas.

Delitos contra el deber y decoro militares: Infracción de deberes comunes a todos los que están obligados a servir en el Ejército; Infracción de los deberes de centinela, vigilante, serviola, tope y timonel; Infracción de deberes especiales de marinos; Infracción de deberes especiales de aviadores; Infracción de deberes militares correspondientes a cada militar según su comisión o empleo; Infracción de los deberes de prisioneros, evasión de éstos o de presos detenidos y auxilio a unos y otros para su fuga; Contra el honor militar; y Duelo.

Delitos cometidos en la Administración de justicia o con motivo de ella: Delitos en la Administración de Justicia; y Delitos con motivo de la Administración de Justicia.

Volviendo a lo mencionado por la fracción I primera del ya mencionado artículo 57 del Código de Justicia Militar, que textualmente dice; "SON DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR":

I. Los especificados en el Libro Segundo de este Código.

El libro segundo del Código en cuestión, a la letra dice:

LIBRO SEGUNDO

De los delitos, faltas, delincuentes y penas.

TITULO PRELIMINAR.

ART. 99.- Todo delito del orden militar produce responsabilidad criminal, esto es, sujeta a una pena al que lo comete aunque sólo haya obrado con imprudencia y no con dañada intención.

ART. 100.- El militar que descubra o tenga noticia de cualquier modo, de la comisión de algún delito de la competencia de los tribunales militares, está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ministerio Público, por los conductos debidos.

La infracción de este precepto no será punible, cuando el delincuente esté ligado con el militar por vínculos de parentesco de consanguinidad en línea recta sin limitación de grado, y en la colateral hasta el cuarto, o de afinidad hasta el segundo, inclusive.

Este libro segundo continúa con el primer título, hasta el título décimo tercero, conteniendo la siguiente titulación:

TITULO PRIMERO (De los delitos y de los responsables)

TITULO SEGUNDO (De las penas y sus consecuencias)

TITULO TERCERO (Aplicación de las penas, sustitución,
reducción y conmutación de ellas)

TITULO CUARTO (Ejecución de las sentencias, retención y
libertad preparatoria)

TITULO QUINTO (De la extinción de la acción penal y de la pena)

TITULO SEXTO (Delitos contra la seguridad exterior de la
nación)

TITULO SEPTIMO (Delitos contra la seguridad interior de
la nación)

TITULO OCTAVO (Delitos contra la existencia y seguridad del
ejército)

TITULO NOVENO (Delitos contra la jerarquía y la autoridad)

TITULO DECIMO PRIMERO (Delitos contra el deber y decoro
militares)

TITULO DECIMO SEGUNDO (Delitos cometidos en la administración
de justicia o con motivo de ella)

TITULO DECIMO TERCERO (DEFINICIONES)

Como hemos notado en el libro segundo del Código de Justicia Militar, se contemplan todos los delitos, los delincuentes, las penas y sus consecuencias, la aplicación de estas penas, sustitución, reducción y conmutación de ellas, la ejecución de las sentencias, retención y libertad preparatoria, la extensión de la acción penal y de la pena.

Y además de lo ya referido, todos los delitos mencionados antes de hacer referencia a la fracción I primera del artículo 57 cincuenta y siete del Código de Justicia Militar.

Más adelante continuaremos hablando del Código de Justicia Militar, por el momento dejamos en claro que el fundamento legal de los delitos contra la disciplina militar la encontramos en el propio Código Castrense, en el multicitado artículo 57, que está comprendido dentro del título quinto que se refiere a la competencia, dando inicio al capítulo uno de dicho título. En concreto este libro segundo, contiene todas las disposiciones sustantivas de la ley castrense.

CAPITULO III

IMPUTABILIDAD PENAL A LOS MENORES DE EDAD

EN LA MILICIA

A. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION MILITAR.

En México, durante el virreinato rigieron las leyes de Indias y particularmente en la esfera castrense las múltiples Ordenanzas del Fuero de Guerra, pero por su trascendencia y vigencia, muy posterior aún a la Independencia, fueron principalmente las Reales Ordenanzas de San Lorenzo, expedidas por Fernando VI, el 22 de octubre de 1766, modificadas por Carlos III y por otras varias disposiciones como la Real Orden del 9 de febrero de 1797 y la del 5 de noviembre de 1817, que imperaron hasta 1852, en que Mariano Arista, presidente de la República, promulgó la Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación, y servicio del Ejército, y que continuó rigiendo hasta 1882, en que se expidió el primer Código de Justicia Militar, inserto en la Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana, expedida por el presidente Manuel González, el 6 de diciembre de dicho año, y estuvo en vigor a partir del 10. de enero de 1883, siendo ministro de guerra y marina Francisco Naranjo; es de hacerse notar que el Soberano Congreso General Mexicano expidió el 5 de mayo de 1824, la Ordenanza de la Milicia Activa, que derogó varios artículos de la Real decretada en Aranjuez el 30 de mayo de 1767. ¹¹⁰

¹¹⁰

Datos obtenidos de DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, D-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 4° ed., Ed. Porrúa S.A., México, 1991, pág. 1011.

Posteriormente, en 1898, se expidieron: la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y la Ley Penal Militar, correspondientes a la época de Felipe Berriozábal como Secretario de Guerra y Marina, las cuales fueron abrogadas en 1901, año en que se promulgaron otras tantas de igual denominación, ya con el General Bernardo Reyes como ministro del ramo y que estuvieron en vigor a partir del 10. de enero de 1902; además fueron expedidas también la Ley Orgánica del Ejército Nacional por el primer mandatario. Porfirio Díaz, el 31 de octubre de 1900; el decreto número 251 de 28 de agosto de 1901, reformando varios artículos de la Ordenanza General del Ejército y más adelante una nueva Ordenanza General del Ejército fue promulgada el 12 de septiembre de 1908, por el presidente Díaz, siendo secretario de guerra y marina Manuel González Cosío.

Con la Ley Orgánica del Ejército y Armada Nacionales, de 15 de marzo de 1926 y su Reglamento del 12 de marzo de 1930, se crearon el Servicio de Justicia Militar, con lo cual, en vista de la proliferación de diversas disposiciones legales castrenses, resultada indispensable la elaboración de un Código que reuniera los tres aspectos fundamentales del fuero marcial: la organización y competencia de los tribunales militares, el derecho penal respectivo y el procesal correspondiente, ardua labor que cristalizó en el Código de Justicia Militar, promulgado por Abelardo Rodríguez, Presidente Constitucional sustituto de la República, el 28 de agosto de 1933 y vigente a partir del 10. de

enero de 1934.

Ahora bien, por lo que respecta a los menores de edad, cabe señalar, que en la Ordenanza General del Ejército, vigente a partir del 10. de enero de 1883, que derogó a la antigua Ordenanza de 1852, en su artículo 26, prescribía: "Los menores de veintiún años, si se presentaren voluntariamente a servir en el Ejército, no siendo casados, exhibirán el permiso de sus padres o tutores, y si no lo tuvieren o se les fuere negado sin causa justificada, se solicitará el de la primera autoridad política. Los casados, aún cuando tengan menos de veintiún años, no necesitan permiso alguno. Por ningún motivo se admitirán menores de dieciocho años ni mayores de cuarenta y seis; en el concepto de que si hubiere en un Batallón o Regimiento un recluta de menos de dieciocho años, aún cuando pertenezca a la banda, se tendrá como plaza supuesta y se aplicará la pena fijada para estos casos a los responsables.

Además de lo anterior, el artículo 29 de la misma Ordenanza decía: "Las condiciones que se exigirán en un recluta para ser admitido en el Ejército, serán las siguientes: ser mayor de dieciocho años y menor de cuarenta y siete; ser mexicano por nacimiento o naturalización; no padecer enfermedades crónicas o contagiosas; ser robusto; no adolecer de ningún defecto físico que lo haga aparecer ridículo o monstruoso; no tener lesión que le impida hacer perfecto uso de las armas; no ser sordo ni muy

escaso de inteligencia; hablar el idioma castellano y tener por lo menos un metro sesenta centímetros de estatura.

Como puede apreciarse, no obstante que estaba prohibido aceptar en el Ejército a reclutas de menos de dieciocho años, no se descartaba la posibilidad que los hubiera, encuadrados en alguna unidad de tropa, por lo que, en la misma Ordenanza se encontraba insertado un Código de Justicia Militar para el Ejército de los Estados Unidos Mexicanos, en cuyo título XXV se encontraba prevista la aplicación de las penas a los menores de dieciocho, señalando en su artículo 3428, que: "Cuando el Consejo de Guerra declare que un acusado obró sin discernimiento bastante por razón de edad, se observarán para la imposición de la pena las reglas siguientes:

I.- Si el acusado fuere mayor de nueve años y menor de dieciséis se le condenará a reclusión en establecimiento de corrección penal por un tiempo que no baje de la tercera parte, ni exceda de la mitad del término que debiera durar la pena que se le impusiera siendo mayor de edad.

II.- Cuando el acusado sea mayor de catorce años y menor de dieciocho, la reclusión será por un tiempo que no baje de la mitad ni exceda de los dos tercios de la pena que se le debiera imponer siendo mayor de edad".

En relación con el precepto anterior, el artículo 3429 del mismo ordenamiento, rezaba: "Lo prevenido en la fracción II del artículo anterior se observará cuando se trate de un Oficial o de un alumno del Colegio Militar, por las infracciones de los deberes de su clase".

A partir del 10. de enero de 1899, entró en vigencia la Ley Penal Militar, por decreto número 185, continuó contemplando lo relativo a la aplicación de penas a los menores de edad y a los alumnos del Colegio Militar y de las Escuelas Navales, esto último era la novedad con respecto a la Ordenanza de 1883, considerando que la probable razón de contemplar también a los alumnos de establecimientos de Educación Militar, era quizás porque en estos ingresaban menores de edad y se hacía necesaria la reglamentación en la aplicación de penas, de tal suerte, que el artículo 90, establecía: "Los menores de dieciocho años que legalmente estén prestando sus servicios en el Ejército o en sus dependencias y los Alumnos del Colegio Militar o de una Escuela Naval, siempre que conforme a lo dispuesto en los Reglamentos respectivos deban ser consignados a los Tribunales del Fuero de Guerra, serán castigados por éstos con la mitad de la pena corporal señalada en la presente Ley respecto del delito de que se trate, si este fuere de los comprendidos entre los meramente militares y no debiere imponerse un castigo mayor en virtud de lo prevenido en las reglas generales sobre aplicación de las penas; y si se tratase de alguno de los demás delitos sujetos al

mencionado fuero, y el acusado tuviere más de nueve años y menos de catorce, o más de catorce y menos de dieciocho, se le aplicará respectivamente de un tercio a la mitad o de la mitad a dos tercios, de la pena que se le impondría siendo mayor de edad.

