

884609



ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS JURIDICAS

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8846-09.

“LA CORRECTA Y EDUCADA PENALIDAD DEL DELITO DE
VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN EL CÓDIGO PENAL PARA
EL ESTADO DE MÉXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CUAUHTÉMOC GABRIEL TELLO MENDOZA

ASESOR DE TESIS: JORGE A. TELLO ESCAMILLA
REVISOR DE TESIS: JOSÉ MIGUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ



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.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

AGRADECIMIENTOS

A MI PADRE

Mi más eterno agradecimiento
por haberme inculcado el
amor al estudio, que es el bien
máspreciado en mi vida y
mi futuro profesional

A MI ESPOSA

Linda S. Escalona Mares
Por el apoyo que me brindaste
y por ayudarme a conquistar
esta meta.

**A LA ESCUELA SUPERIOR
DE CIENCIAS JURÍDICAS.**

Por darme la formación académica
y los conocimientos para
enfrentar el mundo de hoy.

Así como a mis compañeros
y amigos de generación.

A MI ASESOR DE TESIS

LIC. JORGE A. TELLO ESCAMILLA

Por proporcionarme las herramientas
necesarias y depositar en mi su confianza
y conocimientos para alcanzar esta meta.

A TODOS MIS PROFESORES

Porque con su dedicación, empeño y
amor a las Ciencias Jurídicas, aportan
su granito de arena para tener un México
mejor en el futuro.

“LA CORRECTA Y ADECUADA PENALIDAD DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO”

CAPITULADO

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPUITULO I

DERECHO PENAL CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

| | | |
|-----|---|----|
| 1. | CONCEPTO..... | 2 |
| 2. | CLASIFICACIÓN..... | 3 |
| 3. | RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS..... | 5 |
| 4. | ANTECEDENTES HISTORICOS..... | 7 |
| 4.1 | PERÍODO DE LA VENGANZA PRIVADA..... | 8 |
| 4.2 | PERÍODO DE LA VENGANZA DIVINA..... | 10 |
| 4.3 | PERÍODO DE LA VENGANZA PÚBLICA..... | 11 |
| 4.4 | PERÍODO HUMANISTA..... | 13 |
| 4.5 | PERÍODO CIENTÍFICO..... | 15 |
| 4.6 | ESCUELA CLÁSICA..... | 16 |
| 4.7 | ESCUELA POSITIVA..... | 19 |
| 5. | BIENES JURÍDICAMENTE TUTELADOS..... | 22 |

CAPITULO II

EL DELITO

| | | |
|-----|---------------------|----|
| 1. | CONCEPTO..... | 23 |
| 2. | ELEMENTOS..... | 27 |
| 2.1 | CONDUCTA..... | 27 |
| 2.2 | TIPICIDAD..... | 37 |
| 2.3 | ANTI JURICIDAD..... | 40 |
| 2.4 | IMPUTABILIDAD..... | 48 |
| 2.5 | CULPABILIDAD..... | 55 |
| 2.6 | PUNIBILIDAD..... | 75 |

CAPITULO III

EL DELITO DE VIOLACIÓN

| | |
|---|-----|
| 1. CONCEPTO..... | 82 |
| 2. ANTECEDENTES HISTORICOS..... | 84 |
| 2.1 EL DERECHO PENAL ROMANO..... | 85 |
| 2.2 REGLAMENTACIÓN ESPAÑOLA..... | 85 |
| 3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS..... | 86 |
| 3.1 CÓPULA..... | 86 |
| 3.2 VIOLENCIA FÍSICA O MORAL..... | 90 |
| 3.3 SUJETO PASIVO MENOR DE DOCE AÑOS..... | 93 |
| 3.4 CAUSAS QUE IMPIDEN AL SUJETO PASIVO PRODUCIRSE VOLUNTARIAMENTE..... | 95 |
| 3.5 CAUSAS QUE IMPIDEN AL SUJETO PASIVO RESISTIR..... | 96 |
| 3.6 AGRAVACIONES ESPECÍFICAS Y SU PENALIDAD..... | 101 |

CAPITULO IV

EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

| | |
|-------------------------------|-----|
| 1. ANÁLISIS..... | 104 |
| 2. CRÍTICA..... | 107 |
| 3. ASPECTOS PROPOSITIVOS..... | 109 |

| | |
|---------------------------|-----|
| CONCLUSIONES FINALES..... | 111 |
|---------------------------|-----|

| | |
|-------------------|-----|
| BIBLIOGRAFÍA..... | 113 |
|-------------------|-----|

INTRODUCCIÓN

El delito de violación es sin lugar a dudas, un punto medular a la vez que conflictivo del derecho, por tal motivo, el presente trabajo de tesis es elaborado con la finalidad de analizar la correcta y adecuada penalidad del delito de violación entre cónyuges en el Código Penal para el Estado de México. En el primer capítulo estudiaremos el concepto y evolución del Derecho Penal a través de la historia, así como los diversos periodos por los que ha pasado esta rama del derecho. En el segundo capítulo analizaremos los aspectos generales del delito, ya que para comprender el contenido y alcance del presente trabajo debemos conceptualizar el delito y analizar sus elementos. En el tercer capítulo, una vez que he conceptualizado el delito y sus elementos, ubicaré al delito de violación dentro de este contexto, estudiaremos el delito de violación en específico, sus características, elementos y requisitos. En el cuarto capítulo haré las propuestas necesarias para la correcta y adecuada penalidad del delito de violación entre cónyuges en el código penal para el Estado de México, ya que debido a su especial naturaleza considero que no se encuentra correctamente regulado en el ordenamiento penal referido, debido a que éste último, no le concede la posibilidad a la víctima de perdonar a su agresor sexual cuando éste sea su esposo o concubino. Por lo tanto, este será el punto cardinal en el presente estudio, considerando oportuno precisar que el sustentante de ninguna manera afirma y propone que la violación que se suscite entre cónyuges o concubinos deberá ser depenalizada, sino que simplemente hace un llamado a la reflexión para que medie el perdón tratándose de un ilícito de esta naturaleza, por tal motivo me permito hacer una severa crítica al Código Penal para el Estado de México.

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL CONCEPTO Y EVOLUCIÓN.

1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Las denominaciones que ha recibido esta disciplina han sido diversas, contándose entre las posturas adoptadas más importantes las siguientes:

a) Las de aquellos que consideran "indiferente" emplear cualesquiera de las expresiones utilizadas: Derecho Penal o Derecho Criminal.

b) La de quienes estiman preferible "Derecho Penal"

c) La de los que sostienen "Derecho Criminal"¹

Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.

Se divide en Derecho Penal objetivo y subjetivo. Desde el punto de vista el Derecho Penal objetivo es el "conjunto de normas jurídicas que asocia al delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica."² El jurista Sebastián Soler llama Derecho Penal "a la parte del Derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente a la pena".

El Derecho Penal subjetivo se identifica con la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes los cometen o a los sujetos peligrosos

¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982. pág. 13, 14,15, 16.y 20

² Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982. pág. 17 y 18.

que pueden delinquir.³ Por ello Cuello Calón afirma que, en sentido subjetivo es el Derecho a castigar (ius puniendi), el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y a ejecutarlas, afirmando que en tal noción está contenido el fundamento filosófico en el Derecho Penal.

Se dice también que el Derecho Penal subjetivo está limitado por el Derecho objetivo. Del Rosal, estima que "La Ley Penal limita la facultad subjetiva Estatal, al no poder castigar más que las acciones descritas como delitos anteriormente en la Ley y con penas previamente consignadas en el precepto legal. Es decir, que el orden punitivo es estrictamente legal y con contornos netamente objetivos".⁴

2. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL.

El Derecho penal puede clasificarse en: objetivo y subjetivo, y sustantivo y adjetivo.

Cuello Calón define al Derecho penal objetivo, como el: Conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado que determinan los delitos y las penas. Carrancá y Trujillo expresa lo siguiente: El conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. En síntesis, podemos afirmar que el Derecho penal objetivo es un conjunto de normas.

En sentido subjetivo, Cuello Calón, entiende al Derecho penal como: el derecho a castigar, el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas.

Podemos afirmar que el Derecho penal, en sentido subjetivo, es la atribución del Estado de aplicar la norma jurídica penal al caso concreto.

³ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982. pág. 17 y 18.

⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982. pág. 13, 15, 16.y 20

También, como dijimos, se clasifica el Derecho penal en sustantivo y adjetivo. Corresponde el primero, según Cuello Calón, a la noción de Derecho penal como el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad, lo cual se refiere a la sustancia del propio Derecho penal; opina el mismo autor que el Derecho penal adjetivo se refiere a los preceptos o reglas dictadas por el Estado, que determinan la forma de aplicación del Derecho penal sustantivo, su conjunto constituye el procedimiento penal o Derecho penal procesal. En México, Castellanos Tena define el Derecho procesal penal como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales en casos particulares.⁵

| | | | |
|---------------------------------|---|--------------|--|
| Clasificación del Derecho penal | { | - Objetivo | Conjunto de normas. |
| | | - Subjetivo | Derecho del Estado a aplicar la norma penal al caso concreto. |
| | | - Sustantivo | Conjunto de normas que determinan Delitos, penas y medidas de seguridad. |
| | | - Adjetivo | Forma de aplicación del derecho sustantivo. |

Según su personal criterio los especialistas en la materia, proceden a clasificar el Derecho Penal:

1) En el significado del ordenamiento penal, según la naturaleza, la función, la duración y la colocación de sus normas, nos dice Maggiore, se pueden hacer estas distinciones: a) Derecho Penal fundamental y Derecho Penal complementario; b) Derecho Penal común y Derecho Penal especial; c) Derecho Penal regular y Derecho Penal singular o excepcional; d) Derecho Penal general y Derecho Penal particular o local, y e) Derecho temporal.

⁵ Osorio y Nieto Cesar Augusto. "Síntesis de Derecho Penal" parte general, editorial Trillas, México 1998, pág. 23 y 24, tercera edición

2) Manzini realiza este estudio en el Capítulo relativo a las fuentes del Derecho Penal y con relación a la naturaleza de las normas penales; distinción que hace bajo los aspectos del elemento territorial, del político, del elemento absoluto y del estático o dinámico: a) Normas del Derecho general local (elemento territorial); b) Normas de Derecho común especial (elemento personal); c) Normas de Derecho ordinario o excepcional (elemento político); d) Normas Preceptivas, explicativas, permisivas, imperativas, finales (elemento absoluto); e) Normas perfectas o imperfectas (elemento técnico estático); f) Normas interpretativas o modificativas (elemento técnico dinámico).

3) Ranieri expresa que el Derecho Penal se distingue: a) con relación a las leyes: en Derecho Penal fundamental y complementario; b) En relación a los sujetos, en Derecho Penal común y Derecho Penal especial; c) En relación al territorio, en Derecho Penal general y local; d) En relación al tratamiento empleado con respecto a aquellos que están sometidos: En Derecho Penal regular si sus normas no se apartan de las comunes directivas del sistema, y en Derecho Penal singular, si en cambio, se apartan del sistema por razones particulares de oportunidad o de conveniencia; e) En relación al tiempo de permanencia en vigor, en Derecho Penal duradero y temporal, y f) En relación al objeto de la tutela, en Derecho Penal Civil, comercial, constitucional, administrativo, el cual a su vez se distingue según las diversas actividades en las que se subdivide la administración pública: en Derecho Penal sanitario, disciplinario, financiero, de policía, etc.⁶

3. RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

El Derecho es un todo armónico y las diferencias existentes entre sus diversas ramas son sólo de grado, pero no de esencia, siendo por ello que el Derecho Penal guarda íntima conexión con otras ramas del Derecho, entre otros, con el Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Administrativo, Derecho Laboral y Derecho Mercantil, etc.

⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982. pág. 19 y 20

Las razones que justifican las relaciones entre el Derecho Penal y las otras ramas del Derecho, encuentran su fundamento esencial en el carácter sancionador que le hemos reconocido.

a) Las relaciones del Derecho Penal con el Constitucional son evidentes, pues el primero encuentra su razón existencial en el segundo, por ser éste de rango superior. Entre los preceptos Constitucionales que guardan estrecha relación con el Derecho Penal, sustantivo y adjetivo, podemos citar los artículos 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 21, 22 y 23. De entre ellos, el artículo 14 consagra, en primer término, el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, recogiendo en su párrafo tercero el de legalidad o el de exclusividad y consignéndolo como una garantía individual que expresa los dogmas *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*: "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 al que se trata".

b) El Derecho Penal, al tutelar algunos bienes conectados directamente con el Derecho Civil, estrecha sus relaciones con éste. El Código Penal sanciona el adulterio, las alteraciones del estado civil, el abandono de personas, la bigamia, el despojo de inmuebles y otros delitos más, que tutelan y garantizan bienes cuyo origen se encuentra en el Derecho Civil. De ahí se afirma que entre ambas ramas del Derecho surgen estrechos y necesarios lazos.

c) Las relaciones del Derecho Penal con el Procesal Penal, son patentes pues es indiscutible que la aplicación de aquel es nada menos que imposible sin la existencia del Procesal Penal. De aquí que sea acertado el pensamiento de Marchetti, en el sentido de que las relaciones del Derecho Penal con el Procesal Penal son evidentes, complemento necesario y sin el cual aquel quedaría en inerte platonismo.

d) El Derecho Penal se relaciona con el Derecho Administrativo, garantizando a través de la sanción penal la permanencia de bienes superiores del Estado y la administración. Al mismo tiempo el Derecho Penal se vale, a veces, de Instituciones del Derecho Administrativo para hacer comprensible el alcance de sus textos.

La más evidente relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo se encuentra en aquellos casos en que la administración pública, a través de decretos leyes, vincula

consecuencias de índole punitiva a determinadas conductas reputadas ilícitas. La naturaleza del bien jurídico materia de tutela individualiza tales normas; en esos casos, parece que la conducta materia de sanción va más allá de la lesión de bienes particulares, enderezándose la acción a menoscabar, poniéndole en peligro, el orden público que la administración este destinada en salvaguardar. Este mal llamado Derecho Penal Administrativo, que comprende normas sancionatorias que abarcan, entre otros, el Derecho Fiscal, el Derecho Agrario, etc., "es un Derecho que carece del soporte ético social que caracteriza al Derecho Penal; las sanciones que contemplan no siempre tienen un origen directo en la ley y, a ese respecto no es aplicable la máxima *ne bis in idem*, esto es, la sanción administrativa no excluye la pena criminal, o viceversa... El Derecho Penal Administrativo no tiene los caracteres antes destacados, del Derecho Penal y por ello, las sanciones que contempla no requieren de un ataque injusto y culpable al orden público administrativo, ni importan la idea de retribución la finalidad ético social; Tampoco sus preceptos se inspiran en la producción de bienes jurídicos valiosos, en cuanto patrimonio común y colectivo de normas básicas de cultura, sino que tienden al buen gobierno de los súbditos o administrados y a mantener su pacífica convivencia...⁷

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para algunos autores, la historia carece de importancia, porque se constriñe al simple relato de los hechos pretéritos, sin mayor significado. No compartimos ese criterio por ser sumamente restringido. Consideramos que la perspectiva histórica permite mayor amplitud de horizontes y no únicamente para allegarse de información; si se saben aprovechar las experiencias surgidas con antelación, en ese sentido, la historia se torna dinámica convirtiéndose en una ciencia eminentemente activa y utilitarista.⁸

"La historia del Derecho Penal se estudio por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las Instituciones actuales el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como, la observación atenta del proceso que a seguido el derecho en su elaboración.

⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982. pág. 27 y 28.

⁸ López Betancourt, Eduardo. "Introducción al Derecho Penal". 8º edición, México, año 2000. Edit. Porrúa. Pág. 3.

Los historiadores de la ciencia del Derecho Penal señalan los siguientes períodos en su transformación: El de la venganza privada o de la sangre, de la venganza divina, de la venganza pública, el periodo humanista o humanitario y el científico”.⁹

4.1 Período de la venganza privada.

En los tiempos más remotos la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propicia víctima por su desamparo de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste. La expulsión, que en un principio se practicó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo, para Pessina, la primera reacción que se despierta en la conciencia de las primitivas colectividades, al constatar la atrocidad de los grandes crímenes, es la de una descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, pero que reviste caracteres de pasión, constituyendo una venganza colectiva. “Quien rompe la paz, pierde la guerra. El individuo que lesiona, hiere o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra él tienen los ofendidos derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a constituir una deber ineludible como venganza de familia”.¹⁰

Ignacio Villalobos subraya que el periodo de la venganza privada no corresponde propiamente a un estudio de evolución del Derecho Penal, tratándose de un antecedente en cuya realidad hunden sus raíces las Instituciones Jurídicas que vinieron a sustituirla, pensamiento que aclara el Doctor Fernando Castellanos Tena al observar que no toda venganza puede considerarse antecedente de la represión penal, sino sólo la actividad vengadora apoyada por la colectividad misma, al reconocer el derecho del ofendido a ejercitarla, proporcionándole la ayuda material o el respaldo moral necesario.¹¹

⁹ Reynoso Dávila, Roberto. “Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal”. Edit. Cárdenas Editor Distribuidor. Segunda edición 1999, México. Pág. 245 y 247

¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”. Edit. Porrúa México, 1982. pág. 49.

¹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”. Edit. Porrúa México, 1982. pág. 50

El Tali3n representa, sin lugar a duda, un considerable adelanto en los pueblos antiguos al limitar los excesos de la venganza, ya personal o de grupo, se1alando objetivamente la medida de la reacci3n punitiva en funci3n al da1o causado por el delito.

Ese ejemplo de la 3poca talional ubicada por algunos autores en el periodo de la venganza p3blica, el C3digo de Hammurabi, cuya antigüedad se hace ascender a dos mil a1os antes de la era cristiana, conjunto de preceptos que consagr3 el principio de la retribuci3n, al sancionar con el da1o de la pena otro de semejante gravedad inferido como el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensaci3n perfecta. Ejemplo de ella son las prescripciones que, refiri3ndose al constructor de una casa, ordenaban su muerte si por la mala edificaci3n se hundía y mataba al propietario, llevando tal castigo al hijo del maestro de obras cuando el hundimiento mataba al hijo del due1o. Este documento hist3rico la m3s antigua legislaci3n conocida (aparece inscrita en un bloque de piedra), tiene el m3rito de haber distinguido algunos casos de delitos culposos, excepcionando de pena el caso fortuito.

La composici3n, Instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a substituir el mal de la pena mediante una compensaci3n econ3mica dada al ofendido o a la v3ctima del delito, constituy3 una nueva limitaci3n de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvieron acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario. La composici3n, que en un principio era voluntaria, se convirti3 en obligatoria y legal posteriormente, evit3ndose as3 las inútiles luchas originadas por la venganza privada.

La composici3n tuvo, no obstante, algunas limitaciones, ya que con relaci3n a ciertos delitos p3blicos (traici3n, etc.) no se admiti3 la sustituci3n de la pena y, en otros, a pesar de su índole privada, se permiti3 la venganza del ofendido, como en aquellos delitos que afectaban el honor (adulterio.) En la 3poca de la composici3n legal se1ala Fontán Balestra, la composici3n en sí era la suma abonada al ofendido o a su familia, en tanto el fredo era la suma recibida por el Estado, como una especie de pago por sus servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las compensaciones.

4.2 Período de la Venganza Divina.

Este periodo, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y Religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad.

Dentro de este periodo situamos al Pentateuco, conjunto de cinco libros que integran la primera parte del antiguo testamento y en los que se contienen las normas del derecho del pueblo de Israel, de evidente seguridad religiosa. El derecho de castigar (*ius puniendi*) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. La pena, en consecuencia, esta encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, como el medio de expiar su culpa. En el Pentateuco se encuentran prohibiciones tabú y formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos la venganza privada.

Los Libros Sagrados de Egipto son, igualmente prueba de la fusión entre los conceptos del delito y represión con los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa, y aunque no han llegado a nuestro directo conocimiento se tienen referencia de ellos. El Derecho Egipcio ésta también, como el del pueblo Judío lleno de espíritu religioso; en él se observa, como dice Puig Peña, la misma delegación divina en los sacerdotes en orden al derecho de castigar.

El sistema de represión seguido en las épocas primitivas nos muestra que la pena fue considerada, primero como un castigo y después como retribución, pues el hecho de haber perdurado durante siglos el principio talional nos prueba que la medida de la pena no era sino el resultado de una apreciación con raras excepciones, meramente objetiva del daño resultante del delito. En la mayoría de los casos bastaba la simple comprobación de la relación natural entre la conducta del sujeto y el daño material causado para aplicar la pena. Lo anterior pone de relieve que fueron pocas las legislaciones que pudieron escapar, mediante reglas de excepción, al influjo de tan genérica concepción y; por ello, se puede señalar como característica de tan lejanas épocas, la aplicación de la pena con riguroso criterio objetivo.

4.3 Período de la Venganza Pública.

En esta etapa de la evolución de las ideas penales, se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándoseles un carácter eminentemente público. Se caracteriza, al decir de Cuello Calón, por la aspiración de mantener, a toda costa, la tranquilidad pública. "Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hechos hoy indiferentes..." reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia...; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando.¹²

Bajo el Imperio Romano, a raíz de haber sido reconocido el cristianismo como religión oficial, la iglesia cobró fundamental importancia, no solo en su aspecto ideológico sino temporal el concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de expiación del pecado, convirtiéndose en el medio adecuado, al delincuente, para liberarse del delito. No obstante, a pesar de toda la bondad de que fue capaz la doctrina cristiana, durante su influencia la pena se transformó en el medio más eficaz para la represión del delito y, aunque parezca paradójico, se tornó día a día más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

El Derecho Penal Canónico según la opinión de Fontan Balestra, mantuvo la naturaleza pública del Derecho Penal Romano, estableciendo un lazo de unión y vía de supervivencia de éste en el Derecho Penal moderno. "Durante el Imperio -dice textualmente, la Iglesia actuó disciplinariamente en asuntos exclusivamente eclesiásticos, en tanto que el Estado mantuvo en sus manos el Derecho Penal laico, lo mismo que en el Reino de los francos bajo el reinado de los merovingios. El Derecho Penal Canónico cobró excepcional importancia bajo los

¹² Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal, I, Pág. 61-62, 12ª edición.

papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, es decir, durante el tiempo compartido entre los años 1073 y 1216. Asume en esa época una gran trascendencia laica, ofreciendo protección con su derecho de asilo, consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese asilado, cometía un delito de lesa majestad. El delito de herejía da especial significado a lo dicho, por cuanto con él se advierte que el Derecho Penal Canónico deja de ser un mero derecho disciplinario, ya que al principio sólo consistía en la facultad otorgada a los obispos, de decretar la excomunión del trasgresor. El fuero personal se impone en definitiva, de tal manera que, cualquiera fuera el delito cometido, el Sacerdote debía ser juzgado por sus pares, conquista a la que se llegó reconociendo primero ese privilegio solamente a los obispos para extenderlo después a todos los clérigos, existiendo un periodo intermedio en el cual ciertas categorías de religiosos, antes de ser juzgados por un tribunal laico, debían ser depuestos por la Iglesia. Así mismo la competencia de los tribunales eclesiásticos aumentó en tal forma que, por razón de la materia, intervenían aún en los casos en que el delito fuese cometido por un laico. Cuando el hecho delictuoso atacaba a la religión, esa jurisdicción era indiscutida, no ocurriendo lo mismo con otras infracciones (incesto, adulterio, sodomía, usura, etc.) en que su jurisdicción resultó cuestionada".¹³

En plena edad media entre los siglos XI y XVI se produce un resurgimiento del Derecho Romano, difundándose y comentándose los textos que habían quedado olvidados entre las polvorientas bibliotecas de Iglesias y conventos. Aparecen primero en los siglos XII y XIII, los glosadores, que trataban de interpretar y determinar los alcances de las leyes romanas, a quienes siguen en los siglos XII a XV los llamados post-glosadores o comentarista cuya labor se orientó, fundamentalmente, a la revisión del Derecho vigente mediante la invocación de los textos romanos. A esta época pertenecen los trabajos de Guido de Suzzara y de Alberto Gandino, autor del *Tractatus de Maleficiis*, considerado como un tratado sistemático de Derecho Penal. A partir del siglo XVI se inicia un nuevo movimiento, el de los prácticos, así llamado por su sistema de aplicar un criterio práctico al estudio del Derecho Penal, descollando entre ellos Julio Claro (1525-1575), con su obra *Opera Omnia Sive Práctica, civilis atque criminalis*, y Próspero Faranacio, con su *Praxis Et Theorica Criminalis*, que pretende ser un resumen de las prácticas del Derecho Penal de la época (siglo XVII).

