COLECCION TEXTOS JURIDICOS UNIVERSITARIOS

I. Griselda Amuchategui Requena

Derecho penal

Cuarta edición



OXFORD

Derecho penal

COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Derecho penal

Cuarta edición

I. Griselda Amuchategui Requena
Universidad Nacional Autónoma de México

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford,
el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación
de la Universidad mediante publicaciones en todo el mundo. Oxford es una marca registrada de
Oxford University Press en el Reino Unido y en algunos otros países.

Publicado en México por
Oxford University Press México, S.A. de C.V.
Antonio Caso 142, Col. San Rafael, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06470, México, D.F.

D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2012

Se han hecho valer los derechos morales del autor

DERECHO PENAL

Cuarta edición publicada en soporte impreso en 2012
Cuarta edición publicada en soporte digital en 2012

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, o guardada en algún sistema de recuperación, o puede ser transmitida en cualquier forma o por cualquier medio, sin la autorización previa, por escrito, de Oxford University Press México S.A. de C.V., o como expresamente sea permitido por la ley, por licencia o bajo los términos acordados con la organización apropiada de derechos de reprografía. Deben enviarse las solicitudes de información acerca de reproducciones fuera del alcance de lo mencionado anteriormente al Departamento de Derechos de Autor de Oxford University Press México S.A. de C.V., a la dirección mencionada arriba.

Usted no debe hacer circular esta obra en cualquier otra forma
y debe imponer esta misma condición a cualquier comprador.

Textos Jurídicos Universitarios

ISBN 978-607-426-275-9

México

Noviembre de 2012

Créditos:
Autora: I. Griselda Amuchategui Requena
Dirección editorial, diseño y producción: Mario Andrés Aliaga Valenzuela
Gerente editorial del área de derecho y ciencias sociales: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte
Gerente de producción: Paula Sosa Jiménez
Edición: Rutilo Olvera Argüello
Supervisión de producción: Guillermo González Dorantes
Portada: Brenda Reyes Coix
Diseño y formación: Mónica Gómez López

Si algún tercero considera que parte del contenido de esta publicación, viola sus derechos de propiedad intelectual, puede enviar una notificación al domicilio arriba citado, indicando los datos personales del titular de los derechos supuestamente infringidos.

Oxford University Press México, S.A. de C.V., no se responsabiliza de los contenidos de las páginas Web enlazadas o referenciadas en esta publicación.

A mis padres

Esther Requena Rodríguez
Manuel Amuchategui M.

In memoriam

Índice de contenido

Prólogo xxi
Prefacio xxiii
Nota a la cuarta edición xxv
Abreviaturas y siglas xxvii

Parte general. Nociones básicas 1

Capítulo 1
Generalidades del derecho penal 2
1.1 Surgimiento y evolución del derecho penal 2
1.2 Antecedentes del derecho penal en México 9
1.3 El derecho penal vigente 13

Capítulo 2
Teoría de la ley penal 22
2.1 La ley penal 22
2.2 Fuentes del derecho penal 24
2.3 Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal 25
2.4 Ámbitos de validez de la ley penal 29
2.5 Concurso, conflicto o concurrencia de normas penales 33

Capítulo 3
Teoría del delito 38
3.1 Sujetos del delito 38
3.2 Objetos del delito 41
3.3 Formas de manifestación del delito 42
3.4 Noción de delito 47
3.5 Elementos del delito y sus aspectos negativos 48

Capítulo 4
La conducta y su aspecto negativo 55
4.1 Noción 55
4.2 Aspecto negativo: ausencia de conducta 59

Capítulo 5
La tipicidad y su aspecto negativo 63
5.1 Tipo 63

5.2 Tipicidad 63
5.3 Principios generales de la tipicidad 64
5.4 Clasificación de los tipos 64
5.5 Aspecto negativo: atipicidad 72

Capítulo 6
La antijuridicidad y su aspecto negativo 75
6.1 Noción 75
6.2 Clases 76
6.3 Aspecto negativo: causas de justificación o licitud 76

Capítulo 7
La imputabilidad y su aspecto negativo 89
7.1 Noción 89
7.2 Acciones *liberae in causa* 89
7.3 Aspecto negativo: inimputabilidad 90

Capítulo 8
La culpabilidad y su aspecto negativo 94
8.1 Noción 94
8.2 Naturaleza 94
8.3 Aspecto negativo: inculpabilidad 98

Capítulo 9
La punibilidad y su aspecto negativo 104
9.1 Punibilidad 104
9.2 Punición 104
9.3 Pena 105
9.4 Sanción 105
9.5 Castigo 105
9.6 Variación de la pena 106
9.7 Aspecto negativo: excusas absolutorias 107
9.8 Condicionalidad objetiva y su aspecto negativo 108