Los Alumnos del Colegio Militar y de la Escuela Naval Militar, en ningún caso podrán ser destinados al servicio de policía u obras militares".

Posteriormente, y por decreto presidencial entra en vigor la Ley Penal Militar y Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, a partir del 10. de enero de 1902, por lo que respecta a la Ley Penal, en su artículo 90, en relación a la Aplicación de las penas a los menores de edad y a los alumnos del Colegio Militar y de las Escuelas Navales, establecía:

"Art. 90. Los menores de dieciocho años que legalmente estén prestando sus servicios en el Ejército o en sus dependencias, y los Alumnos del Colegio Militar, de la Escuela Naval, de la Militar de Aspirantes, de la de Maestranza, de la de Mariscales y de las demás dependientes del Ejército o de la Armada, que se establezcan en lo sucesivo, siempre que conforme a lo dispuesto en los Reglamentos respectivos, deban ser consignados a los Tribunales del Fuero de Guerra; sin perjuicio de los que se prescriba en dichos Reglamentos, serán castigados por los citados tribunales con la mitad de la pena corporal señalada en la

presente Ley respecto del delito de que se trate, si este fuere de los comprendidos entre los meramente militares y no debiere imponerse un castigo mayor, en virtud de lo prevenido en las reglas generales sobre aplicación de las penas; y si se tratase de alguno de los demás delitos sujetos al mencionado fuero y el acusado tuviere más de nueve años y menos de catorce o más de catorce y menos de dieciocho años, se le aplicará respectivamente, de un tercio a la mitad o de la mitad a dos tercios, de la pena que se le impondrá siendo mayor de edad. Los alumnos del Colegio Militar, de la Escuela Naval, de la Militar de Aspirantes, de la Maestranza, de la de Mariscales o de cualquiera otra dependiente del Ejército o de la Armada, que se estableciere en lo sucesivo, en ningún caso podrán ser destinados al servicio de policía y obra militares.

Así también, la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, ya señalaba el procedimiento para acreditar la minoría de edad, en su artículo 101, que decía: "Si se asegurase que el procesado es menor de dieciocho años, se comprobará su edad con la filiación que ha de agregarse en autos, más si hubiere contradicción con la que asegure el inculpado, servirá para comprobar la partida de nacimiento, o de bautismo, en su caso a falta de una u otra se recurrirá al juicio pericial.

Por último, el Código de Justicia Militar vigente a partir del 10. de enero de 1934, prevé en su Capítulo II del Título

Tercero, del Libro Segundo, la aplicación de penas a menores de dieciocho años y a los alumnos de los establecimientos de educación militar, concretamente en su artículo 153, que a la letra dice: "Los menores de dieciocho años que por cualquier causa estuvieren prestando sus servicios en el ejército, serán castigados con la mitad de las penas corporales señaladas en la presente ley, respecto del delito cometido".

Además, el artículo 154 del mismo ordenamiento legal, reza "A los alumnos de los establecimientos de educación militar se les aplicarán las penas en la misma proporción establecida en el artículo anterior".

Como podemos apreciar, en el Código de Justicia Militar vigente se contempla a los menores de dieciocho años, como sujetos de derecho penal, es decir son considerados imputables; por lo que atentos al estudio que se ha venido desarrollando en este trabajo de tesis es menester entrar al análisis de la disciplina militar, para tratar de vislumbrar el por qué se considera a los menores de edad sujetos de Derecho Penal Militar.

B. EL MENOR DE EDAD Y LA DISCIPLINA MILITAR.

Es indudable que dentro del Fuero Militar, la disciplina militar es un tema que reviste especial interés, por ser aquella la base del Instituto Armado, por tal motivo trataremos de

definirla y estudiar sus efectos en los menores de dieciocho años.

Así tenemos que la disciplina se ha definido como; "...Columna vertebral del Ejército, que perdería sin ella su cohesión y tornaría estéril el empeño de forjar combatientes forzosos y aún héroes del deber, ha escrito en sus principios, Foch, que el Ejército es ser delicado, que sólo sirve y vive de disciplina; es ella la fuerza principal de aquel; también la condición primera de su existencia; la única que, gracias a la organización jerárquica, a la transmisión y ejecución de las órdenes, permite al jefe dirigir una acción cualquiera..."¹¹¹

Por su parte el tratadista Chrysolito de Gusmao para determinar qué es la disciplina "...se plantea la interrogante de si ella es consecuencia de la voluntad de los legisladores, estadistas o jefes de fuerzas militares o por el contrario es un producto histórico de un determinado momento de civilización y cultura social y optando por la afirmativa de esta última proposición contiene que los legisladores y los gobiernos no hacen más que reflejar un estado jurídico social ya existente y que hay triple paralelismo entre la evolución de la táctica

¹¹¹

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO MILITAR, Aeronáutico, Naval y Terrestre, Tomo II, Ed. Claridad, Argentina, 1961, págs. 581-582.

militar, la disciplina y la sociedad..." ¹¹²

Con sentido más concreto, el auditor y tratadista argentino Carlos Riso afirma que "...la disciplina consiste en un conjunto de reglas y medios impuestos para regir las relaciones del personal militar y obtener el estricto cumplimiento de sus deberes a fin de asegurar la eficacia de la institución.

A continuación de sentar el autor tan brillante aunque limitado concepto de la disciplina, sin duda, para completarlo intenta relacionar los deberes que abarca en su contenido y calificándolos de primordiales, señala los siguientes: fidelidad a la patria, sometimiento a la Constitución, régimen de sus instituciones, autoridad por aquella establecida, obediencia al superior en el mando, respeto al superior en grado, observancia de la ética profesional, ejercicio correcto del mando, sujeción al régimen del servicio..." ¹¹³

Por nuestra parte, nos apegamos a la definición legal que establece el Reglamento General de Deberes Militares que enseguida mencionaremos, por considerarlo apegado a la realidad.

Así también, creemos que la disciplina es la base de los

¹¹² Citado por CALDERON SERRANO, Ricardo, DERECHO PENAL MILITAR, Parte General, UNAM, Ed. Ediciones Minerva, S. de R.L., México, 1944, pág. 17.

¹¹³ Ibid.

ejércitos; sin ella, podemos hablar de masas de hombres armados pero no hay un verdadero ejército. Es pertinente señalar, que en aquellos países que han desarrollado con más amplitud las instituciones militares, se ha observado con más cuidado la conservación de la disciplina. Esta afirmación no significa que disciplina sea sinónimo imprescindible de crueldad y de terror, sino una lógica uniformación de los diversos ingredientes de una tropa, un sentido de responsabilidad que comienza en la más alta dirección y finaliza con las naturales declinaciones y una jurisdicción disciplinaria que haga respetar los principios y las reglas preestablecidas.

La legislación militar en México, concretamente en el Reglamento General de Deberes Militares, se define a la disciplina como la norma a que los militares deben sujetar su conducta; tiene como bases la obediencia y un alto concepto del honor, de la justicia y de la moral, y por objeto, el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las leyes y Reglamentos Militares.

Con la definición anotada anteriormente, podría pensarse que la disciplina en nuestras fuerzas armadas es rígida e inflexible, sin embargo, el mismo Reglamento General de Deberes Militares, prescribe, que esa disciplina, por exigencia del propio servicio debe ser firme, pero al mismo tiempo razonada; y que todo rigor innecesario, todo castigo no determinado por las leyes y

reglamentos que sea susceptible de producir un sentimiento contrario al del cumplimiento del deber, toda palabra, todo acto, todo además ofensivo, así como las exigencias que sobrepasen las necesidades o conveniencias del servicio y en general todo lo que constituya una extralimitación por parte del superior hacia sus subalternos están estrictamente prohibidos y serán severamente castigados.

Se hace hincapié, que el principio vital de la disciplina es el deber de obediencia, y por deber, en términos militares, según señala el citado Reglamento General de Deberes Militares, debe entenderse el conjunto de obligaciones que a un militar impone su situación dentro del Ejército. La subordinación, la obediencia, el valor, la audacia, la lealtad, el desinterés, la abnegación, etc.; son diversos aspectos bajo los cuales se presenta en forma cotidiana. Asimismo, se señala que el cumplimiento del deber para los miembros de las fuerzas armadas es a menudo áspero y difícil y no pocas veces les exige penosos sacrificios; pero todo ello es el único camino para el militar que tiene conciencia de su dignidad y de la importancia de la misión que la patria le ha conferido.

Por lo anterior, podemos afirmar que la disciplina siendo la base de la existencia de todo Instituto Armado, se ha tornado en una técnica de mando, que el subordinado acata cada vez con mayor convencimiento de su necesidad y de la impotencia que representa

el intento de desconocerla.

Esa plenitud del mando y esa entrega del subordinado pudieran ofrecer dos extremos peligrosos, de índole individual el uno y de carácter nacional el otro. El primer aspecto entraña, con el establecimiento de la obediencia ciega, que rebasa la obediencia debida, la posibilidad de delinquir, tras el escudo disciplinario, que en tiempos de paz al menos habría que desechar. El otro escollo del imperio del mando estriba en ser los subordinados juguetes de la ambición de los superiores, apoyándose en el honor empeñado y la lealtad suprema que se ha jurado.

En ese orden de ideas, la disciplina no se logra mediante el temor que inspiran las leyes o los conductores de las masas armadas y tampoco se crea en un día, sino que es efecto de las costumbres y educación moral del Ejército; es un resultado de la acción lenta e incesante de un mando justo, y esta educación no se consigue tanto por los grandes castigos de los delitos notables, cuando por la acertada aplicación de los correctivos a pequeñas faltas.