¹³ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982. Pág. 56.

4.4. Período Humanista.

Aunque es notable la influencia humanitaria de la obra de César Bonnesana, Marques de Beccaria, a la cual nos referiremos luego, la doctrina del Derecho Natural, había con anterioridad pretendido afirmar los derechos del hombre frente a la razón del Estado. Las obras de Grocio, Pufendorff, Tomasius, Lock y otros, integraron una corriente de doctrina que cumplió una misión histórica frente a la monarquía absoluta.

Según Novoa, iba a ser el movimiento ideológico del siglo VIII, promovido por "el despertar intelectual y libertario", el que habría de señalar las pautas haciendo accesible el camino, hacia una total reforma penal. Dentro de este movimiento destacan, fundamentalmente, las obras de Montesquieu (El espíritu de las Leyes) Voltaire (Sobre la Tolerancia) y Rousseau (El contrato social), en las cuales se denuncian la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos, señalándose, como fundamento de la pena, el contrato social.

Cesar Beccaria, con el pequeño libro De los delitos y de las penas, logró convulsionar a la sociedad de su época, estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente. Su voz como elogiosamente expresa Enrique Ferri, suscitó un "estremecimiento de entusiasmo" en toda Europa, tanto en los pensadores y juristas, como entre los Reyes legisladores, inspirando un movimiento de reforma legislativa. Catalina de Rusia transcribe páginas enteras de la obra de Beccaria en sus instrucciones a la Comisión encargada de la modificación de las Leyes Penales (1767); Leopoldo de Toscana acoge las sugerencias y en 1786, entre otras, proclama la abolición de la pena de muerte; igual medida toma José II de Austria (1787), mientras Federico El Grande suprime la tortura. "La revolución Francesa por reacción generosa contra los abusos medievales establece en la declaración de derechos del hombre, que "las Leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que las acciones nocivas de la sociedad" (artículo 5°), y que "no debe establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias" (artículo 8°), de lo que resulta "que nadie puede ser castigado si no en virtud de una pena promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente" (artículo 8°) y nadie "puede ser acusado, arrestado y puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas en ella prescritas" (artículo 7°). Y como quiera que los hombres nacen y permanecen libres e iguales ante el derecho (artículo 1°), así "la ley debe ser la misma para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga" (artículo 6°)..."

La influencia del libro de Beccaria se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes de Juez y en lo posible, hizo más expedita la justicia. De los cuarenta y dos capítulos que integran el libro de Beccaria, destacan preferentemente los relativos al origen de la pena y del derecho de castigar; el de la interpretación de las leyes; el que se ocupa de la oscuridad de las mismas; los relativos a la pena de muerte, la templanza en las penas, relación entre el delito y la pena y las medidas de seguridad.

Beccaria concluye su libro con estas palabras que resumen su contenido esencial: "de cuanto hemos visto hasta ahora se puede deducir un teorema utilísimo, aunque poco conforme con el uso, que es el más común legislador de las naciones: "para que toda pena no constituya un acto violento de un individuo, o de muchos, contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser esencialmente pública, inmediata, necesaria, la mínima de las posibles, proporcional al delito y prescrita por las leyes"..."

Posteriormente Howard recorre la "geografía del dolor" como certeramente ha llamado Constancio Bernaldo de Quirós al camino seguido por el insigne inglés en todas las prisiones de Europa, muriendo de fiebre tifoidea en Crimea, no sin antes dejar constancia de sus observaciones en un libro en el que criticó el estado de las prisiones de su época y en el cual se fijaron las bases para remediarlo: Higiene y Alimentación; disciplina distinta para detenidos y encarcelados; trabajo y sistema celular dulcificado. Cuello Calón al referirse al movimiento de Howard en Inglaterra, aduce que "su esfera de acción no fue tan extensa pues se limitó al campo de las penas carcelarias" y si tal afirmación es verdadera, no debe olvidarse que fueron sus observaciones no solo llamadas de atención sobre las deficiencias del sistema carcelario imperante, sino aportación valiosa en la total reforma penal iniciada por Beccaria la cual abrió el periodo humanitario individualista.¹⁴

¹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982. Pág.58 y 59.

4.5 Período Científico.

El periodo científico surge cuando se inicia una serie de estudios respecto a la etiología de la delincuencia y sobre todo al hombre criminal como principal protagonista del delito y se considera a éste no como una entidad jurídica abstracta inserta en el Código Penal, sino como un fenómeno social y una manifestación de la personalidad del hombre delincuente. De ahí surge la formación de las Ciencias Penales.

Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, considerado en Alemania el Padre del Derecho Penal moderno, siguiendo en esencia las doctrinas de Kant, crea el criterio de que la pena es una coacción psicológica, dando así nacimiento a la teoría de la prevención general. Aferrado al principio de la legalidad, que proclama la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho e imponer una pena, se le atribuye la paternidad del principio "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege", aceptado en forma unánime en todos los países cuyo derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal.

Giandoménico Romagnosi, quien muere en el año de 1835, es autor de varias obras, entre las que descuella su Génesis del Derecho Penal (1791), en la cual hace un estudio sistemático de las materias penales, ocupándose ampliamente de la imputabilidad, del daño y de la pena. Se muestra contrario a la teoría del contrato social y pone en el derecho de defensa el fundamento y justificación del Derecho Penal, afirmando que la legítima potestad de castigar se origina en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social. Uno de los méritos indiscutibles de su obra es haber difundido el criterio de que la sociedad no debe sólo reprimir el delito, sino prevenirlo, cuestión tratada por él en la parte V de su Génesis.

También resultan notables las obras de Grolmann, Bentham, Roeder, Renazzi y Rossi, a quienes se denomina clásicos, queriéndose significar con ello su pertenencia a un movimiento jurídico filosófico pasado de moda, según el sentir de los positivistas, no obstante que las ideas expuestas por ellos no tienen, en muchos casos, similitud alguna y, por lo contrario, son en ocasiones opuestas en sus fundamentos y fines.

Con relación a la función de la pena, el grupo de pensadores mencionados, surgidos entre el último tercio del siglo XVII y fines del XIX a quienes se suman Manuel Kant, Stahl, Federico

Hegel, Bauer y otros, propugnaron diversos criterios que se pueden clasificar de la siguiente manera:

a) Teorías que ven en la pena una retribución, sea de origen divino, moral o jurídico. Entre éstas destaca la posición de Manuel Kant para quien el deber de castigar el delito es un imperativo categórico constitutivo del fundamento del ius puniendi, careciendo por ello la pena de fin concreto, en virtud de imponerse por el simple hecho del delito. La pena, en síntesis, es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido con el delito.

Federico Hegel sostuvo que el ordenamiento jurídico, dictado por el Estado, persigue un orden aparentemente alterado por el delito, por ello, la infracción a la ley penal es negación del Derecho y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, ósea la negación de la negación del Derecho.

b) Teorías según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio y, por lo tanto su fin es la prevención del delito. La prevención puede ser especial como lo sostiene Grolmann, cuando la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictivos, o bien, general, cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos. En esta última posición, Feuerbach elabora su teoría de la coacción psicológica.

c) Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, sea esta directa o indirecta.¹⁵

4.6 Escuela Clásica.

Es necesario comenzar por precisar la denominación de "Escuela Clásica". Ésta dice Florian, se designa así por el mismo Carrara y, efectivamente, es cierto que el maestro de Pisa le dio tal nombre. quién representa su síntesis y su más alta expresión. Y nacido en el año de 1805, en la Ciudad de Lucca, fue profesor de Derecho Penal y de otras asignaturas,

¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982. Pág. 58 y 59.

escribiendo su "Programa del Curso De Derecho Criminal", obra monumental en donde de manera sistemática y con profunda argumentación lógica expone el contenido de la Ciencia de Derecho Penal, trazando líneas y directrices originales que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los tiempos.

Ferri por su parte expresó ser él quien la llamo "Escuela Clásica" y que lo hizo con sentido de admiración, otros opinan que tal título no fue dado por los clásicos, sino, por los contradictores de dicha escuela, ósea, por los positivistas. Pero hay más, algunos de los clásicos, se dolían de que su escuela fuera denominada así, olvidando que precisamente ese nombre le fue dado por el propio Carrara.

Al referirse a Carrara, el Penalista Chileno Eduardo Novoa expresa: que la finalidad de su rigurosa obra jurídica fue la de estructurar un Derecho Penal, que, al apoyarse en verdaderos principios jurídicos, logrará desterrar los errores dejados, en etapas históricas anteriores, por las doctrinas teológica y metafísica, precisando con claridad la distinción entre pecado y delito, así como, en sacrificio y pena, haciendo repulsa de toda idea indefinida, de manera que la ciencia del Derecho Criminal se reconoce como un "orden racional", anterior a las opiniones de los legisladores, constituyendo "el supremo Código de la Libertad, que sustrae al hombre de la tiranía de otros, y lo ayuda a liberarse de la tiranía de sus pasiones. Aspira a dar al Derecho Penal un contenido necesario y eterno. Para ello acude a la doctrina matemática que trae el establecimiento por la energía de las nociones exactas de los entes jurídicos, define los criterios esenciales y los criterios mesuradores de todo delito concreto. Se apoya en un sistema de fuerzas que integrarían el delito y la pena y en las medidas de esas fuerzas, expresadas en las formulas carmignianas de la cualidad, cantidad y grado. No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a considerar la objetividad y la subjetividad de todo delito, ósea, las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho. Los delitos se distinguen y clasifican según la diversa especie o importancia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el titulo criminoso que constituye el delito; La cantidad señala la relación de más o menos del delito, atendiendo la gravedad de los males que causa; el grado es referido a las diversas fases internas y externas del delito. Las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su cualidad y su cantidad, proporcionalmente al daño o peligro ocurrido por el

derecho, como, así mismo, a las condiciones del lugar, tiempo y persona. También hay en ellas dos fuerzas, física y moral, correlativas a las fuerzas análogas que se encontraron en el delito”.

Los clásicos se empeñaron en estudiar el Derecho Penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico abstracto. Aunque en muchos puntos discrepan entre sí, se pueden señalar como fundamentos básicos de la Escuela Clásica, los siguientes:

a) Como el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamo como método ideal el lógico abstracto.

b) El delito se contempla no desde un punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el Estado y por ello el investigador no debe perder de vista la ley. En síntesis, el delito es un ente jurídico, una creación de la ley, sin que pueda concebirse su existencia fuera del ordenamiento jurídico.

c) La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral y en el libre albedrío. “Todo el ingente edificio del clasicismo –escribe Puig Peña-; toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre conciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia, viola un precepto legal. Como llevo a decir un autor eminente: “el que niega el libre albedrío no puede justificar el derecho penal...”.

d) Si el delito es un ente jurídico, la pena, por tender fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurídica que lo restaura cuando se le altera. Esta consecuencia no constituye un fundamento generalmente aceptado entre los clásicos, pues, según vimos, algunos lo encuentran en la prevención ya general o especial del delito.

Sean cuales fueren los reproches que puedan hacerse a la Escuela Clásica, su mérito indiscutible radica en haber estructurado una Ciencia del Derecho Penal, señalando su objeto

y destacando un método utilizable en su investigación, estableciendo al mismo tiempo determinados principios que le dieron cierta unidad de sistema.

4.7 Escuela Positiva.

Cesar Lombroso, quien hace el análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la Ciencia del Derecho Penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica. Por esa razón aunque Lombroso fue médico y no jurista, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que abrió de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva en las legislaciones penales de principios de siglo.

La llamada Escuela Positiva encuentra en Enrique Ferri su más brillante expositor. Su obra máxima, "Sociología Criminal" publicada en 1881, contiene los principios básicos en que se apoya su escuela. Destaca Ferri cual es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, a la que denominó Sociología Criminal, de la cual el Derecho Penal sería solo una parte.

Rafael Garófalo influyó decisivamente en la estructura de la Escuela Positiva al elaborar su definición del delito natural, concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir solidamente un sistema. Destaca Garófalo, en su trabajo titulado della mitigazione della pena nei reati di sangue la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la Escuela Positiva, que habría de ser aprovechado más tarde, con amplitud, al sostener la peligrosidad del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito (posteriormente desarrolla nuevamente esa idea de su obra Di un criterio positivo della penalità).

Podemos señalar como principios básicos de esta escuela los siguientes:

a) Combatiendo el método lógico abstracto, por el que propugnó Carrara, los positivistas adoptan para estudiar el delito, el método experimental, propio de las ciencias causales explicativas;

b) El delito no es un ente jurídico. Según el criterio de los positivistas se trata de un fenómeno natural, producido por el hombre dentro del seno social. Por ello, debe de vérselo no como una creación de la ley, sino como algo con vida independiente de la misma. Por esta razón, una buena política para combatirlo, y fundamentalmente para prevenirlo es conocer sus causas, las cuales son, esencialmente, de carácter social, aún cuando también intervienen en su producción los factores individuales;

c) Los positivistas negaron el libre albedrío, proclamando el determinismo. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e in-imputables deben responder, por igual, del hecho delictuoso ejecutado, aún cuando los últimos deberán ser destinados a sitios especialmente adecuados para su tratamiento como enfermos.

Enrique Ferri pretendió demostrar lo infundado de la teoría del libre albedrío en su libro "La Teoría de la Imputabilidad y la Negación del Libre Arbitrio", publicado en 1878, basándose en la observación de hechos de los cuales estima sacar conclusiones definitivas, afirmando la posibilidad de comisión de delitos cuando se conjugan en un medio social determinados factores individuales y físicos propicios y adecuados.

Eduardo Novoa se expresa, al explicar la ideología de Ferri en los siguientes términos: "La etiología de los delitos a de hallarse principalmente en los factores que lo determinan (condiciones económicas, políticas, culturales, etc.), sin desconocer con ello el valor de los factores individuales o antropológicos y de los factores físicos (clima, temperatura, etc.), la responsabilidad social y no la responsabilidad moral es la base de la sanción. El hombre está fatalmente determinado a cometer el delito (determinismo) en virtud de los diversos factores ya enunciados, pero también la sociedad está determinada a defender las condiciones de su existencia. Por ello se defiende de las agresiones del delincuente tan pronto se dan las condiciones de la imputabilidad física. El hombre es responsable de sus acciones exteriormente delictivas, solo porque vive en sociedad y mientras vive en ella (responsabilidad social) dentro de ese criterio, no cabe considerar a los enajenados mentales como seres al margen del Derecho Penal. A los que delinquen, tanto normales como locos, abra de aplicarse

la segregación... Ferri comparte el criterio de Lombroso de que el delincuente es un ser anormal, pero desarrolla el principio, aumentando las categorías. Por ello clasifica los delincuentes en natos, locos, pasional, habitual y ocasional:

I) Delincuente Nato instintivo o por tendencia, es el "perverso instintivo" de la psiquiatría moderna denominación que reemplaza el término anacrónico de "loco moral";

II) Delincuente Loco, quien ha cometido el delito en estado de alienación;

III) Delincuente por pasión, que obedece a un factor individual de carácter afectivo; Un desequilibrio de origen y predominio en la afectividad es el motor del hecho;

IV) Delincuente habitual, que hace la vida de la delincuencia, verdadero profesional del delito;

V) Delincuente ocasional, en los que el delito es un hecho esporádico, sin relación con los caracteres y los hábitos del sujeto.¹⁶

d) La pena para los positivistas no es una tutela jurídica, sino, un medio de defensa social cuya medida, como lo había ya precisado Garófalo, la constituye la peligrosidad del delincuente. Enrique Ferri apoyándose precisamente en la doctrina expuesta por Garófalo, escribe *I Nuovi Orizzonti del Diritto Penale*, en el que, afiliándose al criterio de la prevención especial de la pena, señala la peligrosidad del delincuente como base y medida de ella:

Atendiendo a la definición del Delito Natural, ósea el delito en si, independientemente de los caprichos del legislador, diferenciándolo de lo que llama delito legal, clasifica a los delincuentes en los siguientes grupos:

I) Delincuentes privados del sentimiento de piedad: los asesinos;

II) Delincuentes privados del sentimiento de probidad: los ladrones:

¹⁶ Reynoso Dávila, Roberto. "Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal". Edit. Cárdenas Editor Distribuidor. Segunda edición 1999, México. Pág. 321 y 322.

III) Delincuentes privados de ambos sentimientos de piedad y probidad: Los violentos, los salteadores de caminos;

IV) Delincuentes cínicos: Los delincuentes sexuales.

5 BIENES JURÍDICAMENTE TUTELADOS

Podemos afirmar que la Ley Penal tiene la importante misión de proteger bienes jurídicos vitales para la convivencia humana como lo son: la vida humana, la integridad corporal, el patrimonio, la libertad personal, la paz pública, la seguridad interior y exterior de la nación, etc. Esa protección se hace a través del poder coactivo del Estado, valiéndose de las penas y medidas de seguridad.¹⁷

El fin inmediato que persigue el Estado al penar las conductas ilícitas es el de tutelar los bienes jurídicos mediante el Derecho Penal y el castigo. De tal manera, que podemos hablar de la tutela penal de la vida, ya que este bien jurídico, es el que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente. Del mismo modo el mismo Derecho Penal también protege otro tipo de bienes jurídicos, tal es el caso de los delitos que tutela la libertad sexual. La libertad de amar es facultad inherente del ser humano y atributo de su personalidad que se exterioriza en el momento en que el individuo mantiene relaciones amorosas con quien mejor le parezca, y puede interrumpirlas libremente con quien no fuere de su agrado o de abstenerse temporal o parcialmente de toda relación carnal. Esta libertad no sólo descansa en la libre voluntad de mantener con otros contactos o relaciones sexuales, sino también, en la psíquica capacidad del individuo para válidamente manifestar dicha voluntad en orden a los indicados contactos o relaciones.

¹⁷ López Betancourt, Eduardo. "Introducción al Derecho Penal". 8º edición, México, año 2000. Edit. Porrúa. Pág. 67.

CAPITULO II

EL DELITO

1. CONCEPTO:

La palabra Delito deriva del verbo latino *delinquere* y significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.

Aunque en algunos Códigos se ha pretendido dar una definición del delito, como en el Código Penal Federal, en el cual se le hace consistir en el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7) tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos. Los propios autores del Código de 1931 han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definitorio, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser, como toda definición, una síntesis incompleta.

El concepto sustancial del Delito solo puede obtenerse, dogmáticamente del total ordenamiento Jurídico Penal. De éste desprendemos que el Delito es la conducta o el hecho típico, anti jurídico, culpable y punible, afiliándonos, por tanto, a un criterio penta-tónico, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes: a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la anti juridicidad; d) de la culpabilidad y e) la punibilidad. El artículo 7 precisa el acto u omisión como formas de expresión de la conducta humana, a la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el resultado, integrando así un hecho. La conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta-resultado-nexo causal) deben estar amenazados de una sanción penal ("acto u omisión que sancionan las Leyes Penales"); así, de la propia definición surge el elemento punibilidad ya referido. En la definición del artículo 7 háyase implícito el elemento culpabilidad, formulado expresamente en el artículo 8 cuando precisa que los delitos pueden ser : I) Intencionales y II) No intencionales o de

imprudencia. "el carácter antijurídico de dicho acto u omisión esta también incito en la formula sintética de la Ley, por ser, igualmente, un elemento conceptual de la infracción".

E aquí un estudio de diversos conceptos de delito de acuerdo a los pensadores más sobresalientes de cada escuela, a fin de comprender el concepto de Delito iniciando con el gran maestro de Pisa:

A) Noción Jurídica

Francisco Carrara exponente de la Escuela Clásica define el Delito así: "la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

De la definición anterior, podemos concluir lo siguiente.

1) Infracción a la Ley. Expresa la idea general del Delito, porque ningún acto puede tener la calidad sin que la Ley lo prohíba.

2) Del Estado. Restringiendo al derecho positivo.

3) Promulgada. La ley humana sólo puede ser conocida por su promulgación. Es decir, que sea el resultado de un procedimiento legislativo.

4) Proteger la seguridad pública o Privada. Sólo el ataque a la seguridad es delictivo.

5) Ciudadanos. En la idea especial del delito va provocado el ataque a la seguridad pública.

6) Acto externo. El fin del Derecho es la defensa del orden externo y no el perfeccionamiento interno. El pensamiento no delinque. Sólo se sanciona el acto externo del hombre.

7) Del hombre. Ya que es el único que tiene voluntad racional.

8) Positivo o negativo. Acción u omisión.

9) Moralmente imputable. La imputabilidad moral es presupuesto de la imputación política.

10) Políticamente dañoso. Para ratificar la idea del ataque a la seguridad pública por medio del daño mediato e inmediato.

B) Noción Sociológica

Para Enrique Ferri, el Delito legal consiste en que el hombre (sujeto activo) ofende a otro (sujeto pasivo), violando un derecho o un bien (objeto jurídico), que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material), mediante una acción psíquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado; esto lo encontraremos en sus estudios: principios de derecho criminal.

C) Noción Sustancial.

Esta mira el contenido ético, social y político de los hechos que en abstracto prevé la Ley como punibles.

Este concepto tiene una tendencia a los contenidos extra jurídicos.

La Teoría objetiva, es ataque a un bien o a un interés jurídicamente tutelado.

2) La Teoría subjetiva, es la desobediencia al deber jurídico de acatamiento al Derecho y al Estado.

3) Ecléctica, depende del aspecto que presente en primer plano la lesividad para el bien jurídico o la violación de un deber jurídico.

D) Noción Legal

La encontramos en el Código Penal. En México, el artículo 7 del Código Penal define al Delito como: "...el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales".

El Delito es:

I) Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

II) Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y,

III) Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal.