Capítulo 10
Teoría del delincuente 111
10.1 Generalidades 111
10.2 El delincuente 111
10.3 Frecuencia del comportamiento delictivo 115
10.4 Identificación del delincuente 117
10.5 Concurso de personas 118

Capítulo 11
Teoría de la pena 125
11.1 La pena 125
11.2 Clasificación 128
11.3 Medidas de seguridad 136
11.4 Extinción penal 136
11.5 Rehabilitación 138
11.6 Readaptación 138

Capítulo 12
Sistemas doctrinales y tendencias relacionadas con el delito 141
12.1 Los principales sistemas doctrinales 141
12.2 El causalismo 141
12.3 La acción social 142
12.4 El finalismo 142
12.5 El modelo lógico-matemático 142
12.6 El funcionalismo 143
12.7 El derecho penal del enemigo 143
12.8 Tendencias contemporáneas 144
12.9 Derecho penal indígena 145

Parte especial. Delitos en particular 148

Sección 1. Delitos de daño contra la vida y la integridad corporal 149

Capítulo 13
Homicidio 150
13.1 Noción legal 150
13.2 Sujetos y objetos 151
13.3 Clasificación 152
13.4 Conducta, formas y medios de ejecución 153
13.5 Tipicidad en el homicidio 156
13.6 Antijuridicidad en el delito de homicidio 156
13.7 Culpabilidad o reprochabilidad 179
13.8 Punibilidad 180
13.9 Consumación y tentativa 181
13.10 Concurso de delitos 182
13.11 Participación 182
13.12 Perseguibilidad o procedencia 182
13.13 Consideración final 182

Capítulo 14
Participación en el suicidio 185
14.1 Noción 185
14.2 El delito de participación en el suicidio 189
14.3 Noción legal 189
14.4 Elementos del tipo 189
14.5 Sujetos y objetos 192
14.6 Otros aspectos y elementos 192

Capítulo 15
Aborto 195
15.1 Noción legal 195
15.2 Sujetos y objetos 196
15.3 Clasificación 197
15.4 Conducta, formas y medios de ejecución 198
15.5 Tipicidad en el delito de aborto 200
15.6 Antijuridicidad en el delito de aborto 200
15.7 Culpabilidad o reprochabilidad 201
15.8 Punibilidad 201
15.9 Clases de aborto 202
15.10 Consumación y tentativa 210
15.11 Concurso de delitos 210
15.12 Participación 211
15.13 Perseguibilidad o procedencia 211

Capítulo 16
Infanticidio (homicidio atenuado) 213
16.1 Noción legal 213
16.2 Sujetos y objetos 214
16.3 Clasificación 217
16.4 Conducta, formas y medios de ejecución 217
16.5 Tipicidad en el delito de infanticidio 218
16.6 Antijuridicidad en el delito de infanticidio 218
16.7 Culpabilidad 219
16.8 Clases de infanticidio 220
16.9 Consumación y tentativa 220
16.10 Concurso de delitos 221
16.11 Participación 221
16.12 Perseguibilidad o procedencia 221

Capítulo 17
Homicidio en razón del parentesco o relación (homicidio atenuado o parricidio) 225
17.1 Noción legal 226
17.2 Sujetos y objetos 226
17.3 Clasificación 227
17.4 Conducta, formas y medios de ejecución 228
17.5 Tipicidad en el homicidio en razón del parentesco o relación 228
17.6 Antijuridicidad en el homicidio en razón del parentesco o relación 230
17.7 Culpabilidad 231
17.8 Punibilidad 231
17.9 Consumación y tentativa 232
17.10 Concurso de delitos 232
17.11 Participación 232
17.12 Perseguibilidad o procedencia 233

Capítulo 18
Feminicidio 235
18.1 Noción legal 236
18.2 Sujetos y objetos 238
18.3 Clasificación 239
18.4 Conducta, formas y medios de ejecución 239
18.5 Tipicidad 240
18.6 Antijuridicidad en el feminicidio 240
18.7 Culpabilidad o reprochabilidad 241
18.8 Punibilidad 241
18.9 Consumación y tentativa 241
18.10 Concurso de delitos 241
18.11 Participación 241
18.12 Perseguibilidad o procedencia 242
18.13 Consideración final 242

Capítulo 19
Violencia familiar 244
19.1 Generalidades 244
19.2 Noción legal 245
19.3 Sujetos y objetos 246
19.4 Clasificación 249
19.5 Conducta, formas y medios de ejecución 249
19.6 Tipicidad en el delito de violencia familiar 252
19.7 Antijuridicidad en el delito de violencia familiar 252