Es pertinente señalar, que débil fundamento es el temor, para sostener la disciplina, pues los que por el temor están sujetos, cuando llega una ocasión que les proporciona la esperanza de la impunidad se sublevan contra los jefes, con tanto

mayor esfuerzo cuanta mayor coacción contra su voluntad haya sufrido por el temor sólo.

Por tal razón, creemos que la disciplina como se dijo es base fundamental para todo ejército, por lo cual es menester aplicarse aún a los menores de edad que por alguna razón se encuentran prestando sus servicios al Instituto Armado, así como a los alumnos de establecimientos de educación militar, desde luego a los menores de dieciocho años, quienes como se verá en el siguiente tema, también son considerados parte del servicio activo. Sin embargo, consideramos que esa disciplina debe aplicarse en forma distinta a como se hace con el personal militar mayor de edad y sujetos de derecho penal. Lo anterior, en razón de que, como se ha venido sosteniendo consideramos que no son sujetos de derecho, desde el punto de vista Constitucional y penal en forma general.

Cabe aclarar que en el fuero común y federal, se ha dado cumplimiento al artículo 18 Constitucional, en virtud de ser la ley suprema, que entre otras cosas prescribe: "...La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores...", materializando esta disposición con la creación de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal.

Al respecto, ya desde la creación de la Ley del Consejo Tutelar para Menores, en 1974, surgiendo una nueva etapa en la labor de lograr la educación y readaptación de menores infractores, Porte Petit decía: "...Esta ley representa en relación con la anterior, un avance indiscutible al procurar lograr en una forma más eficiente y científica la reforma del menor, para que pueda cumplir con sus propias responsabilidades en el futuro..."¹¹⁴

Es necesario advertir, que si bien es cierto la citada ley no puede aplicarse a los menores de dieciocho años que prestan sus servicios en el fuero militar, puesto que se rigen por sus propias leyes y reglamentos, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Carta Magna; también lo es que dichas leyes y reglamentos castrenses, consideramos que no pueden ir más allá de lo que establece la norma fundamental; más adelante veremos que el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, debe estar acorde al Orden Constitucional.

Como ya lo mencionamos en temas anteriores, existe un consenso general en estimar que los menores de edad no han alcanzado el desarrollo intelectual para conocer la criminalidad de actos que configuran delitos.

¹¹⁴ Citado por LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORIA DEL DELITO, Ed. Porrúa, S. A., México, 1994, pág. 187.

También, como tendencia general se observa en doctrina, y en la concreción legal un propósito de excluir al menor de edad de las normas represivas comunes que tratan los Códigos Penales, por medio de una ley especial, en la cual, naturalmente, debe darse cabida a una serie de disposiciones específicas para menores, que conciernen sobre todo a las medidas que deben tomarse con respecto al menor, al modo de disponerlas, a los organismos de ejecución y vigilancia..."¹¹⁹

Sin embargo, en el fuero militar, los menores de dieciocho años son considerados sujetos de derecho, al estar contemplados en el Código de Justicia Militar en vigor; en temas posteriores analizaremos aspectos sobre la aplicación de dicho Código Floral además reglamentos a los menores de edad.

C. APLICACION DE LEYES Y REGLAMENTOS CASTRENSES A MENORES INFRACTORES.

Antes de entrar al estudio de la forma y grado de aplicabilidad de las leyes y reglamentos militares, a los menores de dieciocho años, trataremos de precisar brevemente el fundamento legal del Derecho Militar, es decir, la base constitucional del Fuero Militar.

¹¹⁹ **ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA**, Tomo VIII, DERE-DIVA, Ed. Driskill, S. A., Argentina, 1990, pág. 570.

El artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: "...Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales: Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano conocerá del caso la autoridad civil que corresponda..."

Como puede observarse, la primera parte del precepto prohíbe la existencia de leyes exclusivas o de tribunales singulares, a fin de que no puedan operar en forma ni en contra de alguien y en consecuencia establece el principio de igualdad de todos los hombres ante la ley y ante los tribunales.

Este principio de igualdad ante la ley, sin distinción alguna, así como el de ser oído públicamente y con justicia por los tribunales competentes, independientes e imparciales, fue proclamado nuevamente en los artículos sexto al décimo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de

1948, en la Ciudad de Nueva York..."¹¹⁴

En México, la Ley Orgánica de los Tribunales de la Nación del Distrito y Territorios, de 22 de noviembre de 1855, conocida como Ley Juárez, por haber sido su autor Don Benito, entonces ministro de justicia, fue expedida por el presidente Juan Alvarez, y mediante su artículo 42 suprimió los tribunales especiales, con excepción de los eclesiásticos y los militares, pero quitó a ambos la facultad de seguir conociendo de los negocios civiles de sus miembros y redujo a los castrenses para conocer sólo de los delitos puramente militares; durante la Guerra de Tres Años (1858-1860), un decreto de Félix Zuloaga, del 28 de enero de 1858, estaleció dichos fueros con la extensión que ya tenían el 1o. de enero de 1853.

La segunda parte del artículo en comento, señala que ninguna persona física o moral goce de privilegio que la haga intocable dentro de nuestro sistema jurídico político o bien que tenga especial jurisdicción para ella o sus intereses, ratificando de este modo el principio de igualdad ante la ley.

La tercera parte del precepto establece, constitucionalmente, la jurisdicción marcial sobre las violaciones graves o simples

¹¹⁴ Datos Obtenidos de la CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Comentada, 5ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Procuraduría General de la República, México, 1994, págs. 58-63.

contra la disciplina militar, cometidas exclusivamente por miembros de las fuerzas armadas y ordena clara y tajantemente que jamás un civil podrá, en forma alguna, quedar sujeto a dicha jurisdicción y en el supuesto caso de que en la comisión de un ilícito castrense se encuentre involucrada una persona sin la calidad personal de militar, ésta deberá quedar de inmediato a la jurisdicción civil o del fuero común.

La existencia del fuero de guerra obedece a la naturaleza misma del Instituto Armado y a su peculiar modo de vida inaccesible para los civiles y el cual se sustenta en la ya comentada disciplina militar, indispensable para la existencia del Ejército, que a su vez constituye la garantía de respeto a la soberanía nacional, al orden interno y a nuestras instituciones, por ello este fuero único que verdaderamente subsiste, es la excepción que confirma la regla.

Debemos aclarar que los militares sólo están sujetos al fuero de guerra, por faltas o delitos contra la disciplina militar, cometidos durante el servicio o fuera de éste, pero que se vinculen y afecten dicha disciplina, en cambio en todos los demás hechos y actos de su vida se encuentran, como cualquier otro ciudadano, bajo el imperio de las leyes y de los tribunales del fuero común.

Del precepto constitucional invocado, se originan todas y

cada una de las leyes y reglamentos militares, en los cuales únicamente se sanciona y reglamenta la conducta del personal militar, entendiendo por militar los individuos que legalmente pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas, con un grado de la escala jerárquica, estando sujetos a las obligaciones y derechos que para ellos establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y demás ordenamientos castrenses.

En ese orden de ideas, de acuerdo a su situación en el Ejército y Fuerza Aérea, los militares se consideran en: activo, reserva y retiro.

Para efectos de este trabajo de tesis, únicamente trataremos respecto al personal militar considerado en el activo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 138 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, que a la letra dice:

"El Activo, del Ejército y Fuerza Aérea, estará constituido por el personal militar que se encuentre:

- II. A disposición de la Secretaría de la Defensa Nacional;
- III. Con licencia;
- IV. Hospitalizado;
- V. Sujeto a proceso; y

VI. Compurgando una Sentencia".

Ahora bien, para efectos del presente estudio, los menores de edad pueden ingresar al Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos ya sea por conscripción de conformidad con lo establecido en la Ley del Servicio Militar; o por enganche voluntario, seleccionando a los individuos que lo soliciten, bajo las condiciones estipuladas en los contratos de enganche correspondiente. De tal suerte que el personal que haya sido reclutado de conformidad con las formas anteriores, quedará encuadrado dentro de lo establecido en la fracción I del artículo 138 antes mencionado.

Como ya se ha indicado, el personal que ingresa al Instituto Armado, por el sólo hecho de reunir la calidad de Militar, de conformidad con el artículo 13 Constitucional queda sujeto al fuero de guerra, por los delitos y faltas contra la disciplina militar.

Por otra parte, al personal que ingrese como alumno en los establecimientos de Educación Militar, deberá además de cumplir con los requisitos que sus propios reglamentos exijan quedar sujeto al Fuero de Guerra; los de las Escuelas de Formación de Oficiales que no posean grado militar, recibirán el nombre de "cadetes", aclarando que en esas escuelas se les confieren grados, mismos que tienen validez para efectos disciplinarios dentro y fuera del plantel. Cabe señalar, que sobre este

particular, la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos señala que los alumnos Nacionales o Extranjeros que en su calidad de Becarios concurren a realizar estudios en Planteles Militares no estarán sujetos al Fuero de Guerra, pero si deberán sujetarse a los Reglamentos y disposiciones particulares del plantel al que concurren.

Es pertinente aclarar, que se hace alusión a los alumnos de los establecimientos de Educación Militar, en virtud de que existen diversas escuelas de formación, que admiten menores de edad y son ellos quienes nos interesan para efectos de este trabajo.

Con lo expuesto, se concluye que de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, los Reglamentos Militares se aplican por igual a mayores y menores de edad, toda vez que la finalidad de aquellos es precisamente conservar el orden disciplinario, básico para la existencia del Ejército. Pero en cuanto al Código de Justicia Militar, existen atenuantes para la aplicación de penas por los delitos cometidos, por personal militar menor de edad e inclusive por alumnos que se encuentren recibiendo una Educación o Formación Militar, lo que será materia del inciso que a continuación analizaremos.