E) Noción Dogmática

La teoría clásica considera al Delito como la conducta típica, anti jurídica y culpable; o en palabras de Edmundo Mezger lo considera una "acción típicamente anti jurídica y culpable", concepto al que se adhiere Carlos Fontán Balestra. Para Max Ernesto Mayer el Delito es un "acontecimiento típico, antijurídico e imputable"

Para el finalismo sólo existen tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Para nosotros que nos afiliamos al finalismo, la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son los presupuestos de la consecuencia jurídica: pena y/o medida de seguridad.¹⁸

Para Franz Von Liszt "el Delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena". Ernesto Von Beling lo define como "la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuado y que satisfaga las condiciones de punibilidad".

Celestino Porte Petit precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud de que éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Así mismo, niega la prioridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y, aunque ellos guardan entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto, según su opinión que compartimos, es hablar de prelación lógica, "habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un

¹⁸ Daza Gómez, Carlos. "Teoría General del Delito". Edit. Cárdenas Editor Distribuidor. Segunda reimpresión, México 2001. Pág. 55, 56, 57, 58 y 59.

elemento del delito debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aún cuando sí es necesario para que el otro elemento exista”.

2. ELEMENTOS

2.1.- Conducta o Hecho 2.2.- Tipicidad. 2.3.- Antijuricidad. 2.4.- Imputabilidad. 2.5.-Culpabilidad.- 2.6 Punibilidad.

2.1 Conducta, acto o Hecho.

Si recordamos que Jiménez de Asúa adopta el vocablo acto, para denominar el elemento fáctico del delito, es congruente cuando afirma que por tal debe entenderse “la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que, lo que se espera deja inerte ese mundo externo, cuya mutación se aguarda”.

Para Jiménez Huerta la conducta “es siempre una manifestación de voluntad dirigida hacia un fin”. Tanto este autor como Jiménez de Asúa concluyen, se hable de acto o bien de conducta, que son elementos de uno o de otra, la manifestación de voluntad y el resultado, elementos que se unen, en relación de causa y efecto, por la existencia del nexo causal.

Puig Peña, al hablar de la acción, considera elementos de ella: manifestación de voluntad, resultado y nexo causal. En fin, con referencia al hecho, Cavallo, Franco Guzmán, Porte Petit y otros autores más lo estiman integrado mediante los siguientes elementos: a) conducta; b) resultado, y c) nexo de causalidad.

Por nuestra parte, partiendo de la terminología aceptada y teniendo al hecho como género en los delitos que requieren, con relación al tipo, un resultado material, estimamos elementos del mismo: la conducta, el resultado y el nexo de causalidad existente entre el primero y el segundo. La conducta, como género, cuando por si integra el elemento del delito, no ha menester de resultado ni de nexo causal.

La conducta puede expresarse de dos formas, es decir, aludiendo tanto a la actividad (un hacer) como a la inactividad (un no hacer) del sujeto. López Gallo sostiene: "la conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos por olvido), que produce un resultado con violación: a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos; b) de una preceptiva en los omisivos, y c) de ambas, en los delitos de comisión por omisión".

Porte Petit, al estudiar la conducta expresa que para definirla se debe abarcar la noción de la acción y de la omisión, estimando que consiste "en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (olvido)".

Para Ranieri, por conducta debe entenderse el modo en que se comporta el hombre dando expresión a su voluntad; por ello puede decirse que "en la manifestación en el mundo exterior mediante el movimiento o inercia corpórea del sujeto."

Antolisei, después de dar un concepto de carácter general sobre la acción, el cual comprende no sólo los actos externos sino aún aquellos de naturaleza interna, limita su contenido a uno más restringido, tratando de darle una connotación de acuerdo con el origen de la misma y no otro que el proceder humano, cuando estos actos aparecen exteriorizados, es decir, en su aspecto físico. Siguiendo su pensamiento, podemos decir que el hecho psíquico no tiene cabida dentro del Derecho Penal al no poder jamás ser base de un delito la existencia de éste requiere, que el fenómeno se concrete en un hecho exteriormente reconocido, esto es, en una acción. De ahí que la acción no es cualquier comportamiento humano, sino sólo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior. A pesar de ello, no cualquier proceder exteriorizado del hombre es constitutivo de la acción, sino únicamente aquel que tiene trascendencia para el derecho.

Con esto se pone en manifiesto que la voluntad al exteriorizarse, puede adoptar las formas de: a) acción, y b) omisión. Por cuanto a esta última, se le divide en: 1) omisión simple, y 2) omisión impropia o comisión por omisión.

La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es

conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple) o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación a establecido que, "dentro del significado de conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario".¹⁹

Aquí podemos concluir que de forma casi unánime, la acción tiene tres elementos: a) manifestación de voluntad, b) resultado y c) relación de causalidad. Dentro de esta corriente incluimos a Ferrer Sama, Jiménez de Asúa, Antón Oneca y Puig Peña. Igualmente Von Liszt señala como elementos de la acción los antes enumerados, cuando dice que la idea de acto supone, en primer término, una manifestación de voluntad; que la voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior, que debe llamarse resultado y debe ser perceptible por los sentidos, y que los dos elementos del concepto de acto, se debe agregar otra característica, que reúna las diferentes partes de un todo: la relación del resultado con la manifestación de la voluntad.

Así mismo, el maestro Celestino Porte Petit estima que los elementos de la acción son tres:

I) La voluntad o el querer,

II) La actividad, y

III) Deber jurídico de abstenerse

Es indudable que éstos elementos se desprenden del concepto de acción: actividad o movimiento corporal voluntario. En otros términos, la acción consiste en una actividad o en un hacer voluntario.

La voluntad o el querer.

La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción. Denominador común de todas las formas de conducta es el factor psíquico, es decir la voluntad.

¹⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982. Pág. 300

Pero ¿cuál es el concepto de la voluntad? La voluntad debe referirse a la voluntariedad inicial: querer la acción. Por tanto, se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad. Es lógico que el nexo que debe existir es entre el sujeto y la actividad, puesto que la voluntad o el querer van dirigidos al movimiento corporal. "Este querer interno de la gente no debe ser referido al evento o resultado externo, pues el estudio de esta relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad".²⁰ Por ello para que exista la manifestación de voluntad propia de la acción, basta que el sujeto quiera su propio obrar, aunque no quiera el resultado del mismo.²¹

Del análisis de la voluntad como elemento de la acción debemos sostener la inexistencia de la acción sin la concurrencia de la voluntad.

Actividad o movimiento corporal.

El otro elemento de la acción, ósea el elemento externo, es la actividad o movimiento corporal. La ejecución es la actividad del agente que realiza al exterior la decisión interna.

La actividad en sí, no constituye la acción pues le falta el elemento: voluntad. Y ésta aislada, igualmente no interesa al Derecho Penal, puesto que "el pensamiento no delinque". Se necesita la existencia del elemento psíquico y del elemento material para la configuración de la acción, forma positiva de la conducta.

Deber jurídico de abstenerse, de no obrar.

Así como con relación a los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar, en la acción, existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar. Es decir, la omisión, la cual se divide en omisión simple y comisión por omisión.

La omisión viene a ser una de las formas de la conducta. El Delito de omisión presenta dos clases:

a) El propio delito de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera),

y

²⁰ Derecho Penal Argentino, I, Pág. 296. Buenos Aires, 1956

²¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982. Pág. 302 y 303

b) Delito de omisión impropia, ósea, el delito de comisión por omisión, que se estima que debe denominarse resultado material por omisión; división que ha sido criticada de "absurda nomenclatura".

I.-EN PRIMER LUGAR, DAREMOS EL CONCEPTO DE LA OMISIÓN SIMPLE.

En la doctrina abundan conceptos sobre esta forma de la conducta.

La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma perceptiva y produciendo un resultado típico dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición.

Una vez expuesto el concepto de la omisión simple, señalaré sus elementos constitutivos al igual que hicimos con la acción. Algunos autores consideran en la omisión, el mismo número de elementos que en la acción.

Cuello Calón expresa que concurren, pues en la omisión hay tres elementos: una acto de voluntad, una conducta inactiva, un deber jurídico de obrar. Jiménez de Asúa señala tres elementos: manifestación de voluntad, resultado y relación causal entre ambos. Entonces podemos decir que los elementos de la omisión son:

a) voluntad o no voluntad (culpa).- La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperado y exigida, es decir, en querer la inactividad, o bien en no quererla (culpa). En consecuencia, en la omisión, existe al igual que en acción, en su caso, un elemento psicológico.

b) Inactividad o no hacer.- La omisión es como lo hemos afirmado una abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa), violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe de hacerse. Por tal motivo, expresa Quintano A. Ripollés que son las omisiones a modo de acciones negativas.

c) Deber jurídico de obrar.- Se dice que no debe de ser incluido el deber jurídico de obrar, como elemento constitutivo de la omisión. El mismo Mezger que estudia el deber de obrar en la omisión, anota que "este problema pertenece, desde el punto de vista del sistema, a la teoría de la antijuricidad, pero por razones prácticas procede examinarlo ahora".

Si en realidad, la colación sistemática del deber de hacer, está en la antijuricidad, es el momento oportuno de recordar el pensamiento de Graf Zu Dohna de que "la antijuricidad en los delitos de pura omisión no ofrece variantes con respecto a los delitos de comisión, y como en la omisión se impone bajo pena el cumplimiento de una determinada actividad, ella es siempre antijurídica, salvo el caso excepcional de que medie un fundamento de justificación".

La esencia de la omisión se basa en un no hacer que implica haber omitido la realización de una acción exigida. Ese no hacer, que debía llevarse a cabo, indica que existe una "acción esperada" pero dicha acción, jurídicamente hablando, debe tener una condición indispensable: que sea exigible. Si el sujeto en cuestión dice Cuello Calón, no tenía deber jurídico de obrar, no existe omisión ni delito alguno. Por ello, Von Liszt expresa que sólo cuando un deber jurídico obliga a impedir el resultado puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Como un breve ejemplo de esto podemos señalar como delitos de omisión simple los contenidos en los artículos 158, que dice se impondrán de quince a noventa jornadas de trabajo a favor de la comunidad: fracción I: "el reo sometido a vigilancia de la policía que no ministre a ésta los informes que se le pidan sobre su conducta,..."; 176: "al empleado de un telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrica que conscientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al destinatario..."; 179 : "el que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija..." 214, comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: fracción III: "teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal ..., por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si esta dentro de sus facultades", etc. Todos estos ejemplos, se encuentran contenidos en el **Código Penal Federal**.

d) Resultado típico.-El resultado en la omisión simple es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consume el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

Así mismo, explicaremos brevemente la comisión por omisión, omisión impropia, delito espurio o falso delito de omisión (resultado material por omisión).

Existe el delito material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

II LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN SON:

- a) Una voluntad o no voluntad (culpa).- ya explicado con anterioridad.
- b) Inactividad, igualmente explicado.
- c) Deber de obrar, a diferencia del delito de omisión simple, en el delito de comisión por omisión, existe un doble deber: deber de obrar y deber de abstenerse. Por tanto, da lugar a un "tipo de mandamiento (o imposición)" y de "prohibición".

Es necesario que la conducta no realizada (acción esperada) sea impuesta como un deber; problema que, como indica Mezger, pertenece, desde el punto de vista del sistema, a la teoría de la antijuricidad, sosteniendo (como antes lo hemos hecho notar) que por razones prácticas debe examinarse ahora. Igualmente Graf Zu Dohna observa que la cuestión radica en saber cuándo existe un deber de impedir o evitar, subrayando que de ello se tratará en la teoría de la antijuricidad, y hace hincapié en que la antijuricidad de los delitos de comisión por omisión requiere ser especialmente fundamentada.

En consecuencia, se hace obligada la pregunta: ¿de dónde debe emanar el deber de obrar? La doctrina nos ilustra en el sentido de que el deber puede emanar de un precepto jurídico de una obligación ósea de una anterior aceptación del deber de obrar, y da un actuar o acción precedente que no sean dolosos.

1. Deber derivado de un precepto jurídico.- El deber puede originarse de un precepto jurídico del ordenamiento legal. Aquí como anota Mezger, es determinante el total Derecho Público y Privado. Por tanto, al no cumplirse con el deber jurídico, se viola una norma preceptiva, que puede ser: a) de naturaleza penal, o b) de otra rama del Derecho: Público o Privado (norma extra-penal).

Ahora bien, la violación de estas normas preceptivas no es la que constituye el delito, sino que es el medio para realizar el hecho previsto por la norma penal como delito, para violar la norma prohibitiva. Obsérvese que la violación de una norma prohibitiva no lo es únicamente por una acción, sino puede ser por una omisión, antecedendo la violación de la norma preceptiva, como sucede en los delitos de comisión por omisión, entendiéndose en término comisión, como resultado.

La obligación de impedir el resultado puede surgir, como indica Vannini, de normas penales, diversas de la norma relativa al delito, que por omisión se comete. El delito de comisión por omisión puede cometerse, violando una norma preceptiva de carácter "no penal", es decir, derivando el deber jurídico de actuar de otra rama del derecho. Por ello sería equivocado sostener, nos dice Vannini, que solamente la obligación impuesta bajo sanción penal sea la obligación jurídica a que se hace referencia, porque la obligación puede incluso ser no penal.

2. Deber derivado de una obligación, de una anterior aceptación del deber de obrar, en este caso, hay obligación de obrar, de realizar la acción esperada, a virtud de una anterior aceptación del deber de obrar. Aquí pertenecen expresa Mezger, ante todo, los casos de la aceptación de un deber, en virtud de un negocio jurídico y especialmente sobre la base de un contrato.

3. Deber derivado de un actuar o acción precedente que no sean dolosos, cuando el deber de obrar deriva de una precedente actividad propia, pueden, según la doctrina, presentarse dos hipótesis: cuando una acción puede lesionar intereses jurídicos de terceros, o aumentar el peligro en que ya se encontraban; casos en los que el sujeto está obligado "o tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar infortunios".

El actuar precedente no debe ser doloso, es decir, dirigido al resultado, pues nos encontraríamos ante una hipótesis clara del delito de acción o comisión. Cuando la intención expresa Von Liszt, al ejecutar el acto precedente, tendía al resultado, entonces no existe omisión, sino un acto de comisión. Igual punto de vista es defendido por Ferrer Sama.

La doctrina por otra parte enseña, que el deber de obrar puede no funcionar al no poder exigir al sujeto la acción esperada y exigida, pues como dice Antolisei, la obligación de impedir el resultado no es ilimitada; cesa frente a la imposibilidad de realizar la acción ordenada.

4. Deber derivado de un deber moral o impuesto por la convivencia, el deber moral no es obligatorio. Antolosei piensa que la simple violación de un deber moral no es suficiente, y Mezger asienta, que un simple deber moral no tiene efecto de trascendencia jurídica.

Además de la existencia de un deber jurídico de obrar, en el delito de comisión por omisión concurre un deber jurídico de abstenerse. En este delito hay violación de una norma preceptiva y de una prohibitiva, porque al mismo tiempo que no se hace lo que debe hacerse, se hace lo que esta prohibido por la Ley.

Hemos visto que el deber de obrar es un elemento indispensable del delito de resultado material por omisión, más sin embargo, no todo deber de obrar hace al sujeto responsable penalmente del resultado; es decir, no todo aquel que realice una omisión, teniendo el deber jurídico de obrar, será responsable del resultado producido.

d) Resultado típico y material, en el delito de comisión u omisión, se produce un cambio en el mundo exterior, al violarse la norma prohibitiva. En consecuencia, hay un doble resultado: típico o jurídico y material.

III. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE SIMPLE OMISIÓN Y DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

La distinción entre los delitos de simple omisión y los de comisión por omisión es:

a) Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.

b) En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los de comisión por omisión, un resultado típico y material.

c) En la omisión simple lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí, sino el resultado producido por ésta. En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la

norma preceptiva (penal); en tanto que en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.

d) El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material.

Ausencia de conducta

Afiliados a la concepción analítica del delito y concluido el examen de la conducta o hecho, el primero de sus elementos constitutivos, habremos ahora de fijar nuestra atención en su correspondiente aspecto negativo: la ausencia de conducta o de hecho.

Podemos decir que hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad. Los casos indiscutibles de ausencia de conducta son los siguientes: la vis absoluta o fuerza irresistible y la fuerza mayor.

En el caso de la primera el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir, su actuación física pero no su voluntad; actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, proveniente de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla. Y la segunda, es una actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Por lo tanto se diferencia de la vis absoluta o fuerza irresistible en que ésta la fuerza impulsora viene necesariamente del hombre, mientras aquélla encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o subhumana.

2.2 Tipicidad y su aspecto negativo

Una vez comprobado que existe una conducta o hecho, debe investigarse que haya adecuación al tipo, por lo tanto daremos un breve concepto de lo que es el tipo.

El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: *nullum crimen sine typo* consideramos de especial importancia los conceptos emitidos sobre el tipo por Antolisei, Jiménez de Azúa, Maurach y Mezger.

El contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien, objetivo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, que "el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena".

Ahora es necesario determinar el papel que le han asignado a la tipicidad en la teoría del delito:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito,
- b) La tipicidad es un requisito del hecho, según el Derecho Positivo,
- c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito,
- d) La tipicidad es una condición, pero no elemento del delito.

En cuanto al concepto de la tipicidad vamos a referirnos algunos emitidos:

a) Según Francisco Blasco y Fernández de Moreda "la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos

normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida”.

b) Laureano Landaburu lo define como “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”.

c) Para Jiménez de Azua “la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora en la Ley en cada especie de infracción”.

d) Pardo Aspe “la tipicidad como elemento se da, cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta, con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley”.

e) Para Jiménez Huerta “adecuación típica significa, pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias”.

f) Finalmente para Fontan Balestra “la tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los Códigos Penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción”.

En cuanto a Jurisprudencia se refiere, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido: “para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de la voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuricidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no

integrarse sus elementos constitutivos". "la tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la Ley Penal".²²

Ahora bien ¿cuál es la fundamental importancia de la tipicidad? Consideraremos que consiste en que se establece en una forma clara y patente que no hay delito sin tipicidad, encontrándonos en este caso frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo, pero no a todos los que el mismo tipo requiere. Un individuo puede tener cópula con una menor de 18 años y emplear la seducción o el engaño, pero no ser casta y honesta; puede tener esta calidad, tener menos de 18 años pero no haberse empleado la seducción o el engaño; o bien ser casta y honesta, haberse empleado la seducción o el engaño pero tener 18 años o más.

Atipicidad

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de la adecuación típica.

Concretamente se originan hipótesis de atipicidad:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo;

²² Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982. Pág. 460, 470 y 471.

c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley, por cuanto a sus atributos;

d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;

e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y

f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

2.3. Antijuricidad

Primero debemos ver que papel juega la antijuricidad en la teoría del delito y al respecto podemos señalar varias tesis:

a) La que afirma que constituye un carácter del delito. Sostiene Massari, que la antijuricidad no es un elemento, sino un carácter del hecho punible y que si fuere un elemento, uno de los elementos constitutivos del delito, debería la antijuricidad distinguirse de los demás elementos, presentarse como un dato conceptualmente aislable, capaz de ser separado idealmente y de ser contrapuesto a los mismos, como sucede respecto a otros elementos constitutivos generales del delito: para la voluntad, para la conducta, para el resultado; que esto no es posible hacerlo con la antijuricidad constituyendo ésta la síntesis integral del fenómeno punible, y cada uno de los elementos que lo componen; de tal manera, que la antijuricidad representa sólo un atributo, un predicado, un denominador común del delito y de sus componentes, finalizando que es una nota que penetra en todas las partes de la entidad criminosa y califica a todas ellas, y así se explica que pueda hablarse de una voluntad antijurídica de un resultado antijurídico.

b) La que sostiene que es un elemento del delito. Considera a la antijuricidad, como un elemento, Puig Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli.

Este último autor expresa: "la antijuricidad es por ende, uno de los tres elementos del delito. Es preciso advertir, además, que si la tripartición establecida se presenta en el conjunto como un medio útil para el análisis del hecho jurídico delito, esto de ninguna manera significa que aquellos elementos individualmente tengan existencia por si mismos como separados uno del otro, siendo evidente que constituyen una indisoluble unidad. La antijuricidad en particular, es una nota que colora por si misma cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo ese aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos para ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conducen en ocasiones a confundir la antijuricidad con el hecho antijurídico; confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuricidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuricidad".

c) Que constituye un aspecto del delito. Entre quienes consideran que la antijuricidad es un aspecto del delito se encuentra Maggiore al expresar que la antijuricidad es un aspecto del delito; aspecto no elemento, ya que en efecto, no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito, al quitarle la antijuricidad, quede siempre delito, por más que le sea mutilado un órgano; agregando, que por el contrario ella reviste y compenetra todo el delito, que sólo por un esfuerzo de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuricidad, finalizando que en todo delito está presente expresa o sobreentendida la nota de la antijuricidad.

d) Que es el delito en sí. Antolisei sostiene que la antijuricidad no es, como sostiene una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho más: es como fue manifestado por Rocco con feliz expresión "la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito". A este respecto expresa Cuello Calón, que la antijuricidad es el aspecto más relevante del delito; de tal importancia, que para algunos no es un mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza.

Con relación a la clasificación de la antijuricidad, existen estos puntos de vista:

a) Que la antijuricidad es formal o nominal. Indudablemente al hablar de antijuricidad formal y material, nos encontramos ante tendencias formalistas y substancialitas.

Han hecho referencia a la antijuricidad formal y material innumerables autores, pero, son muchos los que consideran que la única antijuricidad que debe aceptarse, es la formal o nominal.

La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva.

Ahora bien, sin antijuricidad no hay delito. Por ello, el dogma *nullum crimen sine lege*, es la base de la antijuricidad formal.

Es indudable, que para encontrar el concepto de la antijuricidad formal, debemos utilizar el sistema de "excepción regla", que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuricidad, es un concepto negativo.

Hasta hoy día así operan los ordenamientos de índole penal; lo que quiere decir, que para la existencia de la antijuricidad, se exigen dos requisitos: adecuación o conformidad a un tipo penal, y que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud.

Por otra parte, la aspiración a la que debemos tender, es la de lograr un concepto de la antijuricidad en forma positiva y acabar por tanto, con el procedimiento de excepción regla.

b) Antijuricidad materia. Numerosos autores aluden a la antijuricidad material. Las corrientes existentes sobre la antijuricidad material son dos:

a) La que trata de encontrar la esencia de la antijuricidad material, en el campo o zona jurídica: en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo y,

b) La que busca obtener la esencia de la antijuricidad material, fuera del área jurídica o extrajurídica.

Relacionando la antijuricidad formal y material, pueden presentarse estas hipótesis:

a') Antijuricidad material sin antijuricidad formal. Puede suceder que existan conductas o hechos que sean considerados antijurídicos desde un punto de vista material sin que hayan sido regulados por el Código Penal, faltando por tanto la antijuricidad formal o nominal. Para Cuello Calón, los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuricidad material) no previstos por la norma penal sólo serán antijurídicos cuando una ley los sancione, agregando, que la antijuricidad material sin antijuricidad formal, no tiene trascendencia penal.

b') Antijuricidad formal sin antijuricidad material. La norma penal puede describir conductas o hechos que desde un punto de vista formal sean antijurídicos sin base alguna en la antijuricidad material.

c') Antijuricidad formal con antijuricidad material. Generalmente coincide la antijuricidad formal con la antijuricidad material, a virtud de que ésta es la base de aquella.