19.8 Culpabilidad o reprochabilidad 252
19.9 Punibilidad 253
19.10 Consumación y tentativa 253
19.11 Concurso de delitos 254
19.12 Participación 254
19.13 Perseguibilidad o procedencia 254
19.14 Consideración final 254

Capítulo 20
Lesiones 257
20.1 Noción legal 257
20.2 Sujetos y objetos 259
20.3 Clasificación 261
20.4 Conducta, formas y medios de ejecución 262
20.5 Tipicidad en el delito de lesiones 263
20.6 Antijuridicidad en el delito de lesiones 264
20.7 Clases 265
20.8 Culpabilidad 274
20.9 Punibilidad 275
20.10 Consumación y tentativa 276
20.11 Concurso de delitos 276
20.12 Participación 276
20.13 Perseguibilidad o procedencia 276

Sección 2. Delitos de peligro efectivo y presunto. 279

Capítulo 21
Disparo de arma de fuego 280
21.1 Noción legal 280
21.2 Sujetos y objetos 280
21.3 Clasificación 281
21.4 Conducta, formas y medios de ejecución 281
21.5 Tipicidad en el delito de disparo de arma de fuego 282
21.6 Antijuridicidad en el delito de disparo de arma de fuego 282
21.7 Culpabilidad 283
21.8 Punibilidad 284
21.9 Consumación y tentativa 284
21.10 Concurso de delitos 284
21.11 Participación 285
21.12 Perseguibilidad o procedencia 285

Capítulo 22
Ataque peligroso 287
22.1 Noción legal 287
22.2 Sujetos y objetos 287
22.3 Conducta, formas y medios de ejecución 288
22.4 Culpabilidad 289
22.5 Punibilidad 289
22.6 Consumación y tentativa 289
22.7 Consideraciones finales 289

Capítulo 23
Abandono de niños y enfermos 291
23.1 Noción legal 291
23.2 Sujetos y objetos 292
23.3 Clasificación 293
23.4 Conducta, formas y medios de ejecución 294
23.5 Tipicidad en el delito de abandono de niños y enfermos 295
23.6 Antijuridicidad 296
23.7 Culpabilidad 296
23.8 Punibilidad 296
23.9 Consumación y tentativa 296
23.10 Concurso de delitos 297
23.11 Resultado derivado del abandono 297
23.12 Participación 297
23.13 Perseguibilidad o procedencia 297

Capítulo 24
Abandono de atropellados 299
24.1 Noción legal 299
24.2 Sujetos y objetos 299
24.3 Clasificación 299
24.4 Conducta, formas y medios de ejecución 300
24.5 Tipicidad en el delito de abandono de atropellados 300
24.6 Antijuridicidad en el delito de abandono de atropellados 301
24.7 Culpabilidad 301
24.8 Punibilidad 301
24.9 Consumación y tentativa 302
24.10 Concurso de delitos 302
24.11 Participación 302
24.12 Perseguibilidad o procedencia 302

Capítulo 25
Abandono de cónyuge, hijos, o ambos 304
25.1 Noción legal 304
25.2 Sujetos y objetos 304
25.3 Clasificación 305
25.4 Conducta, formas y medios de ejecución 305
25.5 Tipicidad en el delito de abandono de cónyuge, hijos, o ambos 307
25.6 Antijuridicidad en el delito de abandono de cónyuge, hijos, o ambos 307
25.7 Culpabilidad 307
25.8 Punibilidad 308
25.9 Consumación y tentativa 308
25.10 Concurso de delitos 308
25.11 Participación 309
25.12 Perseguibilidad o procedencia 309

Capítulo 26
Omisión de socorro 311
26.1 Noción legal 311
26.2 Sujetos y objetos 311
26.3 Clasificación 312
26.4 Conducta, formas y medios de ejecución 312
26.5 Tipicidad en el delito de omisión de socorro 313
26.6 Antijuridicidad en el delito de omisión de socorro 314
26.7 Culpabilidad 314
26.8 Punibilidad 314
26.9 Consumación y tentativa 314
26.10 Concurso de delitos 315
26.11 Participación 315
26.12 Perseguibilidad o procedencia 315

Capítulo 27
Omisión de cuidado 317
27.1 Noción legal 317
27.2 Sujetos y objetos 317
27.3 Clasificación 318
27.4 Conducta, formas y medios de ejecución 319
27.5 Tipicidad en la omisión de cuidado 319
27.6 Antijuridicidad 319
27.7 Culpabilidad 319
27.8 Punibilidad 320

27.9 Consumación y tentativa 320
27.10 Concurso de delitos 320
27.11 Participación 320
27.12 Perseguibilidad o procedencia 320