**D. APLICACION DE PENAS A MENORES DE DIECIOCHO AÑOS,
CONFORME AL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.**

Haciendo un breve recordatorio de lo apuntado en el capítulo relativo a la teoría del delito, cabe señalar, que las normas penales como resultado de la labor del legislador, son como es del conocimiento, genéricas, abstractas e impersonales; pertenecen al mundo conceptual y constan de dos partes: El Tipo y la Punibilidad. El tipo es la descripción hecha por el legislador de un evento antisocial, con un contenido necesario y suficiente para la protección de uno o más bienes jurídicos; la punibilidad, es la amenaza de privación de bienes hecha por el legislador y asociada a la realización del evento típico, dicha amenaza debe ser proporcional al bien jurídico que se quiere proteger y a la magnitud del ataque al mismo, ya sea doloso o culposo.

Ahora bien, por delito entendemos la culpable concreción de un tipo penal, es decir, se comete un delito cuando se realiza en el mundo fáctico el evento antisocial descrito en la norma y esa actuación le es reprochable al sujeto. En materia militar el delito es caracterizado por la tendencia a quebrantar o sustraerse del deber militar. La intención de violar una regla de disciplina, de faltar a las leyes de honor militar, como lo conciben las leyes y reglamentos del ejército. La punición es la fijación, por parte del Juez en la sentencia, de la específica

privación de bienes que debe sufrir el autor del delito, dicha individualización debe ser proporcional a la culpabilidad del sujeto y tiene como límites mínimo y máximo la punibilidad prevista por el legislador.

En ese orden de ideas, la pena se considera como medio directo de lucha contra el delito. Así el concepto de pena es menos amplio que el de sanción. Desde que se tiene noción del delito surge como su consecuencia, e históricamente aparejada a él, la idea de castigarlo, allí nace la pena. El concepto de sanción es, en cambio, bien moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas; podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa.

La pena presenta un doble aspecto, el de prevención y el de represión, o lo que es igual, significa una amenaza y constituye una ejecución. Ambos deben plantearse conjuntamente, pues si bien la represión es la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose sólo a uno de los momentos.

Cabe hacer notar lo que al respecto menciona el tratadista RAUL CARRANCA Y RIVAS, al decir "...La pena y su ejecución, para la defensa social, jamás han de perder de vista el objetivo de recuperación y resocialización del criminal. En caso contrario

y si únicamente se piensa en la naturaleza estrictamente retributiva de las penas, se llegará en efecto hasta la pena de muerte..."¹¹⁷

La represión se hace efectiva mediante los órganos del Estado, con un procedimiento prefijado contra el autor de un delito. La primera tarea del legislador es la de valorar prudente y adecuadamente las magnitudes penales, y la de valorar igualmente el bien jurídico al que la pena se vincula. Por ello constituye un error creer que la base del Derecho Penal es la de suprimir el delito, como también lo es el aumento inmoderado de las penas, ya que las sanciones psicológicamente eficaces son las penas justas.

La pena no es solamente un mal, sino que también adquiere un verdadero carácter represivo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la prisión preventiva y el arresto de testigos, que también son males pero no adquieren aspecto represivo.

Así las cosas, la represión como restauración del orden violado sólo podemos entenderla, sustituyendo la concepción temporal de la realidad con lo eterno. El tiempo como el espacio, es sólo apariencia. Por eso, lo que ha ocurrido no puede convertirse en no ocurrido, porque nuestros ojos no

¹¹⁷ CARRANCA Y RIVAS, Raúl, DERECHO PENITENCIARIO, Cárcel y Penas de México, 3ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1986, pág. 434.

consigan ver la represión, aunque con la ayuda de la razón podemos tratar de superarlo. Por eso debemos tener el atrevimiento de pensar que la pena elimina el delito ya cometido. Si el daño, como hecho material, no se presta a ser cancelado, otra cosa ocurre con el delito como hecho espiritual, pues para el espíritu, que es eterno no hay pasado. Y por eso también, para el cristianismo, el arrepentimiento apareja el perdón, y éste destruye al pecado.

Por lo anterior, creemos que la pena es la específica privación de bienes que debe sufrir el autor del delito a cargo del poder ejecutivo, dicha privación de bienes tiene como límite máximo la punición que fijó el Juez y como mínimo los beneficios que otorga la ley.

Antes de pasar al estudio de la pena, concretamente en el fuero militar, mencionamos lo que al respecto dice el maestro Fernando Castellanos; "...la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quiroz). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el Juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt)..." ¹¹⁸

¹¹⁸ **CASTELLANOS TENA, Fernando, LINIAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, (Parte General), 34ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1994, págs. 317-318.**

Ahora bien, el Código de Justicia Militar establece las penas que han de aplicarse al responsable de la comisión de un ilícito penal, señalando en su artículo 122, las siguientes:

- I. Prisión ordinaria;
- II. Prisión extraordinaria;
- III. Suspensión de empleo o comisión militar;
- IV. Destitución de empleo, y
- V. Muerte.

Enseguida anotaremos en forma breve en que consiste cada una de estas penas, de conformidad con lo previsto en el propio Código Foral, antes mencionado.

La pena de prisión ordinaria consiste en la privación de la libertad desde dieciséis días a quince años.

La pena de prisión extraordinaria es la que se aplica en lugar de la de muerte, en los casos en que así lo autoriza el Código de Justicia Militar, y durará veinte años.

La pena de suspensión de empleo consiste en la privación temporal del que hubiere estado desempeñando el sentenciado, y de la remuneración, honores, consideraciones e insignias correspondientes a aquél, así como del uso de condecoraciones para todos los militares, de distintivos para los individuos de

tropa y del de uniforme para los oficiales, esto, según el artículo 131 del Código en comento.

La pena de destitución de empleo, en forma general consiste en la privación absoluta del empleo militar que estuviere desempeñando el inculcado, sufriendo las consecuencias que al respecto señala el mismo Código de Justicia Militar.

Por último, la pena de muerte, como lo señala el mismo ordenamiento, no deberá ser agravada con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de realizarse la ejecución.

Como puede apreciarse, en el orden militar, tal parece que la pena tiene como fin primordial la intimidación y de ahí una marcada severidad en las sanciones que establece el Código Castrense. La misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza la pena de muerte para los delitos de este orden.

En términos generales en el sistema penitenciario mexicano existe una marcada tendencia en el Derecho Penal en la individualización de la pena, considerando que el delincuente es un hombre susceptible de readaptación al medio social en que ha vivido, cosa que no se advierte en el fuero castrense, porque la adaptación del infractor al medio tiene importancia muy

secundaria, ya que en el Ejército ha de atenderse preferentemente al peligro que la infracción representa. La individualización de la pena llegaría a anular el efecto preventivo que es el más importante para el Derecho Penal Militar. Con la seguridad de que el principio de la reeducación del delincuente prevaecía sobre el de la defensa del Estado, se haría imposible el mantenimiento de la disciplina.

Con respecto al comentario anterior, cabe mencionar que en el fuero de guerra, en materia de sistema penitenciario, no existen programas de readaptación del delincuente; más adelante señalaremos cual es la dependencia encargada de su elaboración y cual es el fundamento legal.

En relación al fin que persigue la pena en el fuero militar, Ricardo Calderón Serrano, señala: "...El propósito que la pena persigue en el orden militar impide que se admitan instituciones jurídicas de la ley punitiva ordinaria como la condena condicional, ni la sentencia indeterminada o sea la determinación de la pena o posteriori. Si la pena debe atender antes a la prevención del delito que a su represión, es decir, como al ejército interesa más el hecho que su autor, la lucha contra la reincidencia tiene menos importancia en el Derecho Penal Militar que en el común..." ¹¹⁰

¹¹⁰ CALDERON SERRANO, Ricardo, Op. Cit., pág. 36.

Ahora bien, el mismo ordenamiento penal militar, en su artículo 153 prescribe:

"Los menores de dieciocho años que por cualquier causa estuvieren prestando sus servicios en el ejército, serán castigados con la mitad de las penas corporales señaladas en la presente ley, respecto del delito cometido".

En páginas anteriores, manifestamos que la doctrina ha establecido que las normas penales han sido creadas en principio para imputables, es decir, para sujetos con capacidad psíquica para conocer, comprender y querer el resultado previsto en la norma, y que estas normas se componen de un tipo más una punibilidad; asimismo, existen normas para inimputables, pero se componen de un tipo más una medida de seguridad, por tal razón si el sujeto activo del delito es inimputable no se le puede imponer una pena a lo sumo una medida de seguridad.

Además, en nuestro sistema Constitucional todos los menores de dieciocho años, están fuera del Derecho Penal, no es que sean inimputables propiamente dicho, sino que el legislador como obra humanitaria ha querido que tengan una regulación separada del Derecho Penal y que para los efectos del tratamiento sean considerados como inimputables.

Cabe hacer hincapié, que estamos y en ello parece que hay un

consenso general, que es indiscutible en el estado actual de la ciencia penal, y aún las legislaciones antiguas lo llegaron a admitir, que el menor de edad no ha alcanzado el desarrollo intelectual para conocer la criminalidad de actos que configuran delitos. En ese sentido se establece una graduación en relación con la edad, que origina una destitución en la responsabilidad que se le puede atribuir por la infracción en las regulaciones jurídico penales.

Como tendencia general se observa en doctrina, y en la concreción legal un propósito de excluir al menor de edad de las normas represivas comunes que tratan los Códigos Penales.

El Fuero Militar, como puede apreciarse de lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Justicia Militar, no escapa a pretender dar un tratamiento especial a los menores de dieciocho años, imponiéndoles la mitad de las penas corporales que le corresponda al delito cometido; a nuestro parecer de alguna forma se les considera, por su minoría de edad, susceptibles de consideraciones legales.

Igual criterio se sigue para los alumnos de los establecimientos de educación militar, señalando el artículo 154 del mismo ordenamiento penal:

"A los alumnos de los establecimientos de educación militar

se les aplicarán las penas en la misma proporción establecida en el artículo anterior".

El dispositivo que se menciona, como ya se había mencionado, obedece a que en dichos establecimientos se encuentran alumnos "Cadetes" que son menores de dieciocho años de edad.