Nos dice Cuello Calón, que la antijuricidad presenta un doble aspecto: un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma, y otro material, integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos. En México, Villalobos sostiene, que no es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa. En fin, para Beling, en toda antijuricidad, están unidos lo formal y lo material.

d') Antijuricidad formal en pugna con la antijuricidad material. Por otra parte, puede darse el caso de que estén frente a frente la antijuricidad formal y la material, que exista un choque entre ambas antijurididades. Ahora bien, ante tal situación ¿cuál de las dos antijurididades debe ser prevalente? Evidentemente en este conflicto de antijurididades, triunfa la antijuricidad formal o nominal. Ya Liszt ha dicho, que la ilegalidad formal y material puede discrepar, y no es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva, pero no es imposible, y en caso de que exista el Juez está ligado por la ley. Igualmente considera Antón Oneca, que el conflicto entre la antijuricidad legal y material si alguna vez se presenta, debe resolverse con forme a la primera.

c) Antijuricidad objetiva y subjetiva. Otra cuestión de gran interés es determinar si la antijuricidad es de naturaleza objetiva o subjetiva.

Battaglini, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Maggiore y Mezger, entre otros, estiman que la antijuricidad es de naturaleza objetiva.

La antijuricidad es objetiva, y existe cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuricidad tenga naturaleza objetiva, tan sólo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho.

En consecuencia, la teoría de la antijuricidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuricidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuricidad. De aquí que esta última, de acuerdo con la prelación lógica entre las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuricidad. Una conducta no puede ser culpable si no es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable, dándose en este último caso una hipótesis de inculpabilidad.

d) Antijuricidad general o penal. Es el momento de hacer referencia al problema de la antijuricidad general y de la antijuricidad penal; es decir, si solamente en el campo jurídico puede hablarse de una antijuricidad general, o bien, de una penal, civil, o de la correspondiente a cualquier otro ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, habremos de hacer hincapié en dos tesis:

a) La que postula una antijuricidad general. Son numerosos los partidarios de este punto de vista, pero haremos mención solamente a algunos de ellos.

Mezger admite y a la vez rechaza una antijuricidad penal. Expresa: "que la decisión respecto a una determinada conducta cae en la esfera del derecho punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuricidad especial tipificada, típica...no toda acción antijurídica es punible, pues para que esto ocurra, es preciso que el Derecho Penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial".

En otro lugar nos dice que "el injusto típico específico del Derecho Penal, no tiene nada que ver con la tesis, que a veces aparece en la bibliografía, de una especial antijuricidad penal, ya que tal concepción debe rechazarse en absoluto, y que lo que es injusto en una disciplina no lo es necesariamente en otra, y viceversa, pero este supuesto de una antijuricidad sólo penal contradice la naturaleza misma del derecho como ordenación unitaria de vida".

Por su parte, Del Rosal estima, igualmente, que "no existe una antijuricidad especial, concreta, llamada –penal-, y por de pronto en la forma en que a sido planteada por algunos autores, pues la –unidad- del ordenamiento jurídico nos exige tenerla en cuenta a la hora de concretar el juicio sobre si es o no antijurídica una conducta", que "la finalidad común confiere una hermandad genérica entre las materias jurídicas, ya que tienden a la prosecución del bien común mediante la realidad histórica de la justicia poseyendo cada una un campo acotado, pero pertinente en sus naturaleza y visión".²³

b) Aquella que admite una antijuricidad penal. El criterio de antijuricidad penal, es sustentado por Petrocelli, quien argumenta: "denotando la antijuricidad una relación de contradicción entre un hecho y una norma jurídica, la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una norma determinada, y, consiguientemente, pertenece a una determinada norma del derecho, no es posible hablar de una antijuricidad en general, sino sólo de una antijuricidad penal o civil, o administrativa, etc. Si el hecho, por sus diversos aspectos y efectos, esta en contradicción con normas pertenecientes a diversas ramas del derecho, tendremos, a la vez, una antijuricidad penal y civil, o penal y civil administrativa, etc., pero nunca una antijuricidad simplemente referible al derecho en general". Solamente existe antijuricidad, cuando hay violación de un precepto legal ósea a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuricidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc.

e) Antijuricidad especial tipificada. Algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuando una conducta o hecho son antijurídicos es necesario incrustar en el tipo de mención de la antijuricidad especial, lo que se explica en virtud de que mientras en la hipótesis en que la antijuricidad no está expresamente mencionada, la relación del hecho es normalmente ilícita y excepcionalmente justificada, y en la hipótesis por el contrario, de

²³ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982. Pág. 487 y 488

particular mención de la antijuricidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito.

Otros estiman que la antijuricidad especial es irrelevante. Así Jiménez de Asúa piensa, que la "pretendida antijuricidad especial, no es otra cosa, que un elemento normativo indebidamente e impacientemente incrustado en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto".

Estimamos que en realidad la antijuricidad especial tipificada es innecesaria, ya que para saber si una conducta o hecho son antijurídicos, es suficiente y útil el procedimiento de excepción-regla.

Causas de justificación

La legítima defensa:

La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual se deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho.

Como podrían ser: obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta y sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente.

Los tratadistas han definido a la legítima defensa y han visto siempre en ella la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el agresor, cuando no traspasa la medida necesaria para la protección,²⁴ o bien la defensa estimada necesaria para repeler la agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor.²⁵

El estado de necesidad

²⁴ Kohler. CFR.CIT. Encarracá y Trujillo: Derecho Penal Mexicano, II, p. 63, Ed. 1950.

²⁵ Franz Von Liszt: Tratado de Derecho Penal, II, p. 335, Ed. 1927. Trad. Luis Jiménez de Asúa.

El estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio. Donde se destaca con carácter esencial la situación de peligro.

La fundamental diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, es que mientras aquella se caracteriza por ser una "reacción", (defensa), la segunda constituye "acción" que implica ataque a bienes jurídicos. Una segunda diferencia entre ambas justificantes se establece respecto a la naturaleza del conflicto: en el estado de necesidad surge entre intereses legítimos, esto es, entre bienes tutelados por la ley, en tanto en la legítima defensa, frente al bien jurídico amenazado y cuya conservación hace necesaria la repulsa, sólo existe el interés legítimo del agresor.

El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho

Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen, de ordinario, situaciones prohibidas, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), más cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal, según se ha venido reconociendo desde el Derecho Romano hasta nuestros días.

Hay que considerar que quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta o hecho típico acatando un mandato legal. El agente de la autoridad, al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el Juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; el actuario, al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmente, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, no realiza una conducta antijurídica: en ambos casos se trata de conductas lícitas, autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber. En los ejemplos anteriores, la obligación del cumplimiento del deber no emana directamente de la ley, sino de una orden dictada por un funcionario superior a quien se tiene la obligación de obedecer, por estar su mandamiento fundamentado en una norma de derecho.

La legalidad formal de la orden requiere, según Antolisei:

- 1.- Competencia del superior al dictarla;
- 2.- Competencia del subordinado al cumplirla, y
- 3.- Ejecución de la misma en la forma prescrita por la ley.

Ejercicio de un derecho

La tipicidad el hecho no implica su antijuricidad, la cual habrá de ser buscada objetivamente, a través de un juicio de valoración entre el propio hecho y la norma, debiendo recordar que el Derecho Penal no crea ésta sino simplemente la garantiza.

La ilicitud del hecho supone la inexistencia de una norma que permita tanto la conducta como el resultado a ella causalmente ligado, pues una realidad contraria no es jurídicamente posible. Lo que está jurídicamente permitido no está jurídicamente prohibido. Por ejemplo: los equipajes de los pasajeros, dice el Código Civil, responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado. La retención de la cosa, en tales casos, no puede integrar una acción antijurídica cuando la misma la realice el dueño o administrador de la hospedería en ejercicio del derecho que le otorga la legislación civil, quedando excluido el elemento consistente en la "ilegítima posesión" contenida en el Código Penal.

2.4 Imputabilidad

Para hablar de la imputabilidad es necesario primero ver su estructura:

I Capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

a) El autor debe ser capaz de comprender su acto.

b) Debe poderse motivar por la norma y actuar conforme a derecho.

c) Que no exista alguna causa de inimputabilidad:

a') Minoría de edad;

b') Enajenación mental;

c') Trastorno mental transitorio.

d') Actio liberae in causa (Franz Von Liszt, afirma la presencia de las llamadas acciones libres en su causa cuando se produce un resultado contrario al derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue cometida por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad). Es imputable.

II. Posibilidad de conocer la antijuricidad.

a) No se conoce ni se presenta un error de prohibición.

b) Vencible; atenúa la culpabilidad;

c) Invencible; borra la culpabilidad.

III. Causas de inculpabilidad, excluyen la culpabilidad.

a) Estado de necesidad disculpante;

b) Coacciones.

c) Miedo insuperable.

No exigibilidad de otra conducta.

Una vez conocida su estructura podemos señalar que la imputabilidad penal significa capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o de determinarse conforme a dicha comprensión.

Recuérdese que en la teoría clásica, la imputabilidad en su generalidad era comprendida como presupuesto de la culpabilidad. Para la teoría finalista imputabilidad es capacidad de culpabilidad, entendida como capacidad del autor:

1. Para comprender lo injusto del hecho, y
2. Para determinar su voluntad conforme a esa comprensión.

La imputabilidad es vista como elemento de la culpabilidad, junto con el conocimiento de la antijuricidad.

Para Bustos Ramírez, la imputabilidad es un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico.

La imputabilidad se puede fundamentar desde el punto de vista de diversos sistemas.

1. Sistema Biológico, Psiquiátrico.

En este sistema, se hace referencia a la causa por la cual el sujeto es inimputable sin que profundice en él, ¿por qué razón esa causa o fenómeno enunciado constituye inimputabilidad?

Desde el derecho romano existió un límite de edad para la aplicación de las sanciones, sistema que se vino aplicando durante la Edad Media hasta la codificación, y que puede sintetizarse:

1.1. Se establecía una edad mínima por debajo de la cual el joven era irresponsable (*infans*);

1.2. Se establecía otra edad en la que la responsabilidad del joven se hacía depender de su capacidad de discernimiento (*impúber*);

1.3. Finalmente se establecía una tercera edad en la que el joven responsable se beneficiaba de una atenuación de la sanción (*minor*).

Así también, reconoció la exención de pena para ciertos enfermos mentales (*el mente captus* y, cuando se hallasen fuera de un intervalo lúcido el *furiosus* y el *demens*). Con posterioridad en cuerpos legales como el de las Partidas recogía la tripartición de "locos", "furiosos" y "desmemoriados".

Durante el siglo XIX, con la Escuela Clásica, existían dos criterios para fundar la responsabilidad del menor: el primero diferenciaba una edad en la que se presumía *iuris et de jure* la falta de discernimiento del menor y una segunda edad en la que el Juez debía determinar si el joven había obrado con o sin discernimiento.

La Escuela Positiva se opuso a la distinción que ellos suponían entre sujetos imputables responsables y sujetos inimputables no responsables. Respecto a esto Antón Oneca, explica la distinción entre las concepciones teóricas de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva se acertaba en la práctica, puesto que las legislaciones clásicas conocían ya el internamiento del enfermo mental en establecimientos específicos y los positivistas diferenciaban claramente de las medidas para imputables e inimputables.

Esta referencia legislativa aludió a aspectos que implican ámbitos del insuficiente desarrollo biológico o de las características psicológicas de la persona y en función de ésta correspondió a la Jurisprudencia y a la doctrina conformar los conceptos de imputabilidad y de la inimputabilidad.

2. Sistema Psicológico

Las ciencias psicológicas o sociales refieren, que en el sujeto que delinque, sólo ve un molde, que está relleno de configuraciones de comportamientos objetivamente determinados, o que por principio no considera situada en el sujeto la responsabilidad por los impulsos (que

se reconoce algo como la responsabilidad) no pueden aportar nada, a la explicación del problema jurídico penal de la culpabilidad.

Conforme a ella se produce una superación de la fórmula exclusivamente enumerativa causal, se trata de dar un concepto en los aspectos psicológicos de capacidad de entender o querer del sujeto; de ahí que en esta fórmula se pretenda determinar la imputabilidad como un proceso psicológico.

Con posterioridad varias legislaciones en el mundo incorporaron una nueva fórmula que superó a la anterior, para hacer referencia a aspectos que tienen un contenido fundamentalmente psicológico. Así, el nuevo concepto de imputabilidad estuvo conformado a partir del concepto de la capacidad de "querer" y de "entender".

Por su parte, Carlos María Landecho señala que la imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente.

Esta capacidad se le reconoce en principio a toda persona humana por el hecho de ser inteligente y libre. Por ser inteligente el sujeto puede conocer el alcance de los actos que realiza y valorarlos. Porque hay que distinguir entre juicios de realidad (esto es una mesa, una silla, estoy matando a un hombre, etc.) y los juicios de valor (esta mesa es mala, bonita, cara, matar en estas circunstancias me es permitido o prohibido). Por ser libre el autor puede poner o dejar de poner la acción que a conocido y valorado.

3. *Sistema Mixto o Psicológico Jurídico*

Frente a la unilateralidad de los dos sistemas anteriores, en los que sólo enunciaba bien la causa o bien el efecto, el sistema mixto alude tanto aquella como éste. Se menciona entonces el fenómeno o los fenómenos que convierten al sujeto en inimputable pero se explica a la vez por qué ocurre eso, es decir, la perturbación mental o la desarticulación cultural en la comprensión y la voluntad del sujeto dice Bustos Ramírez que aun cuando el sistema psicológico supera a la naturalista causalista, en cuanto considera la imputabilidad como un proceso y no como una cuestión de factores o causas, sin embargo, no incluye el aspecto valorativo básico que implica la imputabilidad.

De ahí que se llegue a un sistema mixto psicológico-jurídico, en que lo importante es la capacidad de comprensión del injusto, además, de actuar en consecuencia con esa comprensión.

El criterio de Roxin, respecto al "sistema mixto" es que convierte determinados estados o diagnósticos psicopatológicos (la actual regulación de los criterios psicopatológicos de conexión es el resultado de un dispute entre el concepto "psiquiátrico" y el concepto "jurídico" de enfermedad. Jakobs por su parte, considera que se trata de trastornos psíquicos, es decir no solo de trastornos de la actividad intelectual, sino de trastornos posiblemente en todos los ámbitos psíquicos) en la comprensión y de inhibición del sujeto, ha sido preferido por el legislador a las otras dos posibilidades, sea la de fijarse sólo en determinadas formas de trastorno psíquico o la de fijarse únicamente en la capacidad de comprensión y de inhibición, renunciando a puntos de conexión concretos.

El primer procedimiento fue desechado, porque por regla general la inimputabilidad no se puede constatar en abstracto en razón de un determinado estado o diagnóstico, sino sólo en atención al hecho concreto. Ni siquiera los trastornos psíquicos patológicos deben excluir la capacidad de culpabilidad o imputabilidad respecto de cualquier conducta: "la misma persona puede ser inimputable en determinados momentos respecto de determinados hechos, y sin embargo, no serlo en otros momentos respecto de otros hechos".

Tres son las clases de fórmulas o sistemas que suelen manejarse para regular la exención de responsabilidad penal por anomalías psiquiátricas: biológicas o psiquiátricas, psicológicas y las mixtas biológico-psicológicas.

Las fórmulas biológicas o psiquiátricas se limitan a requerir una enfermedad o anomalía mental del sujeto.

Las formas psicológicas se refieren sólo al efecto de inimputabilidad en el momento del hecho, sin exigir una anomalía psíquica del sujeto.

Por último, las fórmulas mixtas biológico-psicológicas requieren ambas cosas: una base biológica constituida por la anormalidad del sujeto y el concreto efecto de inimputabilidad en el hecho.²⁶

La inimputabilidad

Si la imputabilidad, según el criterio más generalizado, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

En la determinación de las causas de inimputabilidad los legisladores penales emplean principalmente los criterios biológico, psicológico y mixto.

Como ya lo habíamos visto en el punto anterior, el primero excluye la imputabilidad con base en un factor biológico, el segundo en un estado psicológico del sujeto que, por anormalidad como lo es la perturbación de la conciencia, por ejemplo le impide el conocimiento de la ilicitud de su acción, por último, el mixto se apoya en los dos anteriores.

El criterio biológico se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Los códigos, apoyados en dicho criterio, señalan determinada edad que ordinariamente fluctúa entre los dieciséis y dieciocho años para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables. El psiquiátrico elabora la noción de inimputabilidad en función del trastorno mental, sea éste transitorio o permanente en cuyo último caso designásele comúnmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicósomática permanente. El criterio Psicológico, se apoya en el concepto que desde tal punto de vista merece el sujeto, calificándolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos genéricos comprende la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico, y toda clase de alteraciones o traumas psíquicos "que afectan la esfera intelectual de la personalidad o constriñen su voluntad, o alteraciones más o menos profundas del biosiquismo en la medida en que disminuyan su

²⁶ Daza Gómez, Carlos. "Teoría General del Delito". Edit. Cárdenas Editor Distribuidor. Segunda reimpresión, México 2001. Pág. 223 – 237.

capacidad de comprensión y de actuación".²⁷ El mixto permite el empleo de las anteriores combinaciones siendo las más comunes la biológica-psiquiátrica, psicológica-psiquiátrica y biopsicológica.

Hay un criterio más, el jurídico concretado a la valoración hecha por el juez respecto a la capacidad de sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que la inimputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho. La ley mexicana adopta un sistema biopsicológico-psiquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológica (minoría de edad) como psicopsiquiátricas (estado de inconciencia y enfermedades mentales).

2.5 Culpabilidad

Hemos venido insistiendo que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, confirmando así lo precisado por la mayor parte de los autores contemporáneos: la *culpabilidad* es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedo apuntada por Beling al elaborar el principio "*nulla poena sine culpa*", cuyo rango es fundamental en el Derecho Penal moderno.

En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica", comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, como lo observa Welsel, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable. Desde el punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.

La culpabilidad ha sido considerada a través del tiempo, de diversas maneras. Primeramente, en las épocas más antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexo

²⁷ La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal mexicano, p.19. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1968.

objetivo existente entre la conducta del actor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad.

Posteriormente se tomó en cuenta, además, para reprimir y castigar el hecho, pero fundamentalmente para fincar la responsabilidad un elemento psicológico que relaciona el daño con su autor, el cual se hizo consistir en la previsión del evento y la voluntariedad de su caución. Esta fórmula llegó a exagerarse, pues la manifestación de la voluntad criminal, en ocasiones, se castigó con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

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

El Derecho Romano, surgió del robustecimiento de las Instituciones Públicas, vino a consagrar la necesaria concurrencia del dolo para los delitos públicos, mientras que para punición de los delitos privados consideró suficiente la culpa, poniéndose ahora en duda si en caso de delitos privados graves, como el homicidio y el incendio, se llegó a la pena pública a través del concepto de la culpa. Para Franz Von Liszt el delito culposo, no fue conocido en ninguna de las diversas etapas de evolución del Derecho Romano, correspondiendo a la ciencia Italiana de la edad media la integración de la culpa como una forma de culpabilidad, llegando a distinguir aquella del caso fortuito. En todo delito se requiere una mala intención, dolo. En la culpa existe un *quasi crimen* que solo puede ser castigado con penas arbitrarias. En épocas relativamente resientes surgió una corriente conocida como "concepción psicológica", cuya meta, la esencia de la culpabilidad descansa en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, que hace posible la aplicación de las consecuencias penales.

Puesta en duda la común naturaleza del dolo y la culpa, entre viéndose la posibilidad de estimar en ambas operantes el mismo criterio psicológico, se hizo necesario, en opinión de algunos autores, buscar una solución adecuada para armonizar tal contradicción. Seuffert, apoyándose en ideas cuyo origen se pretende ubicar en Almendingen, en el siglo XVIII,

elabora una teoría mixta en la cual el dolo entra a formar parte de lo psicológico, mientras la culpa pertenece a la ética y al derecho.

Con Reinhart Frank se inicia una corriente, llamada normativa, que implica posición diversa en el enfoque de la culpabilidad, a la cual se adhieren, con variantes, por no existir entre ellos una verdadera unidad de pensamiento Goldschmidt, Freudenthal y Mezger, entre los autores alemanes esta doctrina, cuya aceptación crece día a día, hace de la culpabilidad psicológica su objeto, estructurando el concepto de reprochabilidad como su esencia.

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos posiciones diversas: la psicologista y la normativista.

a) Teoría Psicologista

para esta teoría la culpabilidad consiste, como lo declara Antolisei, en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior, o como lo anota Fontan Balestra, en la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él. Así entiende la culpabilidad, tanto el dolo como la culpa son formas de vinculación, admitidas por la ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el presupuesto de aquella.

De lo anterior inferimos que para esta teoría lo predominante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual implica afirmar un carácter fundamentalmente psicológico.

b) Teoría Normativa

al igual que la psicológica la teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico. La culpabilidad, precisa Welsel, agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuricidad es la relación, entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla.

En cuanto a los elementos de la culpabilidad el desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad los siguientes:

I) la imputabilidad, tratada por nosotros en este mismo capítulo.

II) Las formas de culpabilidad, dolo y culpa, consideradas por algunos como Sauer, partes integrantes de la culpabilidad que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y

III) La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Por su parte, la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de presupuesto de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro hecho psicológico, por cuanto en él yace la necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor.

Mezger determina, como contenido del juicio de culpabilidad, al acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor.

Al acto de la voluntad por ser la "referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta" (parte psicológica de la culpabilidad).

A los motivos del autor, por ser importante no sólo para la imputabilidad y el dolo y la culpa, sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad).

Formas de la culpabilidad:

Tradicionalmente se han aceptado, como formas de culpabilidad al dolo y a la culpa. Una fuerte corriente de doctrina en la cual destacan Marcelo Fince y Ottorino Vannini, entre otros, ha visto en el delito preterintencional "una mixtura de dolo y culpa", fenómeno observado de tiempo atrás, iniciando la tendencia la reconocimiento que caracteriza a los bien conocidos delitos preterintencionales, ubicados por la mayoría dentro de la familia de los delitos dolosos.

a) El Dolo

la principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto uno se apoya en el elemento psicológico en la voluntad, mientras otros lo hacen en la representación en tanto el elemento ético se pretende fundamentar en el conocimiento de la tipicidad del hecho, o de su antijuricidad, o bien en la conciencia del quebrantamiento del deber, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto. A ellas hemos de referirnos a continuación.

a') Teoría de la Voluntad.- aparece en primer término y priva entre los "clásicos", siendo Carrara quien le dio verdadera expresión, aunque se refirió a la "intención" como el ingrediente necesario que acompaña al acto delictivo.

Carmignani, uno de los clásicos, definió el dolo como "el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores", con lo cual identificó dolo e intención, haciendo consistir ésta en la dirección de la voluntad a un fin remoto. "La intención se dice perfecta cuando la voluntad está plenamente iluminada por la inteligencia o por la violencia de las pasiones. También se llama directa cuando la voluntad tiende a un fin necesario; indirecta, cuando tiende a un fin meramente posible".