Capítulo 28
Omisión de auxilio 322
28.1 Noción legal 322
28.2 Sujetos y objetos 322
28.3 Clasificación 322
28.4 Conducta, formas y medios de ejecución 323
28.5 Tipicidad en el delito de omisión de auxilio 324
28.6 Antijuridicidad 324
28.7 Culpabilidad 324
28.8 Punibilidad 324
28.9 Consumación y tentativa 324
28.10 Concurso de delitos 324
28.11 Participación 324
28.12 Perseguibilidad o procedencia 325

Sección 3. Delito de peligro contra la salud (pública) 326

Capítulo 29
Peligro de contagio 326
29.1 Noción legal 326
29.2 Sujetos y objetos 327
29.3 Clasificación 328
29.4 Conducta, formas y medios de ejecución 328
29.5 Tipicidad en el delito de peligro de contagio 329
29.6 Antijuridicidad en el delito de peligro de contagio 330
29.7 Culpabilidad 331
29.8 Punibilidad 331
29.9 Consumación y tentativa 332
29.10 Concurso de delitos 332
29.11 Participación 333
29.12 Perseguibilidad o procedencia 333
29.13 Consideración final 333

Sección 4. Delitos contra la libertad, seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual 336

Capítulo 30
Hostigamiento (acoso) sexual 338
30.1 Noción legal 338
30.2 Sujetos y objetos 339
30.3 Clasificación 340
30.4 Conducta, formas y medios de ejecución 341
30.5 Tipicidad en el delito de hostigamiento (acoso) sexual 343
30.6 Antijuridicidad en el delito de hostigamiento sexual 344
30.7 Culpabilidad 345
30.8 Punibilidad 345
30.9 Consumación y tentativa 346
30.10 Concurso de delitos 347
30.11 Participación 347
30.12 Perseguibilidad o procedencia 348

Capítulo 31
Abuso sexual 350
31.1 Noción legal 350
31.2 Sujetos y objetos 351
31.3 Clasificación 353
31.4 Conducta, formas y medios de ejecución 353
31.5 Tipicidad en el delito de abuso sexual 356
31.6 Antijuridicidad en el delito de abuso sexual 356
31.7 Culpabilidad 358
31.8 Punibilidad 359
31.9 Consumación y tentativa 359
31.10 Concurso de delitos 359
31.11 Participación 360
31.12 Perseguibilidad o procedencia 360

Capítulo 32
Estupro 362
32.1 Noción legal 362
32.2 Sujetos y objetos 363
32.3 Clasificación 366
32.4 Conducta, formas y medios de ejecución 367
32.5 Tipicidad en el delito de estupro 368
32.6 Antijuridicidad en el delito de estupro 369
32.7 Culpabilidad 369
32.8 Punibilidad 370
32.9 Consumación y tentativa 370

32.10 Concurso de delitos 371
32.11 Participación 371
32.12 Perseguibilidad o procedencia 371
32.13 Reparación del daño 371

Capítulo 33
Violación 374
33.1 Noción legal 375
33.2 Sujetos y objetos 375
33.3 Clasificación 381
33.4 Conducta, formas y medios de ejecución 381
33.5 Clases de violación 391
33.6 Tipicidad en el delito de violación 396
33.7 Antijuridicidad en el delito de violación 397
33.8 Culpabilidad 399
33.9 Punibilidad 399
33.10 Consumación y tentativa 400
33.11 Concurso de delitos 400
33.12 Participación 401
33.13 Perseguibilidad o procedencia 402
33.14 Reparación del daño 402
33.15 Datos estadísticos 404

Capítulo 34
Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (rapto) 406
34.1 Noción legal 407
34.2 Sujetos y objetos 407
34.3 Clasificación 408
34.4 Conducta, formas y medios de ejecución 408
34.5 Tipicidad en el delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (rapto) 409
34.6 Antijuridicidad en el delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (rapto) 410
34.7 Culpabilidad 410
34.8 Punibilidad 411
34.9 Consumación y tentativa 411
34.10 Concurso de delitos 411
34.11 Participación 412
34.12 Perseguibilidad o procedencia 412
34.13 Reparación del daño 412

Sección 5. Delitos contra la familia 415

Capítulo 35
Incesto 415
35.1 Noción legal 415
35.2 Sujetos y objetos 416
35.3 Clasificación 418
35.4 Conducta, formas y medios de ejecución 419
35.5 Tipicidad en el delito de incesto 420
35.6 Antijuridicidad en el delito de incesto 420
35.7 Culpabilidad e inculpabilidad 421
35.8 Punibilidad 422
35.9 Consumación y tentativa 422
35.10 Concurso de delitos 422
35.11 Participación 423
35.12 Perseguibilidad o procedencia 423
35.13 Consideración final 423