De lo anterior, se desprende que en el Derecho Penal Militar si se consideran imputables o sujetos de Derecho a los menores de edad; en el siguiente tema trataremos cual es el procedimiento para la aplicación de la prisión preventiva y la ejecución de penas para los menores de dieciocho años de edad.

E. DELINCUENCIA DE MENORES EN EL FUERO MILITAR.

1. PRISION PREVENTIVA Y EJECUCION DE PENAS.

Como ha quedado señalado en el Capítulo anterior, en el fuero de guerra, si es posible hablar de delincuencia de menores, pues en el Código de Justicia Militar se prevé la aplicación de penas a menores de edad; corresponde en este tema estudiar si existen disposiciones normativas que prevengan la prisión preventiva y la forma de ejecución de las penas a los menores involucrados en delitos netamente castrenses.

En principio diremos que la prisión preventiva se ha definido como: "...una medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave, por ello existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo..."¹²⁰

Sin que sea el objeto de este trabajo el análisis de la prisión preventiva, creemos conveniente citar otro concepto con el fin de comprender lo que al respecto se comenta, y para el efecto diremos que el maestro Jorge Alberto Silva Silva, menciona: "...La orden de detención preventiva participa de la misma naturaleza que la de prisión preventiva. Además implican la medida cautelar restrictiva de la libertad..."¹²¹

Al respecto, cabe indicar que no existe disposición que establezca con exactitud la duración máxima de la medida restrictiva de la libertad, a partir de la resolución de formal prisión o prisión preventiva, pues sólo existe plazo para la conclusión del proceso. No obstante, deduciendo el lapso de detención el plazo que establece el artículo 20 fracción X Constitucional "no podrá prolongarse la prisión preventiva por

¹²⁰ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Ob. Cit., pág. 1125

¹²¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto, DERECHO PROCESAL PENAL, Ed. Harla, México, 1990, pág. 508

más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivó el proceso.

Por lo anterior, existe la necesidad de justificar la prisión provisional por medio de una resolución judicial motivada, dictada en breve plazo.

Si examinamos brevemente la regulación de la detención preventiva en los ordenamientos modelo, es decir, los Códigos de Procedimientos Penales y Código Federal de Procedimientos Penales, dicha medida puede dividirse en dos etapas: primero la detención y posteriormente la prisión preventiva propiamente dicha. La primera se inicia al ejecutarse la orden de aprehensión y sólo puede durar setenta y dos horas, y la segunda se determina con el auto de formal prisión, pudiendo prolongarse durante todo el proceso, a no ser que se decrete la medida cautelar opuesta, en beneficio del inculpado, es decir la libertad provisional, que asume dos modalidades: bajo protesta y caucional. Aunque en el fuero de guerra únicamente existe la figura jurídica de la libertad caucional.

Por otra parte, la detención preventiva sólo puede efectuarse por orden judicial, cuando se impute al acusado delitos que se sancionen con pena corporal, a no ser que el acusado se resista a comparecer ante el Ministerio Público o ante el Juez de la causa como lo señalan los artículos 505 al 518 del

Código de Justicia Militar.

Un aspecto que debe destacarse en cuanto a la prisión preventiva es el lugar en el cual debe realizarse, pues como ya se ha expuesto, el artículo 18 de la Constitución Federal dispone:

"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes legales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán

instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso".

De lo anterior se desprende que el lugar en que debe realizarse la prisión preventiva será diverso y separado de aquél que utiliza para la ejecución de las penas. Sin embargo, esta ha sido una disposición de difícil aplicación debido a lo anacrónico de una buena parte de las instalaciones penitenciarias, por lo que con frecuencia se han utilizado los mismos edificios, en sectores diversos, o se ha mantenido a los detenidos provisionalmente, en instalaciones notoriamente inadecuadas. Afortunadamente en los últimos años se ha avanzado en esta

materia, y un ejemplo significativo lo es el contenido en el reglamento de reclusorios del Distrito Federal, que entró en vigor en enero de 1979, con el objeto de regular de manera específica las condiciones de la detención preventiva en los centros reclusorios, establecidos con ese propósito.

Por cuanto hace concretamente a las prisiones militares, cabe apuntar que en la actualidad las prisiones han mejorado, en instalaciones y además se publicó el Reglamento General de Prisiones Militares, que adelante mencionaremos, mismo que contempla una serie de disposiciones que vienen a normar las actividades de los reos.

Ahora bien, respecto a la ejecución de la pena, podemos decir que para que se de tal ejecución, primeramente debe de existir una sentencia ejecutoriada, entendiéndose por esto, cuando la ley no concede ningún recurso o cualquier medio de impugnación o bien cuando han sido consentidas expresa o tácitamente por las partes, quedando firmes dichas resoluciones estando en posibilidad de ejecutoriarse.

En relación a la Ejecución de penas, el maestro Cipriano Gómez Lara, menciona: "...debe entenderse por ejecución la materialización de lo ordenado por el tribunal a efecto de que tenga cumplimiento en la realidad - en lo fáctico - lo

establecido en la sentencia..."¹²². En México, en el año de 1929 surge la idea de establecer un órgano especializado de prevención y ejecución de sentencias, por lo que nace a la vida jurídica "El Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social", el cual tenía por objeto la prevención del delincuente así como la ejecución de las sanciones que fueron impuestas por los tribunales; no resultando dicho Consejo debido a que se le encomendaron otras funciones distintas a las planteadas. Sin embargo en la actualidad, la Secretaría de Gobernación cuenta con un organismo que se encarga de dichas funciones, lo que no ocurre en la vida militar.

Debemos precisar, que en el Fuero de Guerra no obstante que existe un Reglamento General de Prisiones Militares, recientemente publicado en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 22 de noviembre de 1994, no existe disposición alguna respecto a la prisión preventiva y ejecución de penas de los menores de dieciocho años, cabe recordar, que anteriormente ha quedado señalado que en este fuero, por disposición del Código de Justicia Militar, si existe el procedimiento punitivo por la comisión de delitos que afectan la disciplina militar, en términos de lo dispuesto por los artículos 57 y 58.

El citado Reglamento General de Prisiones Militares, señala en forma general que "las prisiones militares son instalaciones

¹²² Citado por SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., pág. 401

que tienen por objeto el control y la custodia de militares arrestados, detenidos y procesados; así como la readaptación del personal sentenciado, bajo un régimen de adiestramiento, disciplina, moral, trabajo y educación", y que éstas dependerán de la Secretaría de la Defensa Nacional por conducto de la Dirección General de Justicia Militar, la que se encargará de organizar, dirigir y supervisar su funcionamiento, así como la aplicación del presente reglamento", de lo que se desprende que el encargado de la ejecución de penas también es el Ejecutivo Federal, a través del Secretario de la Defensa.

El reglamento en comento si prevé la separación del personal interno, aunque de hecho puede observarse que no existe tal aspiración constituyendo letra muerta lo que establece el artículo 5º, que a la letra dice:

"Las prisiones militares a que se refiere el artículo anterior, deben estar situadas en lugares adecuados, a efecto de que proporcione la debida seguridad del personal interno que tenga el carácter de arrestado, detenido, procesado o sentenciado, mismo que deberá estar separado completamente conforme a su situación legal y sexo.

Otro de los aspectos importantes, es sin duda la Sección de Readaptación con que cuenta cada una de las prisiones militares, que existen en la actualidad, mismas que de igual forma no

cumplen con el fin para que fueron creadas, sin tomar en cuenta que en algunas de las prisiones no existen estas secciones, y cuando se requiere de la elaboración de algún dictamen tiene que ser integrada por personal de los Reclusorios estatales o de hospitales de la plaza en que se encuentre el establecimiento, en auxilio de la Justicia Militar, sin embargo el artículo 17 del multicitado reglamento, prescribe:

"La sección de Readaptación es la encargada de formular y desarrollar los programas para el proceso de readaptación necesario a cada individuo, para lograr su enmienda militar, estará a cargo de un Jefe u Oficial Criminólogo o personal con especialidad en esa rama, a quien se denominará Jefe de la Sección de Readaptación".

Respecto a la separación del personal interno de arrestados, detenidos, procesados y sentenciados también lo prescriben los artículos 34, 37, 41 y 45 del Reglamento invocado, pero como ya lo mencionábamos, no existe dispositivo relacionado con menores de dieciocho años, quienes como lo hemos venido sosteniendo no deben ser condenados a penas de prisión, y cuando esto sea inevitable por la propia naturaleza del fuero castrense, han de estar separados adecuadamente de los reclusos de más edad, en establecimientos especiales, con sistemas cuya finalidad exclusiva sea la educación y readaptación.

Cabe señalar que en la actualidad existen tres prisiones militares en la República Mexicana: una de ellas en la plaza México, D. F., otra en la Mojonera, Jalisco; y una más en Mazatlán, Sinaloa. Sin embargo, la única que cuenta con "recursos" materiales y humanos para lograr sus fines, es la jurisdiccional a la I Región Militar y 1/a. Zona Militar, en esta ciudad, y las dos restantes carecen de medios para lograr sus fines, en materia de readaptación y separación de internos.

En ese orden de ideas, en las prisiones militares no se cuenta con el personal idóneo para lograr la ejecución de la pena; por tal razón ha existido la inquietud de establecer un órgano de vigilancia para el cumplimiento de las sanciones, ya que se carece de éste, en virtud de que el órgano jurisdiccional emite sus sentencias y se desliga de hecho de su ejecución, sin saber, muchas de las veces, si efectivamente el sentenciado cumple con la sentencia.

Ahora bien, de conformidad con el Reglamento General de Prisiones Militares, existe un Consejo Técnico interdisciplinario en cada prisión militar, con el fin de llevar a cabo los objetivos de vigilancia y aplicación de las medidas necesarias para el tratamiento establecido para cada reo y de esa forma lograr su readaptación social; debe tomarse en cuenta que para cumplimentar lo anterior, se debe contar con personal especializado, capacitado en la organización y funcionamiento de

las instalaciones penitenciarias, para obtener el mayor beneficio para los reos, así como para mejorar el trato que se da a los internos por parte del personal encargado de la vigilancia y cumplimiento de la ejecución de la pena, mismas que van a ser exclusivamente compurgadas en las prisiones militares de México.