Carrara observó lo errado del concepto del dolo elaborado por Carmignani, al unir un acto interno "intención" con uno externo "acción", dándole a éste carácter de condición, con lo cual confunde la noción del delito con la de el dolo.

Carrara estructura su definición diciendo que dolo es "la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley", destacando de ella como elementos del dolo los siguientes: **conocimiento** de la naturaleza delictuosa del hecho e **intención** de realizarlo, permitiéndose aclarar que en tal definición no incluye el *animus nocendi* por haberse discutido acerca de ello, pues los que han exigido ese *animus* como condición del dolo no han visto la verdadera objetividad jurídica del delito, alterando el daño particular con el daño universal. Dice Carrara "en los delitos dirigidos contra el individuo, el ánimo de daño (ósea de lesionar el derecho) podrá ser una necesidad para afirmar el dolo. Pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, porque la determinación de violar la ley envuelve en sí misma la idea de daño social. En una palabra, la falta del *animus nocendi*, puede excluir el dolo solamente cuando se

convierte en la opinión razonable de no violar la ley. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la intención de dañar... el primero consiste en la previsión del perjuicio; el segundo, en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; lo es siempre indispensable la primera".

b') Teoría de la Representación. Pretendiendo superar los inconvenientes de la teoría de la voluntad, otros autores substituyen voluntariedad o intención por el concepto de previsión o representación.

Reinhart Frank puso de manifiesto que las expresiones doloso e intencional no se identifican, pues actuar intencionalmente o de propósito implica dirigir la voluntad a un fin concreto cuya realización ha sido perseguida por el sujeto, de lo cual se infiere la imposibilidad de imputar como doloso el resultado producido cuando no existió intención de causarlo. De ahí que el dolo sea independiente del propósito y por ello la nueva corriente substituye voluntad por representación, haciendo consistir ésta en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.

Sostiene la teoría de la representación el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor en la noción del dolo. Según lo aclara Jiménez de Asúa, a medida que evoluciona la técnica, se substituye voluntariedad por represión, "como lo a hecho Mayer. En tal sentido 'la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobre vendrá ha determinado el autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria'...".

En opinión de Fontán Balestra no son fundamentales las divergencias entre esta teoría y la de la voluntad. "la teoría de la representación, se a propuesto más que nada dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas que permiten formar juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Con ello queda dicho que los partidarios de ésta última no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que se supone querido lo representado".

c') Teoría de la Representación y de la Voluntad en Forma Vinculada. Una postura ecléctica adopta esta teoría para la cual no basta a integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, siendo ambas indispensables. En consecuencia, de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado.

En esta posición, Touzzi empieza por afirmar el necesario conocimiento del hecho en si y en sus efectos, así como, su contradicción con la ley, dándose en esas condiciones la inteligencia que prepara el discernimiento, lo cual lleva al sujeto a determinarse, fenómeno apoyado tanto en la voluntad como en la libertad externa.

Para Maggiore el que obra dolosamente prevé y quiere el delito (en la totalidad de sus elementos: acción y resultado, antijuricidad y culpabilidad), concepto aceptado por la definición del Código Italiano (artículo 43, apartado 1ero.), siendo por consiguiente dos los elementos del dolo: 1. la previsión (o representación del resultado), 2. la violación de él. " no basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad sin previsión es ciega; y el derecho no puede contentarse con ninguna de las dos... previsión es la representación del resultado y denota el momento intelectual de la conducta... voluntad es el acto de autodeterminarse en vista de algún fin. Querer es tender a un objeto y a un fin (presentes en la conciencia y por esto representados) y obrar en consecuencia..."²⁸

Teoría aceptable

La última de las teorías examinadas es a criterio del Maestro Pavón Vasconcelos, la correcta. Hemos de recordar en este lugar la conclusión aceptada al examinar el coeficiente psíquico de la conducta. En su oportunidad dijimos que la voluntad constituye dicho coeficiente, el cual consiste en querer realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad.

Ahora bien la voluntad en el dolo rebasa el ámbito de la conducta para abarcar igualmente el resultado, de manera de que si la voluntad en la conducta consiste en querer realizar la

²⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982. Pág. 378 y 379.

acción o la omisión, la voluntad en el dolo es querer también el resultado. En el homicidio, el coeficiente psíquico de la conducta consistirá en querer realizar la acción (disparar =a movimiento corporal) o la omisión (no dar al enfermo el medicamento prescrito =inactividad), en tanto dicha voluntad en el dolo radicaré en querer o aceptar el producir la muerte que se sabe consecuencia de la propia acción u omisión.

La voluntad, por si misma no puede agotar el contenido del dolo: es imprescindible igualmente el conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación. Tal conocimiento debe abarcar la relación de causalidad cuando ésta forma parte del hecho particularmente tipificado; la tipicidad del mismo, entendida de manera profana, y su carácter antijurídico si bien, afirmamos que el nexo causal es problema material a resolverse en el ámbito del hecho, tal cuestión no contraria la posición adoptada ahora respecto al conocimiento del propio hecho como elemento del dolo, comprendiendo la relación de causalidad. Una cuestión es constatar la relación causal, para dar por configurado el hecho, y otra diversa su conocimiento por el autor, para establecer su culpabilidad dolosa.

Por último, expresamos que el dolo requiere igualmente el conocimiento de su significación con lo cual se alude perfectamente a la antijuricidad del hecho.

Ya al referirnos a la acción y a la omisión, dijimos que en la primera con su actuar voluntario, el sujeto viola siempre un deber de abstención, por contenerse en la norma una prohibición de hacer, en tanto, en la segunda, con un no hacer voluntario (inactividad) viola un deber jurídico de obrar, por cuanto solo es posible establecer el concepto de la omisión con referencia a la acción esperada y exigida. Ahora bien, para que lo injusto del hecho pueda serle reprochado al autor, éste debe haber tenido conciencia de su antijuricidad, esto es de que su conducta y el resultado de ella ligado quebrantaba el deber (de abstención o de obrar) impuesto por el orden jurídico.

Considero que la definición del dolo dada por Jiménez de Asúa, es la correcta, en la que se comprenden las exigencias anotadas, tanto a la representación como a la proyección de la voluntad. En consecuencia, dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y

el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

Consecuentemente en la formación del dolo concurren dos elementos esenciales:

I) un elemento intelectual consistente en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuricidad, como consecuencia del quebrantamiento del deber), y

II) un elemento emocional o afectivo, no otro que la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

No constituye inconveniente a lo dicho la existencia de delitos sin resultado material (delitos formales), pues en todo caso, la misma conducta es objeto de la representación y de la voluntad como resultado específico.

b) Culpa

La experiencia diaria nos demuestra como en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina causalmente. En tales situaciones afirmase la existencia de culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable en virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, ordenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.

Una rápida ojeada sobre la doctrina revela la existencia de teorías que constituyen la noción de la culpa, ya en la previsibilidad del evento o en la causabilidad eficiente; en un defecto de la inteligencia o bien de la voluntad, etc. Veamos sintéticamente algunas de tales teorías.

a) Teoría de la Previsibilidad.

Para Carrara la culpa radica en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Para Carrara la culpa es un defecto de

voluntad, pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear éste la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras, si la culpa, dice conclusivamente, radicara en un vicio de la inteligencia, ésta no sería imputable ni moral ni políticamente. Lo es precisamente porque la negligencia tuvo causa en la voluntad del hombre.

Para Von Liszt el concepto de culpa requiere:

1) falta de precaución, en la manifestación de la voluntad consistiendo en el desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias, por lo que la falta de atención en el cumplimiento de lo debido, constituye una falta de voluntad.

2) Falta de previsión del agente, cuando le era posible prever el resultado. En la apreciación de este problema debe tomarse como base las facultades mentales del agente en el momento del acto (agitación, embriaguez), y su mayor o menor perspicacia. Lo que está aquí en cuestión es la capacidad mental individual. Si ésta se afirma, la falta de previsión se presenta entonces como una falta de inteligencia.

3) Falta de sentido, pues el sentido material de la culpa consiste en la ausencia de reconocimiento del agente, siendo posible hacerlo, de la significación antisocial del acto, a causa de su indiferencia frente las exigencias de la vida social.

b) Teoría de la Imprudencia o Negligencia

Radica la culpa en la negligencia ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados. Se pueden, por tanto, llamar no intencionales o cometidos por simple culpa. Se llaman también involuntarios porque aún cuando el delincuente había querido la causa, no a querido el evento que debía prever o prevenir.

Ignacio Villalobos expresa en términos generales, se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente

previó o pudo prever y cuya realización era inevitable por él mismo, pero al describir los elementos de la culpa destaca que la realización de aquello que hace al acto típicamente antijurídico, se debe a negligencia o imprudencia, puesto que los demás términos empleados en otra definición no tienen un contenido autónomo por constituir formas mediante las cuales se manifiesta la negligencia o la imprudencia.

Podemos definir la culpa como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.

La culpa se clasifica en dos formas consciente e inconsciente:

Existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de caución de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan. Cuello Calón dice que la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán.

Por el contrario se esta en presencia de la culpa inconsciente cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Desde el Derecho Romano ha venido distinguiéndose la culpa en lata, leve y levisima. Se considera lata cuando la generalidad esta en condiciones de prever el resultado; leve, cuando sólo los hombres dirigentes pueden preverlo y levisima en razón de la extraordinaria diligencia, muy poco común en el hombre, requerida para prever la posibilidad de los daños causados.

La culpa en la legislación, declara que los delitos pueden ser: "I) Intencionales y II) no intencionales o de imprudencia. Se entiende por imprudencia todo imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional" Celestino Porte Petit, sugiere denominar a la culpabilidad culposa con el término adecuado: culpa, en forma que resulten comprendidos sus elementos estructurales (con representación y sin representación), precisando además las especies culposas que no encajan en la noción

genérica por no presuponer la previsibilidad, tales como la impericia la falta de aptitud. Esa sugerencia encontró posteriormente acogida en el anteproyecto de Código Penal de 1949, al definirse que el delito es culposo "cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en casos de impericia o falta de aptitud", dándose a la culpa consciente su nominación adecuada y comprendiéndose en la fórmula tanto a la culpa consciente como a la inconsciente, evitándose así incurrir en el inadecuado sistema de numerar las diversas especies de culpa, con lo cual se corre el riesgo de no comprenderlas todas.

a) La imprudencia, dice Ricardo C. Núñez, se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo por tanto carácter de culpa consciente. Soler ve en ella el afrontamiento de un riesgo, el cual es conocido solamente como tal, a diferencia del dolo en que el riesgo es previsto en su posibilidad afirmativa.

b) La negligencia no es sino falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciente. "esta especie de culpa se caracteriza porque el autor en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible".

c) La impericia, es la falta de pericia en la práctica de un arte, profesión u oficio, esto es, la diferencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

La falta de reflexión o de cuidado no tienen, Villalobos, contenido autónomo; se trata de formas en las cuales se manifiesta la imprudencia o la negligencia, resultando por ello redundante su uso que tiende "en forma semicasuista, a sugerir la idea de la culpa pero según se van precisando los elementos esenciales de lo definido y se vayan seleccionando las palabras que mejor lo expresen, deben desterrarse de la definición como medios indirectos que no favorecen la concisión ni la precisión deseables".

Inculpabilidad

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología, según expresión de Jiménez de Asúa. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- a) El error, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta

Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone un actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del derecho, sin embargo, los conceptos se identifican pues tanto vale ignorar como conocer falsamente. "los dos conceptos se reúnen, pues, en uno sólo y los códigos suelen hacer uso de la expresión "error" si bien el derogado Código Italiano prefirió decir "ignorancia en su artículo 44 a caso más en lo cierto ya que con este concepto general abarca también el del error".

El error de derecho,

El *error*, como género, comprende como especies al error de hecho y el error de derecho, distinción proveniente del Derecho Romano y reconocido plenamente en nuestros días. No obstante, en Alemania ha encontrado gran acogida la corriente unificadora representada, entre otros, por Binding y Von Liszt. Para el primero, el error relevante sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el derecho carece de toda importancia, de lo cual se infiere que el error relevante es necesariamente un error de derecho, resultando dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y de derecho. Von Liszt declara sin importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en 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".

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del derecho. Si como con toda claridad lo señala Jiménez de Asúa, en el caso concreto no concurre el elemento intelectual del dolo (conciencia de la descripción típica y del deber de respeto a la norma), por no existir el conocimiento de los hechos y de su significación, la conducta y su consecuencia no pueden ser dolosas, sin que sea serio alegar "que los casos de ignorancia de derecho son excepcionadísimos y que, cuando se dan, presentan enormes dificultades de prueba. No se está discutiendo sobre la probabilidad o rareza de esas situaciones, que cada día pueden ser más frecuentes por la complicación y el número de las leyes y por tomar éstas color político o local, harto lejano de universales normas de cultura; ni tampoco nos estamos ocupando de los medios de prueba y de su valor. A la luz del derecho penal material, nos parece lo dicho harto correcto".

El Derecho Positivo mexicano no reconoce el error de derecho, establece una presunción legal de intencionalidad aunque el acusado pruebe "que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla". La sola enunciación de la hipótesis demuestra que no se está ante el error de derecho, pues el sujeto, al creer en la injusticia de la ley o la moralidad de su violación, la conocía, pues únicamente a través de ese conocimiento podía realizar valoraciones sobre ella y su hecho o pretender moralmente legitimar su violación. Se establece igual presunción, aunque el acusado pruebe: "que creía que era legítimo el fin que se propuso". La creencia sobre la legitimidad del fin propuesto puede derivar del conocimiento de la ley, a pesar del cual la valoración hecha sobre ella no recuerda con su propio contenido, o bien por la ignorancia sobre la regulación del hecho realizado, es decir, desconocimiento total de la regla de derecho. En ambos casos la culpabilidad es dolosa por la presunción legal declarada en el precepto.

EL error de hecho

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental (inesencial).

El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito).

El error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió prever el error), excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad.

El error inesencial o accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración" (*aberratio ictus y aberratio in persona*).

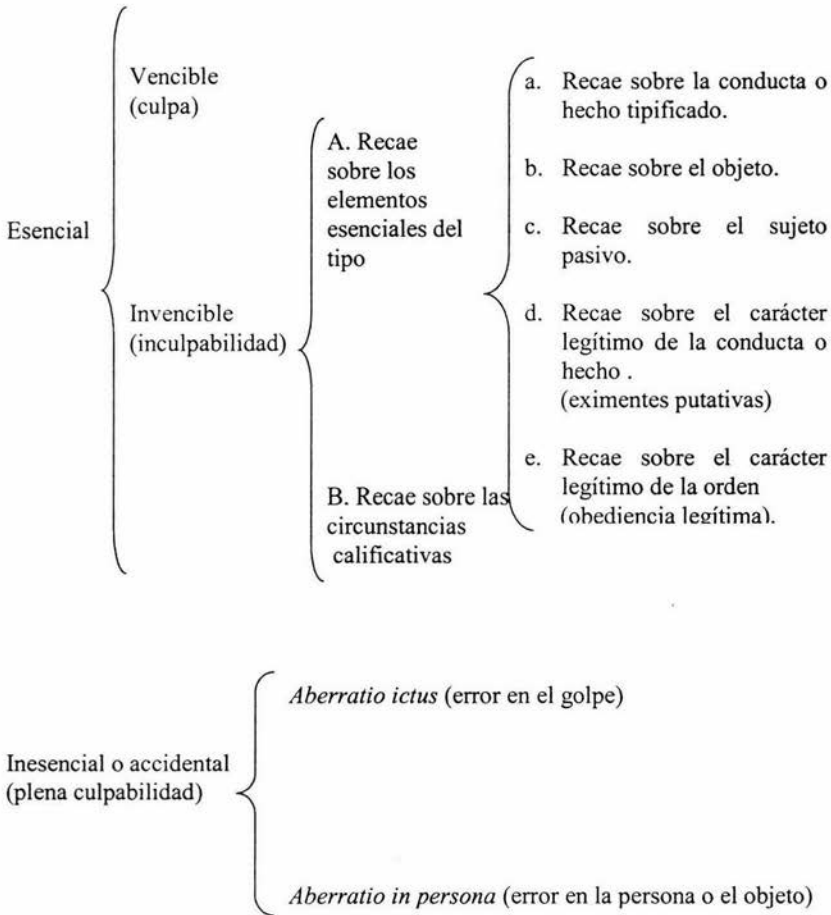
Las ideas anteriores se comprenden en el cuadro de la página siguiente.

El Código Penal únicamente se refiere al error de hecho, esencial e invencible. Se declara excluyente de responsabilidad el ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar, hipótesis que se presenta, por ejemplo, en el caso de resistencia a un agente de la autoridad, ignorando este carácter. La segunda hace consistir la excluyente en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía. A pesar de que la ley limita a los dos casos anteriores, la excluyentes de responsabilidad, en orden a la culpabilidad por error de hecho, es obvia la posibilidad de multitud de situaciones de la misma índole en que el error de hecho, esencial e invencible puede funcionar sin requerir regulación expresa en aquella: la falta de integración del dolo, por ausencia del elemento intelectual, excluye la culpabilidad del sujeto.

E
R
R
O
R

D
E

H
E
C
H
O



El error accidental

Lo constituyen los casos de aberración, denominados *aberratio ictus* y *aberratio in persona*. En el primero hay una desviación en el golpe con causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto. Si "A" dispara su arma contra "B", con *animus necandi*, pero su mala puntería hace que la bala lesione y mate a "C", a quien no se tiene intención de matar, responderá de homicidio doloso, siendo indiferente para la ley que la muerte querida haya recaído en persona distinta; la culpabilidad del agente es plena y el error

inesencial en nada varía la subjetividad del hecho imputable, cuestión sobre la cual Carrara había propugnado el criterio unitario, al expresar: "la voluntad del agente estaba dirigida a la muerte de un ciudadano y su brazo la ha producido". En el segundo (*aberratio in persona*), el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a errónea representación. En el mismo ejemplo, si "A" queriendo matar a "B", lo confunde con "C" y causa la muerte de éste, existirá un error en la persona, irrelevante para la ley, pues el autor responderá por homicidio doloso.

Aunque algunos destacan el caso del error en el objeto (*aberratio in objecto*), el origen de éste radica, al igual que el error en la persona, en una deformación intelectual del agente, alejada de la naturaleza real del objeto y de ahí que se la comprenda dentro del segundo.

Tanto el error en el golpe, como el error en la persona, están regulados al establecerse que la presunción de que un delito es intencional, no se disminuirá aunque el acusado pruebe: "que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño..., que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito...".

Delito Putativo

No debe confundirse el delito putativo con el error de derecho a pesar de tener semejanzas. Porte Petit observa que en uno y en otro existe un error: "en un caso, creyéndose que la conducta o hecho realizados son delictuosos. En el otro, considerando que la conducta o el hecho no están descritos en la ley como delitos. cuando se trata de un error de derecho, la norma penal tiene existencia, y por el error en que el sujeto se encuentra no existe en la mente del mismo. En el delito putativo por el contrario, la norma penal no tiene existencia, y por el error en que se encuentra el sujeto, existe en la mente del mismo".

Las eximentes putativas

A ellas se refiere Jiménez de Asúa cuando, al tratar sobre los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, la incluye dentro del esencial, en tanto éste recae "sobre la existencia de causas que excluyen la pena", supuesta erróneamente la concurrencia en el hecho de los elementos de una justificante, prefiriendo denominarlas "eximentes putativas, en

vez de "justificantes putativas" como lo hacen los autores alemanes, ya que ambos son términos incompatibles.

Por tales se entiende, dice Fernando Castellanos, las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo.

El error también será esencial dice Soler, cuando se crea estar en una situación justificada. "en tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determina porque además, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y estas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta. Esos son los casos de legítima defensa putativa y, en general, de justificación putativa.

Se señalan como eximentes putativas:

- a) defensa putativa;
- b) estado de necesidad putativo;
- c) ejercicio de un derecho putativo, y
- d) cumplimiento de un deber putativo.

Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta. En la defensa putativa, el sujeto cree, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión. En el estado de necesidad putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. En el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber putativos, la conducta antijurídica se

supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumplimenta. Como en los anteriores casos, el funcionamiento de estas eximentes debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho.

No deben confundirse las eximentes putativas con el error de derecho, ya que en ambas situaciones hay disconformidad entre la realidad y la representación, en el segundo el sujeto "cree que su conducta o hecho no son delictuosos por desconocimiento de la existencia de la norma penal o por inexacto conocimiento de la misma; en cambio en las eximentes putativas el sujeto estima que su conducta o hecho son jurídicos no por desconocimiento o inexacto conocimiento de la norma penal, sino, por que el sujeto cree encontrarse ante una causa de justificación como consecuencia de un error de hecho esencial e invencible...".

La no exigibilidad de otra conducta

Tomando como base el carácter eminente individualizado del pensamiento jurídico penal, la concepción normativa de la culpabilidad, que hace consistir ésta en el "juicio de reprobación" identificado con la propia reprochabilidad del hecho al autor, tratando de escapar a los rígidos moldes del ordenamiento jurídico, incapaces en ocasiones de adaptarse a las extrañas formas de la vida concreta, a buscado la solución en la llamada "inexigibilidad" que apoyándose primeramente en la culpa, según la construcción normativa de Frank ha sido posteriormente extendida, por Freudenthal, al ámbito del dolo.

Mezger considera que el reproche "tiene su punto de arranque en un enjuiciamiento individual de la situación de hecho y del deber que de ella se deduce para el autor. El reproche a título de culpa sólo puede recaer sobre una infracción del deber individualmente fundamentado, personalmente dirigido. Por ello en lo que concierne a la esfera de la culpabilidad culposa, lo que suministra la comprensión correcta de esta causa de exclusión de la culpabilidad es, más que el problema del enjuiciamiento material de la culpabilidad, el de la separación de la forma de la culpabilidad de la causa de exclusión de la misma. Pero esta separación debe ser llevada a cabo en el derecho positivo".

Las mismas razones de justicia y conveniencia te llevan a aceptar la "no exigibilidad de otra conducta" en la culpa, le parecen a Mezger aplicables para extenderla al ámbito del dolo, aunque se cuida de advertir que "los puntos de vista obtenidos en el ámbito de la culpa no

deben en modo alguno ser trasladados sin más trámite, al campo del dolo" estableciendo claramente "que la causa de exclusión de la culpabilidad de la no exigibilidad sólo queda reservada a una zona relativamente pequeña de libre apreciación valorativa, y que en esto lo restante en nada se modifica la índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos", lo cual, según se encarga de aclararlo el mismo Mezger equivale a afirmar que "la adecuación individual de la valoración que debe ser garantizada por la causa especial (de exclusión de la culpabilidad) de la no exigibilidad, no tiene por misión alterar las valoraciones derivadas de la ley positiva sino tan solo la de completarlas".