Capítulo 36
Adulterio 425
36.1 Noción legal 426
36.2 Sujetos y objetos 427
36.3 Presupuesto básico 428
36.4 Clasificación 428
36.5 Conducta, formas y medios de ejecución 429
36.6 Tipicidad en el delito de adulterio 429
36.7 Antijuridicidad en el delito de adulterio 430
36.8 Culpabilidad 430
36.9 Punibilidad 430
36.10 Consumación y tentativa 431
36.11 Concurso de delitos 431
36.12 Participación 431
36.13 Perseguibilidad o procedencia 431
36.14 Consideración final 432

Sección 6. Delitos patrimoniales 434

Capítulo 37
Robo 435
37.1 Noción legal 435
37.2 Sujetos y objetos 435
37.3 Clasificación 443

37.4 Conducta, formas y medios de ejecución 443
37.5 Tipicidad en el delito de robo 445
37.6 Antijuridicidad en el delito de robo 448
37.7 Culpabilidad 454
37.8 Punibilidad 454
37.9 Consumación y tentativa 456
37.10 Concurso de delitos 456
37.11 Participación 457
37.12 Perseguibilidad o procedencia 457

Capítulo 38
Abuso de confianza 461
38.1 Noción legal 461
38.2 Sujetos y objetos 461
38.3 Clasificación 462
38.4 Conducta, formas y medios de ejecución 462
38.5 Tipicidad en el delito de abuso de confianza 465
38.6 Antijuridicidad en el delito de abuso de confianza 468
38.7 Culpabilidad 469
38.8 Punibilidad en el delito de abuso de confianza 469
38.9 Consumación y tentativa 470
38.10 Concurso de delitos 471
38.11 Participación 471
38.12 Perseguibilidad o procedencia 471

Capítulo 39
Fraude 474
39.1 Noción legal 474
39.2 Sujetos y objetos 474
39.3 Clasificación 475
39.4 Conducta, formas y medios de ejecución 475
39.5 Tipicidad en el delito de fraude 476
39.6 Antijuridicidad en el delito de fraude 483
39.7 Culpabilidad 486
39.8 Punibilidad 486
39.9 Consumación y tentativa 487
39.10 Concurso de delitos 487
39.11 Participación 487
39.12 Perseguibilidad o procedencia 487
39.13 Fraude familiar 488

Capítulo 40
Despojo 491
40.1 Noción legal 491
40.2 Sujetos y objetos 492
40.3 Clasificación 493
40.4 Conducta, formas y medios de ejecución 493
40.5 Tipicidad en el delito de despojo 496
40.6 Antijuridicidad en el delito de despojo 496
40.7 Culpabilidad 497
40.8 Punibilidad 497
40.9 Consumación y tentativa 498
40.10 Concurso de delitos 498
40.11 Participación 499
40.12 Perseguibilidad o procedencia 499

Capítulo 41
Daño en propiedad ajena, daño a la propiedad o daños 501
41.1 Noción legal 502
41.2 Sujetos y objetos 503
41.3 Clasificación 504
41.4 Conducta, formas y medios de ejecución 504
41.5 Tipicidad 506
41.6 Antijuridicidad 506
41.7 Culpabilidad 507
41.8 Punibilidad 507
41.9 Consumación y tentativa 507
41.10 Concurso de delitos 508
41.11 Participación 508
41.12 Perseguibilidad o procedencia 508

Epílogo 510

Bibliografía 515

Índice analítico 519

Prólogo

La complejidad del mundo actual y la incertidumbre que experimentamos nos llevan a buscar espacios de reflexión, sin los cuales resultaría prácticamente imposible establecer las estrategias que permitan insistir sobre la importancia y relevancia del respeto a la ley, frente a un discurso que, en ocasiones, intenta desprestigiar la legalidad, ya sea para el predominio de intereses ajenos al interés de la comunidad o para impedir que una cosmovisión crítica de la humanidad encuentre arraigo en la conciencia universal.

El estudio y análisis del derecho y las distintas maneras de fomentar su conocimiento representan un reto que nos compele a realizar todos los esfuerzos que sean necesarios para fortalecer los cimientos y el desarrollo de una cultura jurídica: la del respeto y promoción de los valores humanos, sin cuya consolidación no podremos enfrentar el desarrollo armónico de los pueblos en el presente siglo.