Se hace notar, que no existe un renglón especial donde se contemple la ejecución de penas de menores de dieciocho años, por lo consiguiente se les da un trato igual como si fuera mayor de edad, lo que consideramos actos de injusticia y contrario a los preceptos constitucionales que hemos venido invocando.

Por otra parte, en el fuero de guerra también existe un Reglamento a que deben sujetarse los Grupos de Militares Procesados o Sentenciados y respecto del pago de haberes y estancias a los militares, marinos, aviadores y asimilados a estas fuerzas que se encuentren procesados; sin embargo, este reglamento únicamente regula la forma de control administrativo del personal militar que se encuentre procesado o sentenciado, ya sea interno o gozando de libertad provisional, pero no señala nada respecto a los menores de dieciocho años de edad, por lo cual no existe la atención debida para este personal.

Creemos oportuno señalar, que la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en su artículo 92 fracción III, señala: "El servicio de justicia tendrá a su cargo la procuración y la

administración de la justicia por los delitos del fuero de guerra y vigilar el cumplimiento de las penas impuestas por las Dependencias encargadas de administrar la justicia; el asesoramiento a la Secretaría de la Defensa Nacional en asuntos técnicos jurídicos; y además realizará las actividades siguientes... Vigilar que los militares procesados y sentenciados, conserven su capacidad física y la profesional en su caso, hasta su reincorporación a las actividades militares o civiles...", por lo cual consideramos que es a la Dirección General de Justicia Militar a quien le corresponde la vigilancia del cumplimiento de las penas.

Lo anterior, se encuentra reglamentado también en su artículo 41 fracción IX del Reglamento Interior de la Secretaría de la Defensa Nacional, que establece: "Corresponde a la Dirección General de Justicia Militar... Someter a consideración del Secretario de la Defensa Nacional programas de rehabilitación de sentenciados, supervisando su aplicación...", lo que reafirma aún más que es obligación de dicha Dirección no sólo la supervisión del cumplimiento de las penas, sino de la elaboración de programas para lograr la readaptación correspondiente. . No obstante lo manifestado, en la actualidad no existen programas tendientes a la readaptación para personal mayor de edad y menos para menores de edad.

2. TRATAMIENTO DE MENORES SENTENCIADOS.

Si partimos de que sólo el hombre puede cometer delitos porque tiene voluntad, inteligencia y libertad, esas facultades hacen que podamos reprocharle una mala conducta. No sucede así con los animales, las plantas, los objetos inanimados que carecen de esas facultades y, por lo mismo, no pueden ser sujetos de reproche. Lo mismo sucede con los niños y menores de edad y los locos o débiles mentales, que no son imputables porque no tienen capacidad para recibir el reproche que establece la norma penal.

En relación a lo anterior, los Códigos napoleónicos, en materia civil y penal, de enorme influencia en la legislación mundial no le daban sino importancia muy limitada a la personalidad del menor. Y es a partir de la segunda mitad del siglo XIX que surge un movimiento para proteger a la infancia, el que definitivamente perduraría con los avances de la psicopedagogía, de la neropsiquiatría infantil y de la sociología, siendo las técnicas sociales a las que aportaron bases sólidas y científicas a esos primeros esfuerzos..."¹²³

Lo importante de todo esto, es que el menor "desadaptado" queda fuera del Derecho Penal.

Ahora bien, fuera del Derecho Penal Militar existen

¹²³ CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Ob. Cit., pág. 535

Tribunales para Menores; la idea básica de esas instituciones es substraer al menor del campo del Derecho Penal. En tal virtud no se concibe la jurisdicción de menores sino para aplicar medidas de salvaguarda, educación y reeducación, amonestación, libertad sobrevigilada, permanencia del menor en el seno de familias capacitadas para recibirlo, idéntica permanencia en centros de reeducación pública o privada, o bien en hogares de semilibertad. Medidas que han de ser altamente individualizadas. Como ha quedado establecido en puntos anteriores la inimputabilidad y el no discernimiento no equivalen a una "pretendida" irresponsabilidad psicológica en el menor; en el caso del menor la voz "inimputable" se refiere al que no es responsable en el terreno estricto del Derecho Penal para adultos. En suma el psiquismo de un menor no es comparable con el de un adulto.

Asimismo, consideramos que el menor ha de ser juzgado por quien previamente lo conozca, lo que obliga a que el procedimiento sea flexible y sin formalismos. Se trata también, de que el menor no reciba un choque efectivo y profundo que perturbe su psiquismo y comprometa su tratamiento.

Es de gran importancia, desde el punto de vista sociocriminal y más específicamente desde aquél de la Política Criminal, que el Estado mexicano haya por fin dedicado parte de sus empeños a la prevención del delito, al tratamiento del delincuente y a los menores infractores.

Sin embargo, debemos confesar que muy a pesar de nuestras aspiraciones, en México la reforma penitenciaria está todavía por hacerse, desde sus mismos cimientos. Técnicamente nada existe sobre funcionalidad de prisiones, nada sobre organización científica del trabajo de ellas, nada sobre una verdadera clasificación de los reclusos, nada sobre lo que moderadamente se quiere que sea la pena privativa de libertad. Este comentario se refiere exclusivamente a prisiones militares.

En el orden común, se ha tratado de establecer una reforma penitenciaria con la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, misma que en su artículo 6° prescribe; "...El tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales.

Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.

El sitio en que se desarrolle la prisión preventiva será

distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separados, las mujeres quedarán recluidas en lugares separados de los destinados a los hombres. Los menores infractores serán internados, en caso, en instituciones diversas de las asignadas a los adultos..."

Lo anterior, resulta una aspiración inalcanzable en el Fuero Militar, en virtud de que actualmente no existen instituciones diversas o especiales para el tratamiento de menores sentenciados o procesados por delitos que afectan la disciplina militar, y son recluidos en la misma prisión militar destinada a los adultos, al respecto cabe mencionar que la pena de prisión como se ha comprobado en otros lugares, es un factor criminógeno de primer orden para la recaída o reincidencia al delito, en México en cambio, tiene como finalidad la readaptación social del interno. Sin embargo, en las prisiones militares no se ha puesto interés en este aspecto.

Factores sociopolíticos, dentro del enfoque político, el sistema penitenciario en el fuero de guerra ha sido olvidado, puesto que en los diversos marcos en que se desenvuelve la esfera social, los procesados y sentenciados, incluyendo menores de edad, son tratados como humanos sin derechos, sin embargo se utiliza presupuesto nacional para pagar los "beneficios" que gozan los internos, mismo que en alguna ocasión éstos han pagado y sus familiares también, se promete acabar con la delincuencia

construyendo nuevos y mejores centros de readaptación, pero no se renueva la sociedad que los ha creado.

Ahora bien, el sistema penitenciario que se presenta en la milicia sirve para comprobar la débil situación de un centro de readaptación completamente rígido y estricto, si a esto agregamos que la mayoría de los internos, tratase de menores a mayores de edad, no están por el mismo delito, por lo cual están procesados o sentenciados, éstos están sujetos a modificar su conducta y por lo regular a hacerse delincuentes en potencia; hay otras naciones que han puesto en práctica nuevos sistemas abiertos y semi-abiertos, que han comprobado una vez más que un trabajo en una zona cordial y amable es más productivo que en un lugar extraño y amenazante, así como grandes logros en la readaptación del recluso.

Es evidente que el tratamiento del delincuente exige conocimientos técnicos profesionales y la necesidad de hacer clasificaciones mediante centros de observación, y diagnósticos para poder ejercer la terapia adecuada y sobre todo hacer efectiva la disposición prevista en el artículo 41 fracción IX del Reglamento Interior de la Secretaría de la Defensa Nacional, con el fin de que la Dirección General de Justicia Militar, elabore programas de rehabilitación de sentenciados y deje de ser letra muerta el precepto que se menciona.

Cabe recalcar, que el sistema penitenciario en el fuero militar está muy lejos de cumplir con las aspiraciones que hemos venido planteando, en virtud de que además de que el Código de Justicia Militar sanciona a los menores de dieciocho años, por la comisión de conductas que atentan contra la disciplina militar, considerándolos sujetos de Derecho Penal, no obstante lo previsto en la Carta Magna, en su artículo 18, en la parte conducente al trato de menores, no existen lugares adecuados para el cumplimiento de las sanciones impuestas, ni mucho menos un sistema de readaptación social, recibiendo el mismo trato que los adultos y sobre todo sosteniendo una convivencia con el personal de internos que han cometido todo tipo de ilícitos.

Por lo anterior, creemos que es necesario reformar el Código de Justicia Militar, en cuanto al tratamiento que se debe dar a los menores de dieciocho años, ya que consideramos que no deben ser sujetos de derecho penal; en el siguiente tema trataremos el porque de la reforma que se propone.

F. NECESIDAD DE REFORMAR EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, RESPECTO A LA APLICACION DE PENAS A MENORES DE DIECIOCHO AÑOS.

Como lo expresamos en notas anteriores, conforme a lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Federación y los Gobiernos de los Estados tienen la obligación de establecer instituciones especiales para el

tratamiento de menores infractores.

Ahora bien, la Secretaría de la Defensa Nacional como parte integrante de la Administración Pública Centralizada y como Dependencia para el estudio, planeación y despacho de los negocios del orden administrativo del Poder Ejecutivo, consideramos que también debe observar la disposición Constitucional que se menciona, es decir el artículo 18, en virtud de que, como ya lo mencionamos dicha Secretaría a través de la Dirección General de Justicia Militar es la encargada de vigilar el cumplimiento de las penas en el Fuero de Guerra.

Asimismo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los menores de dieciocho años deben ser tratados por instituciones especiales que establezcan los Gobiernos de los Estados y la Federación en el ámbito de sus respectivas competencias; de ello se desprende que los menores de dieciocho años que cometan delitos no serán considerados como delincuentes y por lo tanto no se les aplicará pena alguna sino que serán sujetos de un tratamiento especial.