Para concluir en la exposición de la "no exigibilidad", Mezger estima a ésta como garantía de las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del autor, el principio de la valuación de los bienes y de la no exigibilidad constituye, como lo hace ver Jiménez de Asúa, el mayor mérito del autor Alemán, al "abrir dos grandes respiraderos en el formalismo legal", sobre la ley más no por encima del derecho. De este modo los dos grandes caracteres del delito (la antijuricidad y la culpabilidad), tienen en sus fases negativas: causas de justificación y causas de inculpabilidad, dos fórmulas en las que puede refugiarse toda conducta no antijurídica o no culpable, aunque la ley no lo hubiera previsto taxativamente, siempre que se halle reconocido así por el derecho.

Casos legales de no exigibilidad

Dentro del artículo 15 del Código Penal Federal, como "circunstancias excluyentes de responsabilidad" se recogen auténticos casos de "no exigibilidad de otra conducta". Ellos son: a) el estado de necesidad, b) la coacción o violencia moral, llamada por la ley temor fundado e irresistible y, c) el encubrimiento de parientes o personas ligadas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. Como casos específicos de inexigibilidad, el Código se refiere, sancionándolo con pena atenuada al aborto "honoris causa" y (con móvil de honor).

a) Estado de necesidad. Nos referimos al tratarlo como causa de justificación, apuntando su operancia, como causa de inculpabilidad, cuando ante la situación de peligro en que colisionan bienes jurídicos de igual valor se sacrifica uno de ellos para salvar el otro. En el famoso caso de la tabla de Carneades, invocado por la doctrina para establecer la existencia del estado de necesidad, el naufrago que sacrifica a su compañero de infortunio para salvar su propia vida, no comete el delito al actuar bajo una situación de peligro real, grave e inminente

que le impuso, como único medio practicable, el sacrificio de la vida ajena. Objetivamente analizado, el hecho es antijurídico; normativamente hay una "no exigibilidad de otra conducta" expresamente reconocido por la ley.

b) La operancia del temor fundado e irresistible (*Vis compulsiva*). Se fundamenta en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, siguiéndose el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta. La voluntad viciada, que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad, lo cual supone la realización de una conducta típica y antijurídica. Se trata de una auténtica "no exigibilidad", reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio.

c) El encubrimiento de parientes y demás sujetos, que en forma más amplia nos referiremos al tratar las excusas absolutorias, constituye igualmente una inexigibilidad, como un acierto a nuestro juicio la identifica Jiménez de Asúa, que si bien afirma el carácter suprallegal de esta causa genérica de inculpabilidad, reconoce que los códigos encuentran en ella el fundamento de algunas de las exenciones, entre las cuales destacan los casos de encubrimiento, auxilio o protección de parientes próximos . "a poco que se medite en el asunto (dice), se verá que éstas eximentes no son sólo meras excusas absolutorias, un simple perdón legal, en que los caracteres de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad subsisten intactos. Representan un grupo de los más claros casos de "no exigibilidad de otra conducta", que debe figurar como excluyente de la culpabilidad. ¿cómo exigir a un allegado próximo, a un amigo íntimo, a un agradecido, que se niegue a ocultar, favorecer o auxiliar a su padre, cónyuge, hermano, amigo o bienhechor?".

2.6 Punibilidad

Al definir el delito expresamos que un concepto del mismo sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico y de éste se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dimos por tanto, a la punibilidad, el carácter o elemento integral del delito.

Desde el punto de vista formal el concepto del delito puede reducirse, a la conducta punible (acto u omisión que sancionan las leyes penales), según lo determina el artículo 7 del Código Penal Federal.

Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Para Cuello Calón el delito es fundamentalmente acción punible, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquel.

Por su parte Jiménez de Asúa precisa que lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias)

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

Jiménez de Asúa las define así: "son causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública".

Castellanos Tena, congruente con su punto de vista de considerar a la punibilidad como una consecuencia del delito, precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basada en consideraciones de variada índole, excusa de pena al autor. "así entendida, la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias".

Las excusas absolutorias en el Código Penal

Se han considerado, con la denominación genérica de "excusas absolutorias", los casos comprendidos en los artículos 15, 151, 247 fracción IV, 280 fracción II, 333 y 375 del Código Penal Federal. A continuación examinaremos algunos casos para precisar la verdadera naturaleza de cada uno de los mismos:

a) artículo 15 declara "circunstancia excluyente de responsabilidad": ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de: a) los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines; b) el Cónyuge o parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, y c) los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

Carranca y Trujillo, al comentar el dispositivo citado, declara que contiene una excusa absolutoria en razón tanto de los móviles afectivos revelados como de la ausencia de los medios delictuosos, proclamando que en ésta, como en las otras excusas de idéntica naturaleza a las que se refiere, no hay temibilidad alguna en el sujeto, pues el móvil que lo guía es respetable y noble, argumentando con su elegancia característica que "las relaciones de familia, los lazos de sangre, la comunidad del nombre familiar, el afecto en una palabra, que ata entrañablemente a los hombres entre sí, al mismo tiempo que el respeto a la opinión pública, que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje, o a las que ama y respeta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena, pues si la familia es una amistad de la sangre que la naturaleza misma impone a los hombres, la amistad es una consanguinidad del espíritu que la sociedad y los hombres necesitan para subsistir":

Afiliados a la concepción normativa de la culpabilidad y estimando causa genérica de su aspecto negativo a la no exigibilidad de otra conducta, consideramos al encubrimiento entre parientes o allegados como una especie subsumible en ella. El delito no se integra por falta de culpabilidad pues el sujeto, como lo ha destacado certeramente Carrancá y Trujillo, obra a virtud del afecto por lazos de sangre o de espíritu que la ley no ignora ni debe ignorar, sin que en tal situación pueda normativamente exigirse al sujeto un proceder diverso. Esta especie

de encubrimiento constituye, a no dudarlo, una conducta típica y objetivamente antijurídica, mas no culpable.

b) el artículo 139 del Código Penal Federal. Ubicado dentro del capítulo V (rebelión) del título I, del libro segundo (delitos contra la Seguridad de la Nación) declara impune a quienes habiendo tomado parte en una rebelión "depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, sino hubieren cometido algunos de los delitos mencionados en el artículos que sigue".

El precepto en cita, a pesar de lo que se diga en contrario, consagra una auténtica excusa absoluta que elimina la punibilidad del hecho, anulando su carácter delictivo. Se razona que en este caso es clara la existencia del delito, pues la remisión de la pena deja viva la configuración del hecho de alzarse en armas contra el Gobierno de la República con los fines específicos exigidos por la ley. Ciertamente la conducta del sujeto se ajusta en todo a la descripción de la misma hecha por la ley y por ello resulta típica; es verdad así mismo, que siendo objetivamente contradictoria a los fines del derecho es indudable su antijuricidad y, en último término, habiendo el autor plenamente capaz representado la conducta injusta y ejecutándola voluntariamente, ha procedido en forma culpable, pero de igual modo no es menos cierto que para la ley el hecho de deponer las armas, antes de ser tomado prisionero (siempre que no se haya cometido algunos de los delitos de homicidio, robo, secuestro, despojo, incendio o saqueo para hacer triunfar la rebelión), quita su carácter delictivo a la conducta mediante la supresión de la amenaza de la pena, con lo que se pretende, indudablemente, hacer abandonar al rebelde su propósito ilícito. El arrepentimiento constituye, a nuestro entender, el fundamento de es excusa.

c) el artículo 151 del Código Penal Federal, establece una excepción respecto al funcionamiento de la pena prevista en el artículo 150 (al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado) tratándose de los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, de sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, "pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas".

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Esta situación, como la comprendida en el artículo 15 no integra propiamente una excusa absolutoria, sino una "no exigibilidad de otra conducta" y es causa de inculpabilidad al suprimir el delito por ausencia de su elemento subjetivo.

d) igual razonamiento debe hacerse respecto de las segundas situaciones previstas en el artículo 247, fracción IV del Código Penal Federal: "Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días de multa:

fracción IV.- Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado y faltare a la verdad en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito el documento o afirmado un hecho falso o alterando o negando uno verdadero, o sus circunstancias sustanciales.

Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado;".

La parte final del precepto transcrito releva de pena a la parte cuando sea examinada sobre la cantidad en que se estima una cosa. Si la persona actúa de buena fe, lógicamente el juicio de apreciación expuesto sobre el valor de la cosa, aun probados los elementos descriptivos del tipo, no puede generar responsabilidad penal por inexistencia del delito, habría en tal supuesto ausencia de culpabilidad al no darse el dolo, de necesaria concurrencia en esta clase de infracciones que, por su naturaleza, excluyen la culpa. Si, por lo contrario, la opinión vertida lo ha sido maliciosamente, con intención de favorecer a uno de los litigantes, faltándose así a la verdad, la hipótesis prevista en la ley operaría como una auténtica excusa absolutoria, pues siendo la conducta a todas luces antijurídica y culpable no hay lugar a la imposición de pena por imperativo del ordenamiento legal.

La falsedad en que incurre el acusado al declarar bajo protesta no constituye "infracción punible" por operar en el caso una inexigibilidad que impide la integración del elemento subjetivo y por ello del delito. Sería absurdo que se hiciera generar responsabilidad por la falsedad de quien, para eludir su culpa por un hecho delictuoso determinado, ocultare la verdad en cualquier forma, pues ello equivaldría no sólo a ignorar la naturaleza humana al imponer al acusado el deber de proporcionar a la autoridad los datos que harán posible a ésta

el ejercicio de su facultad persecutoria o sancionatoria, sino a exigir el cumplimiento de una obligación jurídica de imposible ejecución.

e) El artículo 280, fracción II del Código Penal Federal, declara delictuosa la conducta de quien "oculte, destruya, o sin licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabia esa circunstancia. En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio".

Esta supuesta excusa consagra la impunidad del encubrimiento (favorecimiento personal) cuando lo realizan los parientes más próximos, como lo son los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del homicida. Las razones que fundamentan la impunidad hemos de identificarlas con las reguladoras de los artículos 15 y 151 ya examinados. Con apoyo en ellas es preciso declarar la inexistencia del delito por inexigibilidad de otra conducta, originando de una causa de inculpabilidad del hecho típico y antijurídico.

f) El propio artículo 333 del Código Penal Federal, en su parte final, declara impune el aborto "cuando el embarazo sea resultado de una violación" es claro que si el acto erótico le fue impuesto violentamente a la mujer, vulnerando su libertad sexual salvaguardada en la ley, por constituir un bien jurídico motivo de tutela, no puede exigírsele la aceptación de una maternidad no querida ni buscada; la ley no puede imponer obligaciones jurídicas de esa índole. Se reconoce, en el aborto por causas sentimentales, una "no exigibilidad de otra conducta" y por tanto una causa de inculpabilidad.

Villalobos considera necesario, para una concreta estimación de cada suceso, conceder a los tribunales arbitrio para perdonar el hecho únicamente cuando estimen, en virtud de los antecedentes, circunstancias y peculiaridades del acontecimiento, que sería tanto humana como culturalmente excesivo exigir otra conducta de parte de la acusada. Generalizar y consentir el aborto en todo caso en que el embarazo sea resultado de una violación conduce a pensar, dice el maestro Mexicano, que el aborto en esas condiciones es un derecho y no en realidad un "delito excusable", expresión ésta justificada en la posición de Villalobos, que ve en la punibilidad una consecuencia del delito y no uno de sus elementos constitutivos.

g) Genuina excusa absolutoria es la consignada en el artículo 375 del Código Penal Federal, "cuando el valor de lo robado no pase de 10 veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia".

En el presente caso, el agente se arrepiente de la conducta ilícita ejecutada y devuelve no sólo lo robado, sino paga además los daños y perjuicios causados antes de que la autoridad tome conocimiento del hecho. Tanto el arrepentimiento como la ausencia de los medios violentos en la comisión del apoderamiento ilícito de la cosa, revelan ausencia absoluta de peligrosidad, siendo esta la razón de la política criminal que llevó al legislados a establecer la citada excusa.

CAPITULO III

EL DELITO DE VIOLACIÓN

La libertad de amar es facultad inherente al ser humano y nobilísimo atributo de su personalidad que se exterioriza en el pleno señorío que al individuo incumbe de mantener relaciones amorosas con quien bien le pareciere, de interrumpirlas libremente, de no tenerlas con quien no fuera de su agrado o de abstenerse temporal o permanentemente de toda relación carnal. Empero, la libertad de amar no sólo descansa en la libre voluntad de mantener con otros contactos o relaciones sexuales, sino también en la psíquica capacidad del individuo para validamente manifestar dicha voluntad en orden a los indicados contactos o relaciones.

En uno y otro caso es tutelada la libertad de amar. En el primero, la libertad afectiva; en el segundo, la libertad potencial.

1. CONCEPTO.

El delito más grave contra la libertad sexual es el de Violación. Ya Carrara expresaba que "cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdadera o presunta, surge el delito más grave de violencia carnal que absorbe cualquier otro en razón de la doctrina de la prevalencia". El *quid diferenciador* más genuino entre los delitos de estupro y violación, consiste en que el primero la cópula se obtiene por el engaño o la seducción, en tanto que el segundo se alcanza por la violencia o por el aprovechamiento de determinadas situaciones o circunstancias en que se halla el sujeto pasivo.

La forma típica de violación háyase descrita en el artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal en el que se sanciona "al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años...

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela".

empero, análogo signo que la violencia física o moral tienen, desde la época de Carpzovio, algunos estados o situaciones especiales en que se halla el sujeto pasivo y que dan lugar a que el agente tenga cópula carnal con persona sin la voluntad de ésta. Dichos estados o situaciones están recogidos en el artículo 175 en el que se amplía la descripción de la figura típica del artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal. Estatuía aquel artículo en su primitiva redacción, que "se equipara la violencia, la cópula con persona privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir"; pero el decreto del 12 de diciembre de 1966 (Diario Oficial del 20 de enero de 1967) se modificó en la siguiente forma: "se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena, al que: realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo;" estas situaciones especiales han sido en la bibliografía penal recogidas en un concepto unitario y denominadas con el genérico nombre de violación presunta. La significación penal de la llamada violación presunta no trasciende ni se corporiza en un delito independiente, pues solo tiene el sentido y el alcance de ser una específica forma de ejecución y de manifestación típica del delito en estudio.

El bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado. Bajo el imperio de otras direcciones culturales se han mantenido otros puntos de vista, pues en tanto que, por vía de ejemplo, Carrara incluye el delito de violación entre los delitos que ofenden la púdica individual, Beling le coloca entre los delitos contra la honestidad de la mujer. Pero en la actualidad y cada día más unánimemente (Mezger Manfredini, Antolisei, Ranieri, Pannain y Contieri) se afirma el recto pensamiento de que el interés vital tutelado en el delito de violación es la libertad sexual. También entre los penalistas nacionales domina este recto criterio. González de la Vega razona elocuentemente: "El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido así su resistencia (violencia física, vis) o bien por el

empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que produce o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus)". Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no a querido, ofendiéndose así el derecho personal de la libre determinación de su conducta en materia erótica.

González Blanco considera también que el bien jurídico que se lesiona en la violación es la libertad sexual, "supuesto que los medios violentos que se emplean para la obtención de la cópula son precisamente los que impiden a la víctima la libre determinación de su conducta"; Carranca y Trujillo y Porte Petit así mismo afirman que el objeto jurídico del delito es la libertad sexual.²⁹

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

En nuestro país, durante la época prehispánica encontramos al delito en estudio, sancionado en el pueblo Maya, castigándolo con "lapidación, con la participación del pueblo entero". Es muy importante recordar que entre nuestros pueblos prehispánicos, a la mujer se le respetaba en gran forma además de penalizar de manera muy severa a este ilícito, por lo cual no existía el índice de violaciones como en nuestros días.

Durante la época colonial, debemos hacer memoria que se aplicaron algunas leyes que regían en España; por consiguiente, tenemos en México Colonial las leyes de Indias, la Novísima Recopilación de Castilla, La Nueva Recopilación de Castilla, entre otras, así como las anteriormente mencionadas: El Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas.

"En los Códigos Penales Modernos, sin que la infracción haya perdido su acento de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, se ha abandonado la penalidad de muerte para los casos de violación en sí mismos considerados, sin perjuicio de extremar las sanciones, mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando con ella coinciden otros eventos delictuosos, como los de contagio venéreo, asalto, incesto, lesiones y homicidio".

²⁹ Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano", tomo número III. Edit. Porrúa. 1977, México. Pág. 251 y 252.

2.1 El Derecho Penal Romano

A través de la historia universal, el ilícito en estudio se sancionaba de muy diversas formas; así tenemos que en el Derecho Romano, respecto a la unión sexual violenta, la *Lex Julia* de vis pública imponía la pena de muerte; en Egipto al agente se le castraba; en el pueblo Hebreo, se le imponía la muerte o multa, dependiendo si la víctima era casada o soltera; en el Código de Manú, se establecía la pena corporal, si la mujer no era de la misma clase social; en Grecia, el violador debía pagar una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la ofendida si así lo deseaba ella, de no ser así, merecía la pena de muerte; en la época de Teodorico, se impuso un edicto mediante el cual el agente debía casarse con la mujer atacada, otorgándole la mitad de sus bienes, si era rico y noble

2.2 Reglamentación Española

En el Derecho Canónico únicamente se consideró el "*stuprum violentum*", para el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer contra o sin su consentimiento, no obstante, se estipulaba que en la mujer ya desflorada no se podía cometer el delito.

En el Fuero Viejo de España, se castigó en general, con la muerte o con la declaración de enemistad, con lo que los parientes de la víctima podían dar muerte al ofensor.

En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del libro IV título XII, hacen referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, o en religiosa profesada: igual pena se estableció en las leyes de Estilo.

En el Fuero Juzgo, ley XIV, título V, se estatuyó: "si algún omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la muier libre: si el omne es libre recibe 100 azotes, e sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza: e si es siervo, sea quemado en fuego".

Así mismo, en la Setena Partida, ley III, título XX, partida VII, expresaba: "robando algún omne alguna mujer viuda de buena forma, o vírgan, o casada, o religiosa, a yaciendo con

alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende; é demás deven ser todos sus bienes de la muger que assi oviese robada o forzada... E la pena que diximos de suso que debe aver el que forzasse alguna de las mujeres sobre dichas, essa misma dever over los que le ayudaron a sabiendas a robarla o a forzarla; más si alguno forzasse alguna muger otra, que non fuesse ninguna de estas sobre dichas, deve aver pena por ende, según alvedrío del juzgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza, e la muger que forzó, e el tiempo, e el lugar en que lo fizo". Esta partida, relaciona el rapto con la violación, dando como castigo la confiscación de sus bienes a favor de la víctima, sin perjuicio de saldar el hecho con su vida.

Mas adelante, los Códigos Penales designaron para estos delitos la pena de muerte. En 1822, los Códigos optaron con sancionar al ilícito en estudio, con privación de la libertad. Ya el Código de 1848 fue más preciso en su definición, así como en el establecimiento de la pena, quedando en forma más parecida a los Códigos Españoles.³⁰

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Los elementos constitutivos de esta figura típica son: a) la cópula; b) la violencia física o moral; c) sujeto pasivo menor de doce años; d) causas que impiden al sujeto pasivo producirse voluntariamente y e) causas que impiden al sujeto pasivo resistir.

3.1 Cópula

El Código Penal para el Distrito Federal en el libro segundo parte especial título V "delitos contra la libertad y la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual", capítulo I "violación", en el artículo 174 define a la cópula de la siguiente manera. "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con... se entiende por cópula, la introducción del pene en le cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal..."

³⁰ López Betancourt, Eduardo. "Delitos en Particular". Tomo II, 5ª. Edición. México, año 2000. Edit. Porrúa. Pág. 182, 183 y 184.

La conducta ejecutiva del delito de violación consiste en que el sujeto activo "tenga cópula con una persona". Este comportamiento fáctico, solo es expresivo de un hecho en su neutra materialidad y desprovisto en sí de relevancia típica, la cual solo surge cuando la cópula se efectúa por medio de la violencia física o moral.

"Copular" tanto significa, en su acepción sexual, como unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas. Los actos de obscenidad sobre un cadáver, quedan subsumidos en la fracción II del artículo 208 del Código Penal para el Distrito Federal, aun en el caso en que la muerte acontezca a consecuencia de las violencias desplegadas para obtener la cópula, pero antes de la unión carnal, ésta debe producirse entre partes somáticas unidas a los cuerpos de los sujetos activo y pasivo. No existe cópula si en el cuerpo de la mujer son introducidas secreciones masculinas, aún cuando estas conserven todavía potencialidad biológica. La inseminación artificial mediante violencias no constituye cópula carnal.

La unión que presupone la cópula a de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral. Dada la redacción del artículo 174 del CPDF, no hay margen alguno a la duda de que tanto cópulas normales como anormales quedan comprendidas en la descripción típica, pues la frase "...tenga cópula con una persona...sea cual fuere su sexo" es lo suficientemente clara y no permite diferencias interpretativas.

La cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuera incompleta del miembro viril de la abertura vulvar, anal u oral, sin que sea preciso que se efectúe la "*inmisio semenis*, ni en la cópula normal que se produzca la rotura del himen o desfloramiento. El denominado *coitus Inter. Femora*, que ya antes se dijo, no puede considerarse como cópula, habida cuenta de que no existe introducción del miembro viril en la cavidad vulvar, pero si el llamado *coitus interruptus* .

Los Códigos penales de Francia (artículo 372, primer párrafo), Alemania (párrafo 177) y España (artículo 429) construyeron el delito bajo el esquema o imagen rectora de que únicamente la mujer podía ser sujeto pasivo y el hombre sujeto activo primario. Esta era una concepción clásica. Sin embargo, fue Martínez de Castro quien rompió con la anterior

tradición, al establecer en el artículo 795 del Código Penal de 1871 que “comete el delito de violación el que, por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo”. Groizard en ocasión de comentar el Código Penal Español de 1870 muestra su adhesión al criterio seguido en el Código de México. “¿qué derecho –pregunta- es el que resulta atacado por el ejercicio de una fuerza que obliga a una persona, contra su voluntad a sufrir la vejación de una conjunción carnal?” el Cardinal, en el Derecho preeminente perjudicado –responde- es el derecho contra la persona, la cual lo mismo sufre y padece con atentados cometidos contra la integridad de su vida material y de su salud, que con atentados realizados contra la integridad de su vida moral. Ahora bien si estos atentados se conciben del mismo modo que pueden ser consumados contra una mujer que contra un hombre, ¿por qué la mujer a de ser sólo sujeto capaz pasivo de la clase de delitos que ahora tratamos?

El Código Penal de Italia de 1889 siguió abiertamente el criterio del Código de Martínez de Castro, pues en su artículo 331 sancionaba “la que, con violencia o amenaza, obliga a una persona del uno o del otro sexo a conjunción carnal”. En el artículo 519 del Código de Rocco se sigue, aunque menos explícitamente, el mismo criterio, pues castiga “al que, con violencia o amenaza, obliga a alguno a la conjunción carnal”. La opinión dominante en Italia, con base en la frase “obliga a alguno” contenida en el citado artículo, convino en que tanto la mujer como el hombre podían ser sujeto pasivo. Y este mismo criterio impera abiertamente en los Códigos Penales Argentino, Costarricense, Ecuatoriano, Panameño, Uruguayo y Venezolano.