Es muy relevante el hecho de que la profesora de derecho penal I. Griselda Amuchategui Requena se preocupe por analizar y escribir sobre el amplio horizonte del derecho penal, entregando una obra que facilita la enseñanza del derecho. Obras como la presente, que honrosamente se me ha solicitado prologar, cultivan el germen de la cultura; crean un ambiente propicio para generar la tolerancia a las diferencias ideológicas y reunir las afinidades intelectivas.

Ante esta situación, el estudio, el conocimiento y la enseñanza del derecho nos proporcionan una perspectiva histórico-social enriquecida con las conquistas libertarias de la humanidad, pero también nos enseñan que éstas serán irreversibles si somos capaces de continuar trabajando en ellas y difundiéndolas como patrimonio, de cuya conservación y acrecentamiento somos responsables.

La actividad intelectiva encaminada a la realización de una obra es una labor digna de valoración, con mayor razón cuando, mediante un análisis crítico, sustentado en la experiencia, se propician las condiciones idóneas para que los estudiosos del derecho penal se ilustren, en una forma accesible y sencilla, de las circunstancias relativas al entorno histórico, sociológico y jurídico respecto de los fundamentos de las nociones y teorías de delito, tipicidad, pena, culpabilidad, punibilidad y otros. El tema central de la obra es el análisis minucioso de la teoría general del delito y de los delitos en particular, mediante un estudio metodológico impecable, basado en la evolución histórico-normativa.

El talento se traduce como la capacidad creadora del ser humano. Esta cualidad, entendida como la aptitud natural para lograr los propósitos personales, es tan sólo uno de los presupuestos de las obras trascendentes. Frecuentemente se le encuentra

junto a las virtudes que acompañan a las mujeres y hombres de estudio, como son: la disciplina, la constancia, la paciencia, la perseverancia y la idea clara del beneficio colectivo, entre otras. La autora se ha distinguido por su entrega a la academia, su pasión por la investigación, que la convierten en creadora de obras para el estudio del derecho; se ha desempeñado también en las arduas pero gratificantes tareas de la docencia universitaria.

Este libro puede ser consultado en todo lugar, en cualquier tiempo, porque contiene principios universales que son aplicables en materia del derecho para la humanidad entera. Además de ilustrativo, es de gran utilidad como texto de estudio y consulta, ya que desarrolla y analiza el contenido del derecho penal sobre temas complejos de tal manera que, por su sencillez en la exposición, resultan asequibles a toda clase de lectores.

El contenido constituye un valioso apoyo para todos los estudiosos del derecho, en virtud de que en él se explican los preceptos de la ley penal y conduce de la mano al lector para que esté en aptitud de realizar un análisis acucioso de cada uno de los aspectos sobresalientes de la temática que aborda.

Las aportaciones resultantes de esta nueva obra trascienden el simple análisis y estudio personal, pues contribuyen al enriquecimiento de la doctrina jurídica y ofrecen opciones susceptibles de aplicación práctica, tendentes a solucionar el problema que se pudiera plantear el lector interesado en la aplicación de las normas sustantivas que regulan el derecho penal en México. La obra reviste asimismo gran interés para los investigadores, docentes, estudiantes y, en general, para quienes se interesan por un tema que cada día cobra mayor importancia en los ámbitos internacional y nacional.

La autora interpreta y actualiza los contenidos jurídicos, nacionales e internacionales, del derecho penal, poniendo al día con ello la vigencia del estudio comparativo que se presenta sobre esta legislación en la materia en México; información que desde cualquier punto de vista es interesante, debido a que proporciona una visión clara acerca de la situación que prevalece en el derecho positivo mexicano.

Con objetivos claros y con esfuerzos constantes para la protección del ser humano, es factible albergar la esperanza de que, mediante el respeto a la dignidad de la persona, se pueda consolidar y perfeccionar la convivencia armónica de la humanidad, independientemente del lugar en el que cada individuo se encuentre. La autora realiza en ese sentido una aportación que debe ser valorada y apreciada por todos los estudiosos del derecho.

Mireille Roccatti

Prefacio

Esta obra, dedicada específicamente a quienes estudian derecho penal, pretende brindarles ayuda para resolver el problema que se presenta con frecuencia cuando, por razones de consulta, deben acudir a la bibliografía de la materia, ya que no obstante la abundancia de títulos existentes, algunos de ellos se encuentran agotados; otros están desactualizados, o bien, hay casos en los cuales, en virtud de provenir del extranjero, tratan temas ajenos a México o difieren sutilmente de los de nuestro sistema; entonces la falta de experiencia del consultante puede inducirle a arribar a falsas conclusiones; por último, se encontrará con aquellos que se ocupan de aspectos parciales del programa, es decir, que no lo agotan en su totalidad.