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, señala que las Secretarías de Estado forman parte del Gobierno Federal, y la Defensa Nacional es una Secretaría de Estado, luego entonces debe también establecer un medio especial para el tratamiento de los menores de dieciocho años de edad,

quienes insistimos no deben ser tratados como delincuentes, ya que el legislador Federal ha querido, que por razón de la edad, sean tratados como inimputables, dado que aún no alcanzan la suficiente madurez para comprender el alcance jurídico de sus actos.

En el orden común, se han creado instituciones espaciales, como ya lo hemos analizado en temas anteriores, para el tratamiento de menores de edad, a quien ya dijimos se les debe considerar inimputables, pues esta disposición es de carácter Constitucional. Sin embargo, en el Fuero Militar, en el Código de Justicia Militar se les considera sujetos de derecho, es decir imputables, con lo cual creemos que se conculcan las garantías y derechos mínimos consagrados en la Carta Magna.

Al respecto, el Código de Justicia Militar en su artículo 153, prescribe: "Los menores de dieciocho años, que por cualquier causa estuvieren prestando sus servicios en el ejército, serán castigados con la mitad de las penas corporales señaladas en la presente ley, respecto del delito cometido".

Lo preceptuado en el artículo que se menciona, creemos que no se puede considerar como un tratamiento especial hacia los menores de edad, contraviniendo lo señalado en el artículo 18 de la Constitución Federal.

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario, de acuerdo con la Teoría Finalista, que actualmente prevalece, el sujeto activo viene descrito en el tipo como el que está en posibilidad de realizar la conducta. Sujeto activo en toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo penal, así por ejemplo cuando el legislador dice "el que prive de la vida a otro", es sujeto activo todo aquel que está en posibilidad normativa de privar de la vida a otro. Por lo que sujeto activo será el que está en condiciones de realizar lo descrito en el tipo penal, quien realiza lo descrito en el tipo es autor material. La capacidad psíquica del delito, por ser una capacidad de autor material, queda incluida en el contenido del sujeto activo. Todo sujeto activo debe tener una capacidad psíquica; el legislador penal se dirige a sujetos con una capacidad que les permite comprender y conducirse, esta capacidad tiene dos aspectos: voluntariedad e imputabilidad.

La voluntariedad la entendemos como la capacidad de voluntad, es decir, la capacidad de conducción en el mundo fáctico, en otras palabras la capacidad de conocer y querer la realización de la conducta descrita en el tipo. Capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal, en la comisión dolosa, o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que por descuido produce la lesión del bien jurídico, en la comisión

culposa.

La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, por lo mismo una capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva del particular tipo penal. Es la capacidad de comprender la ilicitud y de conducirse conforme a esa condición, también es considerada como "...la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del Derecho represivo. Desde este punto de vista evidentemente los menores (de 18 años según nuestra ley; en algunos Estados del país se fija como límite), son inimputables..."¹²⁴

Las normas penales para adultos se dirigen, en principio, a adultos con capacidad psíquica. Puede haber normas penales para inimputables permanentes, pero no se compondrían de un tipo penal sino de una medida de seguridad. La mayoría de los tratadistas no suponen al sujeto activo como elemento del tipo, sino a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

No existe el sujeto activo cuando falte en el caso concreto o cuando falte alguno de sus elementos o requisitos (voluntariedad o imputabilidad). Si existe ausencia de capacidad psíquica, el sujeto puede ser involuntario o inimputable.

¹²⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. pág. 231.

El aspecto involuntable se refiere a la ausencia de capacidad de conocer y querer la realización de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal o ausencia de la capacidad de conducta.

La inimputabilidad, es la ausencia de capacidad para comprender la específica ilicitud o para conducirse de acuerdo a esa coordinación.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

"MENORES.- El ámbito de eficiencia personal de la Ley penal no incluye a los menores de dieciocho años (edad límite), a quienes sólo pueden aplicarse medidas tutelares y educativas por lo que si a un menor se le sigue juicio por todos sus trámites y se le sentencia condenatoriamente, carece de validez lo actuado, al ser incompetente objetivamente el órgano jurisdiccional que decidió".

Amparo Directo 3398/1955. Francisco Avila Chávez, resuelto 5/AG/57 unanimidad 5 votos, ponente el mtro. Mercado Alarcón, Srío. Lic. Rubén Montes de Oca. Primera Sala.- Boletín 1957, pág. 535, Sexta Epoca, Volumen VI, Segunda Parte, pág. 186

Tesis idéntica: Directo 5554. Juventino Félix Méndez. Resuelto 19/ene./57, Unanimidad 4 votos. Ausente Mtro. Franco Rubén Montes de Oca. Primera Sala. Boletín 1957, pág. 77,

"MENORES DELINCUENTES: Las medidas educativo-correccionales que se aplican no pueden considerarse jurídicamente como penas.- Es cierto que las medidas de carácter educativo correccional que se aplican a los menores que han ejecutado conductas descritas como delitos, entrañan una afectación a su esfera jurídica; pero ello no significa que se les pueda catalogar como penas; ya que, mientras en estas se procura la reparación del derecho violado, en la medida que es posible, y la regeneración del delincuente y, en cierta forma, la satisfacción de la vindicta pública, en el caso de los menores la finalidad es puramente educativa del ámbito representativo de la Ley penal".

Amparo Directo 7429/1950.- Alfonso Reyes y Coagraviado. Resuelto el 13/nov./1956, por unanimidad de 4 votos. Ponente Mtro. Chico Goeme, Srío. Lic Javier Alba Muñoz. Primera Sala.- Boletín 1956, pág. 791, Quinta Epoca, Tomo CXXX, pág. 470, con el título: "Sanción para menores delincuentes y beneficio de la CONDENA CONDICIONAL.

Ahora bien, no obstante que el Derecho Penal Militar tiene

como característica el ser represivo y sancionador, y que las penas que impone son ejemplares y aflictivas porque su objeto es la conservación de la disciplina, no debemos olvidar que los menores de edad tienen derechos protegidos en la Constitución Federal, y el hecho de que en el fuero de guerra se les impongan penas, consideramos que se vulneran tales derechos; además que no se observa en absoluto las citadas tesis de jurisprudencia.

En tal virtud, estimamos que, el artículo 153 del Código de Justicia Militar debe ser derogado, ya que contraviene lo dispuesto en el numeral 18 párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido que se deben establecer instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores; asimismo, se contrapone al criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis que previenen un procedimiento especial para los menores, razón por la que consideramos debe excluirse a los menores de dieciocho años del Código de Justicia Militar y ubicarlos en una ley especial que contemple medidas educativo-correccionales para su tratamiento, así como el procedimiento a seguir y el órgano encargado de la aplicación de esa ley.

Cabe aclarar, que en el presente trabajo al hablar de Instituto Armado, de militares en forma general, se incluye a las tres fuerzas armadas de nuestro país, es decir el Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada, puesto que en el Código de Justicia

Militar se rige a los miembros de las tres fuerzas y el Supremo Tribunal Militar y Juzgados Militares existentes son los componentes para conocer los asuntos de cualquiera de las tres fuerzas armadas.

Pudiera pensarse, que en virtud de que el fuero militar subsiste en base a lo previsto por el artículo 13 Constitucional, para sancionar los delitos y faltas contra la disciplina militar, ésta última indispensable para la existencia del Instituto Armado, se justifica que aún los menores de dieciocho años de edad, que por cualquier motivo estuvieran prestando sus servicios, sean sancionados penalmente cuando encuadren su conducta en un tipo descrito en el Código de Justicia Militar, con el fin de mantener la disciplina. Sin embargo, como ya lo decíamos con anterioridad; las normas contenidas en el Código de referencia no pueden ir más allá o contravenir lo dispuesto en un precepto constitucional, por ser la norma suprema. Y en todo caso en ningún fuero por especial que sea, se puede permitir la violación de los Derechos Humanos plasmados en las garantías individuales en la Carta Magna.

Con lo anterior no pretendemos decir que no se admita a menores de dieciocho años en las Instituciones Armadas del país, sino que se les dé un trato similar a los menores en el orden común, y en todo caso se les aplique únicamente correctivos disciplinarios para mantener la disciplina, en tanto adquieren su

mayoría de edad y su completa formación militar dentro de un marco de legalidad, para estar en posibilidad de cumplir las altas e importantes misiones que la Nación mexicana les ha encomendado a las Fuerzas Armadas.

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

PRIMERA.- Desde mi particular punto de vista, en los Estados Unidos Mexicanos la Mayor edad debe iniciar al momento de que el individuo cumpla dieciocho años, ya que los estudiosos del Derecho coinciden que cuando se llega a este ciclo de vida y no se padezca de algún trastorno mental estaremos a partir de entonces en condiciones de entender y querer la conducta a realizar ya sea dentro del campo del Derecho Penal o en cualquier área del sistema jurídico mexicano. En cuanto no se dé esta condición nos encontraremos en la minoría de edad y fuera del ámbito del Derecho puesto que los menores de edad están sujetos a medidas tutelares por parte del Estado. El artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal dice expresamente "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos", el artículo 34 de nuestra Carta Magna exige como requisito para ser ciudadano haber cumplido dieciocho años, por tales motivos y fundamentos es de considerarse que debe haber un criterio unánime respecto a la mayor edad penal y no como a la fecha que algunos Estados de la República han variado el concepto de la mayoría de edad y consideran que se inicia a los dieciséis años según sea la Entidad.

SEGUNDA.- Los factores internos o endógenos, así como los

externos o exógenos influyen en el comportamiento de los menores de edad, puesto que los primeros los vamos a encontrar dentro del individuo y los segundos en el medio ambiente, dicha influencia puede ser negativa o positiva en el primer caso estaremos en presencia de las conductas antisociales.

TERCERA.- Los menores de edad se encuentran fuera del campo del Derecho penal o sea que si estos llegasen a realizar una conducta que las Leyes Penales consideren un delito, no podrán ser sujetos de alguna pena puesto que todos son inimputables, quedando sujetos a la tutela del Estado. Si la mayor edad se alcanza a los dieciocho años todos los que no hayan cumplido esta cantidad de años, son menores de edad, haciendo hincapié que en el Código de Justicia Militar si se contempla la Imputabilidad a los menores de dieciocho años, en los artículos 153 y 154 del ordenamiento referido.