La cópula en todos éstos Códigos puede realizarla el varón en la mujer por vía vaginal, anal u oral y en el hombre por vía anal u oral. Son indiferentes las cualidades personales del sujeto pasivo, pues desde el instante en que el bien jurídico tutelado en este delito es la libertad sexual, todos los seres humanos pueden ser sujeto pasivo. Se discute, sin embargo, si puede serlo la prostituta, con base en que en algunos Códigos Penales como por ejemplo, en los de España y Argentina, el delito de violación está incluido en el título denominado “delitos contra la honestidad” y en los de Italia y Suiza en los que llevan por rubro “delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres” e “infracciones contra las costumbres” respectivamente, arguyéndose que la prostituta carece de honestidad y que es un ser inmoral y de malas costumbres. Pero como la cuestión no debe ser resuelta con base en la estructura formal que preside la sistematización o agrupamiento de los delitos, sino desentrañando la sustancial realidad del interés tutelado en cada tipo penal, la prostituta puede ser también

sujeto pasivo del delito de violación, habida cuenta de que, en esencia, la libertad sexual es el interés jurídico tutelado en este delito y que la triste condición social de la prostituta no la convierte en un despojo humano carente de libertad. Por otra parte, ante nuestro derecho la cuestión no ofrece perplejidad alguna, pues es opinión unánime que en el delito de violación se tutela dicho aspecto del bien jurídico de la libertad.

La cuestión de quien puede ser sujeto activo o, más rectilíneamente dicho, si, además del varón, que es el sujeto activo en los casos comunes y corrientes, puede también serlo la mujer. No hay duda alguna de que ésta pueda ser sujeto activo secundario, pues para ello no existe ningún obstáculo ontológico. Es perfectamente factible que una mujer sujete o intimide a la víctima en tanto que el sujeto activo primario con ella copula. La cuestión se ensombrece en torno a si la mujer puede ser sujeto activo primario, esto es, quien tiene con el ofendido cópula carnal.

La opinión dominante en Italia afirma que la mujer puede ser sujeto activo primario. Manzini, Maggeore, Ranieri y Antolice se limitan a manifestar que sujeto activo puede ser tanto el varón como la hembra, con tal de que tengan la posibilidad física de unirse carnalmente. Más explícito fue el pensamiento de Carrara, en cuanto sostuvo que aunque mal puede configurarse una violencia carnal de la mujer sobre el varón consumada mediante violencia física, puede, como ya lo admitieron Carpozio y Bohemero, configurarse mediante violencia moral, la opinión de Carrara seguida por Contieri, quien considera que la mujer puede también ser la unión heterosexual sujeto activo, pues aunque la fuerza física es medio idóneo en razón de la peculiaridad del acto fisiológico del hombre, no puede decirse lo mismo de la amenaza, la cual puede esfumar los motivos inhibitorios, éticos de otra naturaleza y sustituirlos por impulsos en los que el cuartado deja actuar sus instintivos reflejos. Finalmente, Pannain manifiesta que no puede afirmarse que el sujeto activo sea únicamente el hombre, pues aunque verdad es que en éste la erección no se puede provocar mediante violencia, bien se puede imaginar la hipótesis de una violación carnal de la mujer sobre el hombre en los casos de violencia presunta.

En cuanto a nuestro derecho positivo, González de la Vega excluye con buenas razones del delito de violación el acto homosexual femenino (acto de inversión de mujer a mujer) "porque en el frotamiento lésbico no existe fenómeno copulativo o ayuntamiento dada la ausencia de introducción sexual". Pero al abordar la hipótesis en que la mujer fuerza o intimida

al hombre para la cópula, asume una dubitativa actitud, pues, aun cuando principia manifestando que "teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito", concluye adhiriéndose virtualmente al específico argumento argentino, pues afirma "que en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito, ya que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril pues sin ésta no se puede con propiedad decir que a habido copulativa conjunción carnal. Y todavía con más encarecimiento hace uso González Blanco del argumento de los juristas Argentinos, pues tras de recordar las opiniones de Soler, Ure, García Zavalía y Peña Guzmán, por su parte afirma "el elemento nuclear de la acción descrita en el artículo 174 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, es tener cópula. Ahora bien, tener cópula es una conducta eminentemente activa. Como la cópula consiste en la introducción del órgano masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal".

3.2 Violencia Física o Moral

a) Violencia Física

Implica la violencia física el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica. Sería irreal que una fornida campesina adujera haber sido violada por medio de la fuerza muscular desplegada sobre ella por un individuo tísico enclenque.

Existe violencia auténtica –enseña Carrara- cuando la voluntad contraria de la víctima es dominada por la fuerza física. Pero es preciso que la resistencia de la mujer se exteriorice en gritos o actos de protesta que evidencien real y verdaderamente una voluntad contraria a la de

su agresor. No basta que la mujer se limite a manifestar que no quiere y al unísono deje que el hombre realice su deseo. Y no basta que por dos razones: en primer lugar, porque el juez no sabría si la mujer que se opone de palabra pero que materialmente acepta, quería o no el acto sexual; y en segundo término, porque ante esa conducta contradictoria y equívoca, el inculpado bien pudo creer que no ejercía violencia sino que realizaba un acto gratisimo para la mujer. Es bien sabido, por una antiquísima sentencia reafirmada por una experiencia plurisecular, que muchas veces bajo una aparente negativa se oculta un deseo ardiente y un consentimiento claro. La mujer que, en verdad, no quiere, tiene mil e inequívocos medios para manifestar su oposición al hombre que la pretende y de probarla después ante el magistrado, con el objeto de hacer indudable el dolo de aquel y tranquilizar la conciencia de éste. Pocos delitos como el de violación se prestan, por ausencia de una prueba directa o histórica, a acusaciones falsas, no sobre el hecho de la cópula, sino sobre el de la fuerza empleada, hasta el extremo de no exigir páginas inmortales en la literatura clásica en que con escepticismo, humorismo e ironía se burlan de las mujeres que se dicen forzadas. La resistencia ha de ser, como señala el gran maestro Toscano, seria y constante. Es seria cuando esta exenta de simulación y refleja una auténtica voluntaria, y constante cuando es mantenida hasta el momento último, excluyéndose aquélla que exista el comienzo y después cede para participar en el recíproco goce. Conserva un gran valor para dilucidar si falto la voluntad de la mujer, la conducta posterior de ésta, a que se hicieron mención los prácticos Engau y Leyser. Son, en efecto, datos o indicios de mucha monta para excluir la voluntad contraria, en el que la mujer que se dice forzada hubiere continuado sus relaciones sexuales con el supuesto violador y el de que no hubiere denunciado inmediatamente el hecho y sólo lo hiciera después de algún tiempo, al darse cuenta de que se hallaba encinta.

El que la voluntad contraria deba ser seria y constante, no presupone que tenga que ser materialmente anulada por una irresistible fuerza; basta que la violencia o la energía física desplegada por el sujeto activo venza la voluntad de su víctima, ante el convencimiento de ésta de la inutilidad de seguir oponiendo una inoperante resistencia ya debilitada, cuando no eliminada. En manera alguna debe concluirse en estos casos, que la víctima cedió voluntariamente en su resistencia, sino que su voluntad contraria llegó al último y racional extremo y sucumbió ante la superior fuerza o energía física puesta en juego por el sujeto agente.

La fuerza o violencia a de recaer sobre la propia persona del sujeto pasivo y no sobre las personas o cosas que la circundan, sin perjuicio de que la ejercida sobre éstas pueda tener trascendencia contemplada desde el diverso ángulo de la intimación o violencia moral, puede ser enunciativa y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si ésta opone resistencia a sus propósitos y lo mismo acaece con la violencia física ejercida sobre quienes, por razón de amor o parentesco, tengan lasos de identidad con la persona con la que se quiere tener la antijurídica cópula.

b) Violencia Moral

El delito de violación, como subraya Finzi, un delito con pluralidad de hipótesis, pues aunque ambas violencias, física y moral, son muy afines, no se puede negar la diferencia que entre ellas existe:

La primera es energía física ya consumada; la segunda energía física simplemente anunciada. Ya anteriormente hicimos referencia al poder íntimamente que sobre la voluntad de la persona con quien sin obtenerse su consentimiento se quiere copular, despliegan las violencias físicas que se ejercen sobre las personas y cosas que circundan a aquella o sobre las personas a ella ligadas por tan estrechos vínculos afectivos que engendran una situación de identidad personal. A parte de esas intimaciones oblicuas la violencia moral puede directamente ejercerse sobre la persona cuya voluntad se quiere reducir para ser posible la cópula, ora proyectando sobre su persona la amenaza de un mal si se niega u opone, ora proyectando dicha amenaza sobre otra persona ligada a ella por vínculos tan fuertes que engendran un estado de identidad afectiva.

La violencia moral o amenaza es la manifestación expresa o tácita (dice Contieri), explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mimica, directa o indirecta del propósito condicionado de ocasionar un daño o de determinar una situación de peligro, si el amenazado no consciente en la conjunción carnal.

No cualquier amenaza de un mal basta para consentir la violencia psíquica. Para Carrara es necesario que el mal con que se amenaza sea grave, presente e irreparable, aunque reconoce, siguiendo las huellas de Cremani y Bohemero, que sobre las condiciones del temor no pueden establecerse reglas absolutas, pues en gran medida influye el carácter de la mujer

elegida por el culpable como sujeto pasivo. El carácter tímido y débil de la mujer puede fácilmente conducir a un Juez prudente a hallar los requisitos de la violencia moral, incluso en las simples amenazas verbales desplegadas sobre una joven, sobre todo, agregamos nosotros, en las violaciones que efectúan los padres o tutores sobre las hijas o pupilas, en las que frecuentemente entran en juego junto a la intimidación o amenaza el llamado temor reverencial.

El mal con que se amenaza puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal (vida, integridad corporal, honor o libertad) o patrimonial, siempre que en esta última hipótesis se trate de bienes de gran valor, ya que sería risible que una mujer alegase haber sido amenazada con la sustracción de unos cuantos centavos o de otros objetos de valor insignificante.

Algunos penalistas consideran, finalmente, que el mal con que se amenaza a de ser injusto. Este requisito, no debe ser exigido, pues también la amenaza de un mal justo puede constreñir la libertad sexual, cuya esencia consiste como afirma Contieri en el interés de la persona en que no sean realizados por otra en contra de su voluntad actos de disposición sexual sobre su propio cuerpo. Dicho interés es lesionado por la intimación oriunda de cualquier amenaza y no sólo por la de un daño injusto.

3.3. Sujeto Pasivo menor de doce años.

La equiparación que "a la violencia" hacía el artículo 226 antes de su reforma del doce de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, de "la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir" fue justamente criticada por González Blanco, en cuanto subraya que "el precepto citado, como se advierte, contiene el imperdonable error de referirse a la violencia, pues lo correcto sería referirse a la violación" y a fe que en su crítica acertó plenamente, pues, en puridad la equiparación que "a la violencia" hacía el artículo 266 era oriunda de una errata de imprenta, consiste en haberse sustituido la frase "se equipara a la violación..." con que se inician los artículos 796 de Martínez Castro y 861 del Código de Armaraz, por la impropia de "se equipara la violencia..." que se leía al comienzo del artículo 266 del Código de 1931. Esta errónea equiparación a la

violencia carecía por otra parte de pureza conceptual, pues el que una radiación biológica-humana (como el hipnotismo) o determinadas sustancias químicas (como los narcóticos) produzca un determinado efecto interno en el cuerpo de la víctima no autoriza a equipararlas a la violencia, la cual implica ontológicamente el despliegue de una energía muscular que produce el efecto de suprimir física o moralmente la libertad de obrar. Y mucho más incongruente era el error que se combate, en relación a la edad y enfermedad, habida cuenta de que en la producción de estas circunstancias o situaciones del ser humano, el sujeto agente no tenía ninguna intervención. Preciso era reivindicar la frase “se equipara la violación...” de nuestros viejos códigos y corregir la de “se equipara la violencia,,” contenida en el artículo 266 del Código de 1931, pues en los supuestos típicos que éste contemplaba no era lógica la equiparación a la violencia; lo que en verdad, adquiriría relevancia típica era las circunstancias o situaciones en que dolosamente se situaban o en que se hallaban determinadas personas y que las impedía resistir. Plácemes merece, por tanto, en este punto la reforma de 1966.

Esta reforma ha innovado también acertadamente el contenido del precepto, al establecer expresamente y con carácter general que “se equipara la violación..., la cópula con persona menor de doce años...” pues aunque es exacto que la tierna edad estaba comprendida en la frase “...o cuando por...cualquier otra causa no pudiera resistir” con que finalizaba la redacción del artículo 266 antes de su reforma, eran fluctuantes, variables e inciertos los límites de la edad infantil que impedían la resistencia y, por tanto, se habría un peligroso margen a las interpretaciones personales de los jueces. Por otra parte las fronteras típicas entre los delitos de estupro y violación eran también oscilantes, y, en puridad, se determinaban en la praxis mediante interpretaciones subjetivas.

Hay violación, después de la reforma en estudio, cuando se copula “con persona menor de doce años” pues la ley penal establece con carácter general que el consentimiento prestado por un menor de dicha edad carece de toda validez jurídica, habida cuenta de que quien otorga no esta en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y, en consecuencia, la cópula con él tenida en esta coyuntura encierra un ataque contra la libertad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado sobre una persona sin voluntad válida encierra un atentado contra su libertad.

El artículo 175 erige en elemento típico del delito en estudio una presunción *juris et de iuris* que norma cultural y jurídicamente la vida de relación.

El artículo 175 del Código Penal para el Distrito Federal dice: Se equipara a la violación y se sancionara con la misma pena, al que:

I.- Realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o

II.- Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

3.4 Causas que impiden al sujeto pasivo producirse voluntariamente.

Cuando el sujeto pasivo se halle imposibilitado de producirse voluntariamente, la cópula que se efectúe con él aun cuando se realice con su formal consentimiento, adolece del vicio de nulidad que corrompe en todos los actos de las personas que no se hayan en su cabal juicio. El consentimiento prestado en dichas circunstancias carece de valor para investigar de licitud la conjunción carnal., pues en un consentimiento inválido por provenir de persona que se encuentra en imposibilidad de querer y consentir mediante una normal motivación.

La ratio de la equiparación a la violación que citaba el artículo 266 para cuando la cópula se efectúe con persona "que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales", tiene por objeto y fin tutelar penalísticamente ciertos estados o situaciones en que pueda hallarse el ser humano y evitar que de dichos estados o situaciones se aproveche un tercero en daño u ofensa de la libertad sexual de aquél, aun cuando el sujeto activo no hubiere ocasionado el estado o situación de que se aprovecha para lesionar la libertad sexual de su víctima. Se entiende que el sujeto pasivo no esta en posibilidad de "producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, a parte de la edad menor de doce años descrita específicamente, cuando se encuentren en imposibilidad

de entender y discurrir a causa de una alteración patológica de la mente. Entran aquí los estados de enajenación mental en sus diversas formas de manifestación causativos de la anulación de la conciencia o de la voluntad, ora se traduzcan en esquizofrenias, o séase, en generales escisiones o disgregaciones de las funciones psíquicas que afectan al pensamiento, conducta, afectividad, sentimiento y relaciones con el mundo exterior; ora en oligofrenias, esto es, en defectos congénitos o adquiridos en los primeros años de la vida cuando el cerebro se encuentra en plena inmadurez.

Es indiferente que la persona en dichas circunstancias hubiere aceptado la cópula, pues este asentimiento carece de validez, dada la imposibilidad en que la persona se haya de comprender su significado y alcance. No se precisa que la víctima hubiere sido declarada en estado de enajenación mental; basta la realidad pública y notoria de su enajenación. Y cuando la gente copule con persona privada de razón con el asentimiento de ésta, pero desconociendo su estado de enajenación mental debido a un error no inculpable, deberá absolversele, habida cuenta de que falta la base necesaria para que pueda formularse en su contra un juicio de reprochabilidad.

3.5 Causas que impiden al sujeto pasivo resistir.

El antiguo artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal. equipara también a la violación "... la cópula con persona.. que por cualquier causa... no esté en posibilidad... de resistir la conducta delictuosa". Hace referencia esta frase a todas aquellas situaciones, de naturaleza mas o menos transitoria, en que el sujeto pasivo se halla en un estado de inconsciencia que le priva de la facultad de conocer y comprender y, por tanto, de asistir o resistir. Estas situaciones pueden ser oriundas de múltiples causas: accidentales unas y otras originadas por el propio actuar doloso del agente.

Las accidentales pueden, a su vez, dividirse en fisiológicas y patológicas. Entre las primeras deben destacarse el sueño y el sonambulismo; entre las segundas, los desvanecimientos o síncope oriundos de estados febriles epilépticos o comatosos.

La cópula efectuada aprovechando el sueño normal de la víctima sólo es posible en excepcionales hipótesis, más académicas que reales, pues no es, en verdad, fácil copular con una persona dormida sin que ésta se dé cuenta de tan agitado acontecer. Sólo es admisible tan excepcional hipótesis en mujeres multíparas habituadas a la vida matrimonial o en aquellas situaciones crepusculares conocidas con el nombre de embriaguez del sueño y caracterizadas por la circunstancia de producir un retardo, en el momento de despertar, en la natural y simultánea recuperación del sentido, inconsciente durante el sueño. También resulta difícil copular con persona que se haya inmersa en un estado de sonambulismo espontáneo, pues aunque es evidente que en dicho estado el sujeto pasivo puede ejecutar sin conciencia ni recuerdo determinados actos, estos son, por lo general, de índole muy simple y es poco factible que en tal estado pueda, sin despertar de dicho sueño, copular. También determinamos estados patológicos-febriles, epilépticos o comatoso- producen desvanecimientos, desmayos o síncope más o menos duraderos, en los que la persona que los sufre queda privada de sentido y puede ser víctima de una copulación. En todas las hipótesis hasta ahora enunciadas, el sujeto activo aprovecha la situación de inconsciencia en que se haya su víctima, para en tal coyuntura tener con ella cópula.

Mayor frecuencia y gravedad revisten los casos en que la imposibilidad de resistir es originada por el propio actuar doloso del gente. Adquieren aquí especial significación e interés los estados de inconciencia provocados por hipnosis, narcóticos, anestésicos o bebidas alcohólicas. En el estado hipnótico el sujeto está aparencialmente en todos sus sentidos pero sus movimientos y su voluntad se hayan bajo el dominio del hipnotizador, quien esté en posibilidad de determinar a la persona a él sometida a que se preste a la cópula. Preciso es para que la violación sea factible por este medio, que el sujeto activo esté en posesión de un gran poder hipnótico y que su víctima fuere persona propensa –por sobreexcitación nerviosa, histerismo, etc.- a sufrir este psíquico influjo.

Los narcóticos, anestésicos y bebidas alcohólicas producen en sus adecuadas dosis la privación del sentido en las personas a quienes se suministran, habida cuenta de que ocasionan profundas alteraciones o trastornos psíquicos por intoxicación. Dada la naturaleza de dichas sustancias, la posibilidad de hallarse las mismas más o menos fácilmente al alcance de cualquier persona y la factibilidad que presentan de ser ministradas o mezcladas con alimentos o bebidas de apariencias inocuas, asumen y revisten en la praxis una gran frecuencia e importancia como medios comisivos del delito de violación.

Otras enfermedades a parte de las mentales que impiden al sujeto pasivo producirse voluntariamente son causativas de que el propio sujeto pasivo no pueda resistir la conducta delictuosa. Entre las enfermedades que impiden la resistencia al ayuntamiento no aceptado voluntariamente caben aquellos estados patológicos profundamente debilitantes o imposibilitadores de movimientos y reacciones defensivas, como los casos de: "parálisis generalizadas más o menos completas, atonías muy extensas, estado de extrema debilidad, anemias exhaustivas, estados agónicos lúcidos, estados caquéticos sin pérdida de los sentidos, etc" por su parte, Núñez menciona "una lesión, una hemiplejía, un estado febril", otra causa puede ser el estado de involución senil o de decrepitud física creados por la avanzada edad hipótesis que, aunque pudiera ser irreal, no es insólita, como evidencian los profundos arcanos de la patología del crimen. Quedan también comprendidos los estados físicos anormales en que la víctima se haya a consecuencia de enfermedades, lesiones o desgracias sufridas, como, por ejemplo, acontece con las parálisis, mutilaciones o incapacidades que aquellas dejan como reliquias, también un extraordinario cansancio físico, productor de una atonía muscular, pueden privar en un instante dado de la posibilidad de resistir, así como también la circunstancia casual de hallar el sujeto activo a su víctima tirada en el suelo con las manos atadas por haber sido previamente asaltada en despoblado por unos bandoleros.

Por otro lado. Bien puede afirmarse que en el delito de violación la falta de consentimiento es el eje de la figura típica. El artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal, condiciona la integración de la figura típica a que la cópula se obtenga por medios que conceptualmente descartan la voluntad del sujeto pasivo; y el artículo 175 amplía la base típica del 174 a situaciones en que la voluntad de la persona ofendida no tiene ningún valor jurídico o no puede producirse o expresarse debido a las especiales situaciones o estados en que la misma se halla. Dado el notorio influjo que en el delito de violación asume el consentimiento, necesario es precisar su valor y su perdurabilidad en algunas situaciones más o menos equívocas.

El consentimiento es una actitud de la voluntad en torno a un hecho presente o futuro. Cuando dicha posición es manifestada exteriormente en sentido afirmativo, nos hallamos ante un consentimiento expreso; y cuando sin ser manifestada expresamente se exterioriza en otros datos de valor inequívoco, nos hallamos ante un consentimiento presunto. En cuanto actitud y posición de la voluntad ante un hecho del mundo circundante vinculado o vinculable

con la persona a quien dicho suceso afecta, es continuamente renovable y no ata ni en forma constante ni, mucho menos eterna.

El consentimiento prestado para la cópula entre amantes y concubinos perdura tácitamente entre ellos por su simple naturaleza propia y los usos y costumbres que imperan en la vida social, en tanto que, de forma expresa o tácitamente inequívoca, uno de ellos haga saber al otro su firme voluntad contraria. A partir de ese instante, el delito de violación se perpetra si uno de los amantes o concubinos, sin respetar la voluntad contraria del otro tercamente le fuerza u obliga para obtener la cópula. No hay duda, por tanto, que puede haber violación entre concubinos, pues el concubinato o amasiato ni cercena la libertad ni engendra ninguna servidumbre.

Mayor perplejidad reviste la cuestión relativa a la posible existencia del delito de violación entre cónyuges, no por su esencia sino por la fuerza y el peso que la opinión dominante arroja en uno de los platillos de la balanza, aunque desde ahora debe afirmarse que dicha fuerza y peso encierran más que estrictas razones jurídicas, y ahora veremos por qué.