Todo lo anterior hace más evidente la necesidad de contar con un texto que, en forma sencilla, punto por punto y con lenguaje fácilmente comprensible, se constituya en una guía confiable que oriente el estudio de esta variada y compleja disciplina jurídica. Tales son los propósitos de esta obra, cuyos lineamientos generales responden a las aportaciones que en ese sentido hizo en su origen el sistema abierto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), las cuales han mostrado su bondad a lo largo de varios años de formación de diversas generaciones de estudiantes de la licenciatura en derecho.

La sistemática del presente libro se funda en el desarrollo de la temática dividida en dos grandes partes: general y especial; en la primera se abarcan los temas relativos a las generalidades, antecedentes e introducción al derecho penal; dentro de la segunda se estudian los delitos en particular.

La parte especial se divide en seis secciones dedicadas a los distintos grupos de delitos: delitos de daño contra la vida y la integridad corporal, delitos de peligro efectivo* y presunto, delito de peligro contra la salud (pública), delitos contra la libertad, seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual, delitos contra la familia y delitos patrimoniales.

Para facilitar el aprendizaje, al término de cada tema se adicionaron actividades y ejercicios de evaluación.

Se insiste en que este material no está destinado a sustituir el profundo conocimiento que se encuentra en tratados y obras consagradas; los estudiantes deben recurrir a esas fuentes; deben investigar, y enriquecer su preparación, a afecto de ampliar las nociones, de las cuales este trabajo no constituye sino un primer acercamiento, sintético e introductorio, cuyas aspiraciones son las de una simple iniciación.

* Derogados en el *Código Penal Federal.*

Los estudiantes deben estudiar con seriedad y responsabilidad, pues la deficiente formación en este campo del derecho origina la existencia de *abogados* que, para suplir su falta de conocimientos, mancillan la ética profesional y, asimismo, se convierten en verdaderos depredadores de la justicia y en envilecedores del noble ejercicio de la profesión.

La autora

Nota a la cuarta edición

Los temas que se desarrollan en este libro son los mismos que aparecieron en las ediciones precedentes; sin embargo, algunos de ellos han sufrido notables cambios debido a las múltiples reformas legales que se han presentado recientemente.

A partir del surgimiento del *Código Penal para el Distrito Federal* (año 2000), se analizan los temas de las partes general y especial de manera paralela en ambos códigos penales: federal y para el Distrito Federal. Asimismo, siguiendo la tónica anterior, se mencionan códigos penales estatales que contemplan situaciones que se apegan algunas veces más al código federal, otras al del Distrito Federal y otras a ninguno de éstos.

Nuevamente, se han dejado en este libro figuras típicas que, pese a haber sido derogadas de la legislación local del Distrito Federal o de la federal, siguen vigentes en algunos códigos penales estatales, y dada su importancia y por tratarse de una realidad imperante en una entidad federativa, se ha considerado conveniente su permanencia en este libro.

Al igual que en las ediciones anteriores, se recomienda al lector que, junto con la lectura y el estudio de los temas contenidos en esta obra, se tenga a la mano el o los códigos penales vigentes que ofrezcan la visión actual de la ley. Ello debido a las innumerables y constantes reformas que los legisladores, a veces más con pretensiones políticas que sociales y jurídicas, llevan a cabo sin ningún conocimiento cabal de la razón de ser de esos cambios. Dado que México carece de un código penal único para toda la República, como ocurre en países desarrollados, tenemos el problema de una absurda diversificación de tipos penales y de penas, como si los bienes jurídicos cambiaran de valor dependiendo de la zona geográfica.

En este último aspecto, no nos cansaremos de insistir en lo absurdo que es la constante práctica de aumentar la punibilidad en las figuras típicas, de acuerdo con la errónea creencia de que ello se traducirá en la disminución de la criminalidad. Bien convendría a los legisladores locales y federales el estudio minucioso y serio de obras como la de Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, para comprender el alcance de éstas y su verdadera significación.

Con el sincero deseo de que la lectura de las páginas siguientes sea de utilidad al estudiante o práctico del derecho penal, dejo en sus manos y bajo su criterio esta obra, que bien podría ser el inicio de un camino largo e interesante.