CUARTA.- Hablando de las conductas antisociales, nos damos cuenta que no todas las conductas antisociales son delitos, pero lo que es muy cierto es que todos los delitos son conductas antisociales, y van en contra del bien común, debiendo entender que el bien común, es todo aquello que sirve y perfecciona a la naturaleza humana, así todos los delitos estarán sancionados por la Ley Penal. Las conductas antisociales constituyen una predisposición para inducir al individuo a delinquir, como es el caso de las personas que ingieren alcohol o alguna droga.

QUINTA.- Los elementos del delito serán por regla general positivos y negativos, los primeros configuran su existencia y los segundos obviamente su inexistencia, haciendo hincapié de que la IMPUTABILIDAD, la consideramos como un presupuesto del elemento de culpabilidad y por lo mismo viene siendo un presupuesto de todo delito. De acuerdo al Código Penal Vigente delito es "EL ACTO U OMISION QUE SANCIONAN LAS LEYES PENALES".

SEXTA.- Los delitos contra la disciplina Militar tienen su fundamento legal en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como ley fundamental, y en el artículo 57 del Código de Justicia Militar vigente en donde se desprende todo el ordenamiento sustantivo castrense. Por lo anterior es que todos los Militares que llegasen a cometer un delito al momento de encontrarse en servicio o con motivo de actos del mismo y circunstancias que tengan que ver con el orden Militar, serán juzgados por Tribunales Militares porque su conducta encuadra dentro de los delitos contra la disciplina Militar.

SEPTIMA.- De acuerdo a la Carta Magna, el sitio para cumplir las Penas será distinto al lugar destinado para la prisión preventiva y estarán completamente separados, pero lo cierto es que en la actualidad se pueden encontrar en las prisiones Militares personal en prisión preventiva cumpliendo una sentencia, esto significa que no están respetando la

Constitución.

OCTAVA.- Los menores de dieciocho años, están considerados por el Código de Justicia Militar como personas a las que se les puede aplicar el Derecho Penal, por lo tanto serán imputables y al cometer un delito se les aplicará una pena, la cual desde mi punto de vista es incorrecto ya que deberían ser inimputables y su tratamiento deje sujetarse a una medida tutelar por parte del Estado obviamente de manera especial y no como sucede en la actualidad que compurgan penas junto a las personas adultas o sea mayores de dieciocho años y en áreas de prisión preventiva vulnerándoles sus garantías individuales.

NOVENA.- Por la situación económica y Política que se vive en nuestro país es conveniente que se les brinda la oportunidad a los menores de dieciocho años para que formen parte del Ejército ya que considero que podrán adaptarse fácilmente a la disciplina Militar, como probablemente sucede en los Colegios Militares, pero se debe dar un trato especial al momento de que estos cumplen con su servicio o por circunstancias del mismo realizaran una conducta que el Código sustantivo contemple como delito ya que actualmente se les trata como sujetos imputables.

DECIMA.- Por todo lo antes mencionado es que considero que deben derogarse los artículos 153 y 154 del Código de Justicia Militar Vigentes a la fecha, porque estos consideran imputables

a los menores de dieciocho años que prestan sus servicios en el Ejército Mexicano, así como a los alumnos de establecimientos de educación Militar, por contraponerse al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en su párrafo que dice "La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores". La ley especial que deberá suplir a los artículos en cuestión debe ser analizada y propuesta por los legisladores ya que debe analizarse de manera profunda y en este trabajo se ha pretendido hacer la observación respecto a la violación de las Garantías individuales de los menores de dieciocho años en el fuero de Guerra en nuestro México.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ABARCA, Ricardo, EL DERECHO PENAL EN MEXICO, 1a. ed. Ed. Cultura, México
- 2.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel, OBLIGACIONES CIVILES, 2a. ed. Ed. Harla, S.A. de C.V., México 1983.
- 3.- BORDA, Guillermo A. DERECHO CIVIL, Parte General Tomo I, Buenos Aires Argentina 1953.
- 4.- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO MILITAR, Aeronáutico, Naval y Terrestre, Tomo II, Cd. Claridad, Argentina 1961.
- 5.- CALDERON SERRANO, Ricardo, DERECHO PENAL MILITAR, Parte General, UNAM, Ed. Ediciones Minerva, S. de R. L., México 1941.
- 6.- CARRANCA Y RIVAS, Raúl, DERECHO PENITENCIARIO, Cárcel y Penas de México, 3a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1986.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General, Tomo I, 4a. ed. Ed. Antigua Librería Robledo, México 1955.
- 8.- CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 15a ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1981.
- 9.- CUELLO CALON, Eugenio, DERECHO PENAL, Tomo I, 9a. ed. Ed. Nacional, México 1961.

- 10.- CUELLO CALON, Eugenio, DERECHO PENAL, Parte General Tomo I, 4a. ed. Ed. Bosch, Barcelona España 1962.
- 11.- COLIN SANCHEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 13a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México 1962.
- 12.- COMAS, Juan, MANUAL DE ANTROPOLOGIA FISICA, Ed. UNAM, México 1956.
- 13.- DE LA PEÑA Y CUELLAR, D. Nicolás, LEGISLACION MILITAR NOVISIMA, Impresor de la Real Casa, Tipografía de Manuel C. Hernández, Libertad 16 duplicado, Madrid España 1886.
- 14.- DI TULLIO, Benigno, PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGIA CLINICA Y PSIQUIATRIA FORENSE, Ed. Aguilar, Madrid España.
- 15.- EMILIO COQUIBUS, Juan, CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, Tratado Tercero Libro II, 1a. ed. Ed. Bibliografía Argentina, Argentina 1957.
- 16.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, DERECHO CIVIL PRIMER CURSO, Parte General, Personas, Familia, 6a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México 1983.
- 17.- JESCHECK, Hans-Heinrich, TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General, 3a. ed. Ed. Bosch, Barcelona España 1978.
- 18.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, LA LEY DEL DELITO, 2a. ed. Ed. Hermes, Buenos Aires Argentina 1954.
- 19.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo III, 2a. ed. Ed. Lozada, S. A., Buenos Aires Argentina 1958.

- 20.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo V, 2a. ed. Ed. Lozada, Buenos Aires Argentina 1963.
- 21.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO, 3a. ed. Ed. Sudamericana Buenos Aires Argentina.
- 22.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, LA ANTIJURICIDAD, Ed. Porrúa, S.A., México 1952.
- 23.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, LA TIPICIDAD, Ed. Porrúa, S.A., México 1955.
- 24.- LANDABURU, Laureano, EL DELITO COMO ESTRUCTURA, Povista Penal, Tomo I, No. 1.
- 25.- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORIA DEL DELITO, Ed. Porrúa, S.A., México 1994.
- 26.- LOPEZ REY Y AROJO, Manuel, CRIMINOLOGIA, Ed. Aguilar Madrid España 1973.
- 27.- MAGGIORE, Giuseppe, EL DERECHO PENAL, EL DELITO, Tomo I, 2a. ed. Ed. Temis, Bogotá Colombia 1989.
- 28.- MAGGIORE, Giuseppe, DERECHO PENAL, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá Colombia 1989.
- 29.- MARCHIORI, Hilda, PSICOLOGIA CRIMINAL, Ed. Porrúa, S.A., México 1975.

- 30.- MEZGER, Edmundo, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1955.
- 31.- MEZGER, Edmundo, DERECHO PENAL, Parte General, Tomo IV, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1938.
- 32.- MIR PUIG, Santiago, DERECHO PENAL, Parte General, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, España 19
- 33.- MONTERO ZENDEJAS, Daniel, DERECHO POLITICO MEXICANO, Ed. Trillas, México 1991.
- 34.- MUÑOZ, Luis, DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo I, Ed. Modelo, México 1971.
- 35.- ORELLANA WIARCO, Octavio A., MANUAL DE CRIMINOLOGIA, 2a. ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1982.
- 36.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, 2a. ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1976.
- 37.- PAVON VASCONCELOS, Francisco y Gilberto, VARGAS LOPEZ, CODIGO PENAL DE MICHOACAN COMENTADO, Parte General, 2a. ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1976.
- 38.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, 4a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México
- 39.- PORTE PETIT CAUDAUDAP, Celestino, PROGRAMA DE DERECHO PENAL, Parte General, 2a. ed. Ed. Trillas, México 1990.

- 40.- QUIROZ CUARON, Alfonso, MEDICINA FORENSE, 6a. ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1990.
- 41.- RESTEN, René, CARACTEROLOGIA DEL CRIMINAL, Ed. Luis Miracle, Barcelona España 1993.
- 42.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, CRIMINALIDAD DE MENORES, Ed. Porrúa, S. A., México 1987.
- 43.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, CRIMINOLOGIA, 8a. ed., Ed. Porrúa, S. A., México 1993.
- 44.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, 2a. ed. Tomo I, Ed. Porrúa, S. A. México,
- 45.- SALVAT, Raymundo M., TRATADO DE DERECHO CIVIL PENAL, Parte General, Vol. I, Buenos Aires Argentina 1947.
- 46.- SILVA SILVA, Jorge Alberto, DERECHO PROCESAL PENAL, Ed. Harla, México 1990.
- 47.- SOLER, Sebastián, DERECHO PENAL ARGENTINO, Tomo I, 2a. ed., Ed. Tipográfica, Editora Argentina, Buenos Aires Argentina 1995.
- 48.- TOCAVEN GARCIA, Roberto, ELEMENTOS DE CRIMINOLOGIA INFANTO JUVENIL, Ed. Porrúa, S. A., México 1991.
- 49.- TOCAVEN GARCIA, Roberto, MENORES INFRACTORES, Ed. Porrúa, S.A., México 1993.
- 50.- MANINI, Ottorino, ISTITUZIONI DI DIRITTO PENALE, Roma,

Italia 1939.

- 51.- VEJAR VAZQUEZ, Octavio, AUTONOMIA DEL DERECHO MILITAR, Ed. Stylo, México 1948.
- 52.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, TRATADO DEL DERECHO PENAL, Parte General, Tomo IV, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1988.
- 53.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, 2a. ed. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.