La opinión dominante sostiene que el marido tiene derecho a copular con su mujer y, por tanto, aunque lo hiciere contra la voluntad de ésta e incluso por medio de la violencia física o moral, no comete delito de violación, pues no delinque quien ejerce un derecho. "Esta conclusión (dice Antolisei) merece un reexamen en vista del modo diverso en que las relaciones entre cónyuges se configuran en la época moderna". Ya con anterioridad y en más vigorosa forma, Langle Rubio se había mostrado adverso a la sumisión sexual de la mujer al marido, aduciendo, en primer término, que no debe hacerse tabla rasa de la libertad femenina, y en segundo lugar que aunque la procreación es el fin principal del matrimonio, no es tolerable convertir la entrega amorosa de la esposa en una esclavitud impuesta brutalmente por la lujuria del esposo, pues de ese modo la mujer casada quedaría en peor condición que la prostituta. Asimismo, Gómez había afirmado que el argumento de la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, no fundamenta la tesis de la opinión dominante. "Lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa le autorizara el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia, física o moral, tiene acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación".

Por otra parte, la conclusión de que la violencia es ilegítima cuando se ejerce sobre la concubina y no sobre la esposa, suscita en Vouin la duda sobre la exactitud y oportunidad de la opinión dominante, a la que sin embargo se adhiere, consiente en que el delito de violación no existe cuando el marido emplea la fuerza para obligar a su mujer a las relaciones normales. Y entre nosotros González de la Vega estima que la existencia del fornicio matrimonial por medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente de ejercicio de un derecho, pues el artículo 17 de la Constitución establece que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar un derecho".

El problema de la violación entre cónyuges ha de centrarse y resolverse sobre la base del consentimiento, igual que acontece en todas las demás hipótesis típicas que en torno de este delito puedan imaginarse, sin que exista razón alguna para exaltar al respecto reglas o normas de excepción.

El error en que incide la opinión pública es que cree falsamente, de que la mujer al contraer matrimonio hipoteca al marido su libertad sexual y se constituye en su sierva, confundiendo lamentablemente el deber jurídico de fidelidad de la esposa y la libertad sexual de la misma. No hay discusión de que en virtud del matrimonio la mujer contrae un inquebrantable deber de fidelidad para con su esposo; pero tampoco existe margen a la duda de que la mujer no se convierte por el matrimonio en sierva o esclava del marido, obligada en todo momento a soportar sus desfuegos sexuales, sin que tenga en cuenta su voluntad determinada por su estado de ánimo o espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica. El consentimiento de que la mujer presta al contraer matrimonio para cohabitar con su marido, no es un consentimiento férreo, absoluto, rígido y sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento o el instante, sino un consentimiento para la elección de esposo y para la unión matrimonial que no la priva de su libertad sexual frente al marido de acceder a la copulación. Y esta interpretación es verdadera no solamente para las concepciones jurídicas y legislativas que laicamente ven en el matrimonio un contrato civil, sino también para las que se inspiran en los más ortodoxos principios católicos.

3.6 Agravaciones específicas y su penalidad.

De acuerdo con el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 174 el delito de violación se sancionará con privación de la libertad de seis a diecisiete años, y se aumentará en dos terceras partes cuando fueren cometidos:

- I. Con intervención directa o inmediata de dos o más personas.
- II. Por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos de que la ejerciere sobre la víctima;
- III. Por quien desempeña un cargo o empleo publico o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será sustituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y
- IV. el delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aprovecha la confianza en el depositada.
- V. Se agrava la pena hasta en una mitad en su mínimo y máximo, aumentándose cuando el delito de violación fuere cometido con la intervención directa o inmediata de dos o mas personas. El elemento normativo "... intervención directa...", alude a la concurrencia de autores en la violación, es decir, no se está refiriendo aquí a la intervención de partícipes, sino que, la *ratio legis* de este elemento normativo, se ubica en la fracción dos del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, tomando como base a los autores y, más bien a coautores que realicen conjunta y materialmente el delito de violación, que nos ocupa. El elemento normativo "... intervención inmediata...", refiere el aspecto temporal o momento en que realiza la conducta típica, respecto del cual no debe haber suspensión en el desplazamiento de las conductas, es decir debe ser presente y sin que en ningún lapso se deje de actuar, o sea no debe haber una interrupción en la acción y

además se debe estar presente en la ejecución de la misma, inmediatamente en la comisión del evento delictivo. El elemento objetivo "...dos o más personas...", señala la necesidad de que intervengan varias personas en la comisión del ilícito, o sea que el agente aquí es plurisubjetivo, debiendo tener una coautoría mínima de dos personas, aunque pueden ser más sin que el tipo limite el número máximo de intervinientes, pues así lo denota este elemento (...dos o más personas...)

- VI. La agravación de la pena en este apartado se refiere a la calidad del sujeto activo y no del número de agentes que intervengan en la comisión del ilícito, y precisamente las posiciones de dichos sujetos activos justifican el agravamiento de la pena por la relación que media con la víctima como, de familiaridad, de deber, de cuidado o simplemente las derivadas de la lealtad y respeto que deben otorgar personas que se encuentran ligadas por ciertos vínculos ya no de parentescos pero sí de cierta relación afectiva. Desde luego esta agravante también impide la posibilidad de un concurso entre ella y la derivada del delito de incesto, por lo que hace entre ascendientes y descendientes o de hermano contra su colateral, siendo ello por consanguinidad, pues no podría legalmente existir concurso entre dichos delitos cuando se encuentren en esta validadlos sujetos activos, pues se estaría en la ilicitud de tomar varias hipótesis o sea dos veces el hecho para aplicar le dos penas por el mismo, lo cual sería retipificar una conducta, pues por un lado se estaría estableciendo la comisión del delito de incesto, y por el otro se le estaría ampliando la pena en base a esta fracción dos por violación. Pero además debe considerarse que la agravación de pena establecida en esta fracción considera, por tratarse de violación, solo al sujeto activo sin la intervención del pasivo como ocurre en el incesto.
- VII. El agravamiento deriva de la posesión del sujeto activo como servidor publico, quien, además, el acto de cometer los ilícitos debe ser en el desempeño de su cargo, o bien en el desempeño de una profesión. El elemento normativo "... utilizando los medios...", alude a cuestiones objetivas de que se valga el agente para realizar la conducta y que deriven del cargo publico o bien del ejercicio profesional, como podría ser, por ejemplo, la utilización del vehículo con el cual presta su función, y en el cual se cometiera el delito. Sino se emplean dichos medios, no se acreditará este elemento ni, tampoco, el tipo.

- VIII. La agravación de pena parte de la calidad del sujeto activo por la confianza o lealtad derivada de sus relaciones con la víctima, como, v.g; la del padrastro o amasío de una mujer que tuviera a una hija de ésta bajo su cuidado o encargo y a la cual violara; en tal virtud, como tal supuesto también se describe en la fracción dos de este numeral, para no establecerse la ilicitud de retipificar la conducta con la misma descripción, el mismo hecho y bajo dos hipótesis de agravación de pena, tendrá que tomarse en consideración en el caso concreto la diferencia entre ambas figuras agravantes.

CAPITULO IV

EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

1 ANÁLISIS:

Como he venido manifestando en páginas anteriores, en el Derecho Romano se castigaba el delito de violación, con la pena de muerte, en Egipto al sujeto activo se le castraba y en Grecia se le obligaba a pagar una multa o se le obligaba a contraer matrimonio, si es que la ofendida así lo deseaba. Así mismo, en el Fuero Viejo de España, se castigo también con la muerte, a diferencia del Fuero Real en el que se castigaba con pena de muerte, sólo si se cometía en contra de una mujer soltera, posteriormente en la época prehispánica encontramos que el delito de violación se sancionó en el pueblo Maya con la lapidación en la que participaba el pueblo entero y mas adelante, los Códigos penales en México castigaron este delito con la pena de muerte, y fue hasta 1822 que se opto por sancionar este ilícito con la privación de la libertad.

Ahora bien analizando este ilícito desde sus elementos constitutivos podemos decir que son dos, consistiendo el primero de ellos en la cópula, que es la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal y el segundo de ellos se genera por medio de la violencia física o moral consistente en el uso de la fuerza material sobre el sujeto pasivo a efecto de imponerle la relación sexual en contra de su manifiesta voluntad, es decir que la resistencia debe exteriorizarse por medio de una solicitud de ayuda a terceros o actos que evidencien una real oposición a la voluntad de su agresor y la violencia moral a diferencia de la física, es que esta ultima, se considera como la energía física ya consumada, mientras que la primera de ellas se considera como la amenaza de violencia que simplemente se anuncia, esta última se ejerce sobre la persona cuya voluntad se quiere quebrantar para hacer posible la cópula ya sea proyectando sobre su persona la amenaza de un mal si se niega u opone, o bien proyectando esta amenaza sobre otra persona ligada a ella por vínculos tan fuertes que engendran un estado de identidad afectiva.

Por otro lado, podemos analizar el delito de violación desde una perspectiva diferente, digamos entonces, que no se encuentre presente el elemento violencia anteriormente descrito, como por ejemplo; cuando el sujeto pasivo es menor de doce años, pues la ley establece en este supuesto que el consentimiento prestado por un menor de dicha edad carece de toda validez jurídica, ya que quien la otorga no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y, en consecuencia, la cópula con él sostenida encierra un ataque contra su libertad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado sobre una persona sin voluntad válida encierra un atentado contra su libertad.

Asimismo podemos hablar de la concurrencia de causas que impiden al sujeto pasivo producirse voluntariamente, en este supuesto la cópula que se efectúe con él aun cuando se realice con su formal consentimiento causa un vicio de nulidad que corrompe en todos los actos de las personas que no se hallan en su cabal juicio, a mayor abundamiento, se entiende que no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, aparte de la minoría de doce años ya descrita, cuando se encuentren en imposibilidad de entender y discurrir a causa de una alteración patológica de la mente, como podrían ser los estados de enajenación mental en sus diferentes formas de manifestarse y que causan la anulación de la conciencia y de la voluntad, como podría ser la esquizofrenia u otras patologías de la misma naturaleza.

Otra forma de incurrir en el delito en estudio, es el de sostener cópula con alguna persona en la cual existen causas que impiden al sujeto pasivo resistir, ya que por alguna causa se encuentra en un estado de inconciencia que le priva de la facultad de conocer, comprender y por lo tanto de resistir, estas causas pueden ser: accidentales unas y otras originadas por el propio actuar doloso del agente. Las accidentales pueden dividirse en fisiológicas y patológicas. En las primeras deben destacarse el sueño y el sonambulismo y las segundas por desvanecimientos o síncope por ataques epilépticos o algún estado de coma, y por el actuar doloso del agente podemos mencionar los provocados por la hipnosis, narcóticos, anestésicos o por bebidas embriagantes. Otras enfermedades aparte de las patológicas mentales expuestas anteriormente podríamos agregar, la parálisis generalizada, estados de extrema debilidad, anemias exhaustivas, estados agónicos lucidos, etc. Por otro lado se afirma que la falta de consentimiento es el eje de la figura típica, ahora bien el consentimiento prestado entre amantes o concubinos perdura tácitamente entre ellos por su simple naturaleza propia y los usos y costumbres que imperan en nuestra vida social salvo que una de las partes exprese

inequívocamente su voluntad contraria, aunque hay que recordar que aun en estos supuestos puede haber violación al actuar o forzar a la pareja a tener cópula sin su consentimiento. Adentrémonos ahora en el punto medular de esta tesis hablando de la cuestión relativa a la posible existencia de violación entre cónyuges, no por su esencia sino por su fuerza y el peso que la opinión dominante arroja, la cual nos dice que el marido tiene derecho de copular con su mujer, aunque lo hiciera contra la voluntad de ésta, no se cometería el delito de violación pues no delinque quien ejerce un derecho. Opinión por demás equivocada y errónea, pues esta circunstancia de pareja no autoriza a copular sin la voluntad o consentimiento del otro ya sea cónyuge, concubino o pareja, en todo caso debe existir el delito de violación pero siempre con la posibilidad de que la víctima otorgue el perdón a su agresor como lo describe el artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal a contrario sensu del Código Penal para el Estado de México que en su artículo 273 niega la posibilidad de que la víctima otorgue el perdón a su agresor sexual aunque éste sea el marido, situación que aunque debe sancionarse el ilícito, deberá tomarse en cuenta el sentir de la víctima para perdonar o no a su agresor, es decir, deberá ser el sujeto pasivo quien finalmente estime si se sancionara a su agresor o bien otorgue el perdón y este último alcanzara su libertad por haberse extinguido la acción penal correspondiente.

2 CRÍTICA

Tal y como se desprende de lo expuesto en el análisis correspondiente a la figura delictiva materia de este trabajo de tesis, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 174 advierte la posibilidad de que el sujeto pasivo, otorgue el perdón a su agresor sexual, cuando este último sea el cónyuge o concubino específicamente, tal situación la consideramos por demás prudente y justa, debido a que le permite al mismo sujeto pasivo del delito de violación en cuestión otorgarle el perdón a su agresor, si es que la víctima considera, de acuerdo a su sentir personal, que por tratarse de su pareja sentimental con la que le unen lazos de amor y afecto y que incluso con él mismo sostiene relaciones sexuales de manera habitual y cotidiana, otorgarle el perdón por la especial situación de pareja en la que se encuentran el agresor y la víctima, pues en este caso en particular no se refiere a la violación genérica que para cualquier persona con sentido común deberá siempre ser reprochada y condenada, estando de acuerdo, en que el delito de violación en forma genérica debe tener la justa sanción y castigo que nuestros códigos penales refieren, pero si pensáramos por un momento en que el agresor es el esposo o concubino de la víctima, la situación, resulta entonces, por su propia naturaleza ser de índole especial, pues consideramos que no debe tratarse del mismo modo al marido o concubino agresor sexual en perjuicio de su pareja sentimental, que simplemente al violador que en la mayoría de los casos y en forma por demás dolosa actúa, ataca y selecciona a cualquier víctima con la que no tiene lazos de amor y afecto y que en la mayoría de las ocasiones resulta la misma víctima ser una persona totalmente desconocida para el agresor o bien sería aquella con la que no le une una relación sentimental ni afectiva.

Considero oportuno precisar, que el sustentante de ninguna manera considera que la violación entre cónyuges o concubinos deberá ser depenalizada, sino que simplemente llama a la reflexión para que medie el perdón tratándose de un ilícito de esta naturaleza, por tal motivo me permito hacer una severa crítica al Código Penal para el Estado de México, que a la letra expresa en su artículo 273:

“Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a once años de prisión, y de cien a doscientos veinticinco días de multa.

Si la persona ofendida fuere menor de doce años, se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días de multa.

Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se equipara a la violación, la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido o cuando por enfermedad o por cualquiera otra causa no pudiera resistir, o cuando la víctima fuera menor de catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no”.

Como es de apreciarse el citado precepto en ningún momento deja a la víctima en posibilidad de elegir si desea castigar o perdonar a su agresor sexual, cuando este último sea el cónyuge o el concubino, quedando esta posibilidad totalmente anulada al no permitir que la víctima, si es su deseo, le otorgue el perdón a su agresor, por el contrario, el artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal admite esta posibilidad al expresar textualmente:

“Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela”.

Como es de apreciarse en este ordenamiento legal, se sancionará al cónyuge agresor, pero también deja abierta la posibilidad de que la víctima le otorgue el perdón a su agresor y así poder salvar la base de la sociedad, que es la familia, analizándolo desde esta perspectiva la víctima validamente podrá considerar, si le otorga el perdón a su agresor o si este último deberá ser castigado por su conducta delictiva, la intención del legislador en este particular, es sin lugar a dudas, la de preservar la base fundamental de la sociedad que es la familia, pues si tomamos en consideración que este ilícito sucediera entre cónyuges, la posibilidad de que el marido agresor compurgara una pena de prisión, traerá como consecuencia inevitablemente, además de la desintegración familiar a la que me he referido, la pérdida de la figura paterna para los hijos, así como el sostén económico para el hogar, por tal motivo seguiremos considerando que la forma en que el Código Penal para el Distrito Federal trata este ilícito es el adecuado y no así el Código Penal para el Estado de México puesto que en su afán de sancionar severamente al violador, pierde de vista el legislador, la situación especial en la que se encuentra la cónyuge y la concubina cuando estas últimas son agredidas sexualmente y que solo a ellas deberá corresponderles la facultad y decisión de castigar o no a su pareja sentimental.

3 ASPECTOS PROPOSITIVOS

Una vez que hemos expuesto un profundo análisis al delito de violación entre cónyuges y que se expuso también la crítica correspondiente al artículo 273 de Código Penal para el Estado de México, el sustentante considera oportuno hacer mención de los aspectos propositivos que a continuación se describen:

I.- El multicitado artículo 273 del Código Penal para el Estado de México deberá contener en su redacción la misma posibilidad que concede el Código Penal para el Distrito Federal, que en su artículo 174, párrafo IV, considera la especial hipótesis de que si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, pero en estos casos el delito se perseguirá por querrela.

II.- No obstante de que el presente trabajo de tesis se ha basado en un análisis y crítica al Código Penal para el Estado de México, este sustentante, también propone la modificación correspondiente en el mismo sentido para los demás Códigos Penales de los Estados

Federados siguiendo de manera ejemplar la redacción de los códigos penales del Distrito Federal, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Querétaro, San Luis Potosí, Tamaulipas y Yucatán que conceden la posibilidad de que medie el perdón en este ilícito especial, pues por lo expuesto en líneas anteriores condenamos los códigos penales que no le conceden a la víctima tal posibilidad, pues tal atribución y derecho deberá corresponderle a la pareja sentimental, la de castigar o no a su agresor sexual y nunca le deberá corresponder al legislador, pues considero que finalmente y pese a todas las opiniones expuestas en este sentido, que este ilícito engendra un íntimo problema de familia y nunca una amenaza social como es el caso de la violación genérica ya descrita con anterioridad.

III.- Las presentes propuestas obedecen a que el ilícito que se examina no debe considerarse como una agresión al núcleo social, pues en este supuesto se deberá perseguir de oficio y con la severa aplicación de la ley al delincuente social, pero no así cuando la agresión sexual solamente incide en una familia determinada, pues entonces la mujer así agredida podrá elegir si castiga o no a su cónyuge o concubino, tomando en consideración que las desventajas en el propio castigo a su agresor sexual, traerían como consecuencia el desmembramiento del núcleo familiar, así como la pérdida del sostén económico y suministro de alimentos y en su caso la pérdida de la figura paterna cuando la pareja en conflicto haya procreado uno o varios hijos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.

SEGUNDA.- En un criterio pentatónico podemos conceptualizar el delito como: la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

TERCERA.- En nuestro país, el delito de violación fue tipificado y sancionado por primera vez con privación de la libertad en el Código Penal de 1822.

CUARTA.- La imposición de cópula sin el consentimiento del sujeto pasivo, por medio de la coacción física o de la intimidación moral, es lo que constituye el delito de violación. Por lo tanto concluimos que la esencia del delito de violación radica en que el consentimiento de la víctima es arrebatado mediante la fuerza física o mediante la intimidación.

QUINTA.- El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, es la libertad sexual. La legislación penal mexicana protege la libertad sexual de toda persona, independientemente del sexo, condición social, estado civil de la persona, ocupación e incluso religión que profese.

SEXTA.- El delito de violación desde sus orígenes, siempre ha sido considerado como uno de los más brutales e injustificable de los delitos, por ello ha sido castigado habiendo o no legislación escrita, con penas que se caracterizan por su severidad y crueldad en los diferentes periodos de la historia; ya existiendo un código de delitos y penas, su castigo ha sido ejemplar.

SÉPTIMA.- EL delito más grave contra la libertad sexual es el de violación, ya que es facultad inherente al ser humano y atributo de su personalidad el mantener relaciones amorosas con quien bien le pareciere, y de interrumpirlas libremente, de no tenerlas con quien no fuere de su agrado o de abstenerse temporal o permanentemente de toda relación carnal.

OCTAVA.- En el Código Penal para el Distrito Federal, el delito de violación se encuentra previsto y sancionado en su artículo 174, mediante el cual tal ilícito se perseguirá por querrela en el supuesto de que entre el sujeto activo y pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, a diferencia de la legislación penal para el Estado de México que en su artículo 273, esta misma conducta se sanciona de igual manera al cónyuge, concubino o pareja como si se tratase de cualquier otra persona.

NOVENA.- El Código Penal para el Estado de México, no concede la posibilidad de que medie el perdón en este ilícito especial, cuando entre el sujeto activo y pasivo de la violación existiere un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, pues tal atribución y derecho deberá corresponderle exclusivamente a la víctima, la de castigar o no a su agresor sexual, y nunca le deberá corresponder al legislador, siguiendo de manera ejemplar lo expuesto en Código Penal para el Distrito Federal que en cambio, si le concede al sujeto pasivo de la violación tal atributo o derecho.

DÉCIMA.- Se considera oportuno precisar que el sustentante de ninguna manera afirma y propone que la violación que se suscite entre cónyuges o concubinos deberá ser depenalizada, sino que simplemente hace un llamado a la reflexión para que medie el perdón tratándose de un ilícito de esta naturaleza, si así lo concidera la víctima del delito de violación.

BIBLIOGRAFÍA

A) DOCTRINA

1. Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Porrúa México, 1982
2. Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa México, 1982.
3. Reynoso Dávila, Roberto. "Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal". Edit. Cárdenas Editor Distribuidor. Segunda edición 1999, México.
4. Fontán Balestra , Carlos. Derecho Penal, I, 12° edición.
5. López Betancourt, Eduardo. "Introducción al Derecho Penal". 8° edición, México, año 2000. Edit. Porrúa.
6. Daza Gómez, Carlos. "Teoría General del Delito". Edit. Cárdenas Editor Distribuidor. Segunda reimpresión, México 2001.
7. Derecho Penal Argentino, I, Pág. 296. Buenos Aires, 1956.
8. Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano", tomo número III. Edit. Porrúa. 1977, México.
9. López Betancourt, Eduardo. "Delitos en Particular". Tomo II, 5ª. Edición. México, año 2000. Edit. Porrúa.
10. Osorio y Nieto Cesar Augusto. "Síntesis de Derecho Penal" parte general, editorial Trillas, México 1998, tercera edición
11. Kohler. CFR.CIT. Encarracá y Trujillo: Derecho Penal Mexicano, II, p. 63, Ed. 1950.
12. Franz Von Liszt: Tratado de Derecho Penal, II, p. 335, Ed. 1927. Trad. Luis Jiménez de Asúa.
13. La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal mexicano, p.19. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1968.
14. Barrera Domínguez, Humberto. Delitos sexuales. Ed. Temis. Bogotá, Colombia. 1963.
15. Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, Argentina 1990.
16. Porte Petit, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de violación. Ed. Porrúa S.A., México 1990.

DICCIONARIOS.

1. JOAQUIN ESCRICHE, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 2003, Tercera Edición.
2. PAVÓN VASCONCELOS, Fco., Diccionario de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México D.F., 1999. Segunda edición.
3. FUNDACIÓN TOMAS MORO, Diccionario Jurídico, Ed. Espasa - Calpe S.A., Madrid 1991.
4. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, México, 2001.

LEGISLACIÓN.

1. Código penal para el Estado de Chihuahua
2. Código penal para el Estado de Distrito Federal
3. Código penal para el Estado de Durango
4. Código penal para el Estado de Guanajuato
5. Código penal para el Estado de Querétaro
6. Código penal para el Estado de San Luis Potosí
7. Código penal para el Estado de Yucatán
8. Código Penal Federal.