La autora
Abril de 2012

Abreviaturas y siglas

art.(s)	artículo, artículos
cap.(s)	capítulo, capítulos
CCDF	*Código Civil para el Distrito Federal*
cfr.	confrontar con, confróntese con
col.	colección
comp.	compilador, compilado por
coord.	coordinador(es), coordinado por
CPC	*Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*
CPDF	*Código Penal para el Distrito Federal*
CPEUM	*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*
CPF	*Código Penal Federal*
CPPDF	*Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*
dir.	director(a), dirigido por
DOF	*Diario Oficial de la Federación*
ed.(s)	edición, editor(es), editado por
et al.	*et alii* (y otros)
fracc.(s)	fracción, fracciones
inéd.	inédito
LAPVF	*Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar*
LCDHDF	*Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*
LCNDH	*Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*
LFPST	*Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura*
LGS	*Ley General de Salud*
LGTOC	*Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*
LESPDF	*Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal*
loc. cit.	*locus citato* (lugar citado, locución citada)
LOPJF	*Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*
LTMI	*Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*
núm.(s)	número, números, numeral, numerales
op. cit.	*opus citato* (obra citada)
pág.(s)	página, páginas
párr.(s)	párrafo, párrafos
reimp.	reimpresión, reimpreso por
rev.	revisado(a), revisión de
s.d.	sin data (sin fecha, sin dato)
s.(s)	siguiente, siguientes
sec.(s)	sección, secciones
t.(s)	tomo, tomos
tít.(s)	título, títulos
trad.(s)	traducción de, traducido(a) por, traductor(es)
vol.(s)	volumen, volúmenes

1

Parte general
Nociones básicas



La ciencia humana consiste más en destruir errores que en descubrir verdades.

Sócrates

1 Generalidades del derecho penal

1.1 Surgimiento y evolución del derecho penal

La historia del derecho penal podría ocupar varios volúmenes; sin embargo, en esta obra sólo se presenta un breve panorama de su evolución en el transcurso del tiempo. El detalle y el análisis de fondo se dejan al estudioso que desee ahondar al respecto.

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del ser humano en sociedad, a fin de controlar sus acciones y proteger al grupo social.

El crimen nace con el ser humano; cuando aún no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, el delito ya se manifestaba en su forma más rudimentaria.

El ser humano todavía no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros; por ejemplo, el apoderamiento ilegítimo del animal cazado por otro, la violencia física ejercida sobre una mujer, etc. De ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr orden y una convivencia pacífica.

En esta parte interesa destacar, sobre todo, las etapas de evolución por las que ha pasado esta disciplina jurídica y aclarar que la división por etapas o fases, que más adelante se verá, es más didáctica que real, pues éstas no se pueden separar entre sí tajantemente y de manera exacta.

Venganza

La venganza significa que el hombre, ante una agresión recibida, obtiene satisfacción mediante otro acto violento. En esta fase cabe distinguir cuatro subfases: venganza privada, venganza familiar, venganza divina y venganza pública.

Cuadro 1 **Evolución del derecho penal.**

- Evolución del derecho penal
  - Fase o etapa de la venganza
    - Privada
    - Familiar
    - Divina o religiosa
    - Pública
  - Fase humanitaria
  - Fase científica

- **Privada.** La venganza privada también se conoce como *venganza de sangre*, y consiste en que el ofendido se hace justicia por propia mano, es decir, el afectado ocasiona a su ofensor un daño igual al recibido. Esta fase se identifica como la *ley del talión*, cuya fórmula es "ojo por ojo y diente por diente". Ahí se aprecia claramente la venganza individual, en la que se inflige un mal por otro recibido.
- **Familiar.** En este periodo, un familiar (aun antes del surgimiento del concepto *familia*) del afectado realiza el acto de justicia y causa un daño al ofensor.
- **Divina.** La venganza divina es el castigo impuesto a quien ocasiona un daño, en virtud de creencias divinas, de modo que a veces se entremezclan rituales mágicos y hechiceros. Generalmente el castigo lo imponen los "representantes" de diversas deidades. En esta fase tienen importancia relevante las nociones de tótem y tabú. *Tótem* era la representación del bien; estaba representado por una figura de piedra o madera (generalmente en un tronco de árbol), a la que se atribuían poderes mágicos o espirituales. Simbolizaba protección. *Tabú* era la representación del mal, de lo prohibido. A lo largo de la historia de la humanidad, en todos los pueblos y culturas se advierte la presencia de esta lucha constante del bien contra el mal. Donde cobra más vigencia esta pugna es en las religiones, pero también en tradiciones culturales.
- **Pública.** La venganza pública es un acto de venganza, pero ejercido por un representante del poder público. En este caso simplemente se traslada la ejecución justiciera a alguien que representa los intereses de la comunidad, en su manifestación más primitiva.

El interés primordial por castigar con severidad a quien causa un daño caracteriza a esta fase. La semejanza o igualdad en el castigo hacen ver claramente que se trata de una verdadera venganza.

En el *Código de Hammurabi*, la *Ley de las Doce Tablas* y el *Pentateuco mosaico* se encuentran disposiciones relativas a esta fase; de modo evidente, la *Biblia* plasma la ley del talión en el párrafo siguiente:

> Si en riña de hombres golpeare uno a una mujer encinta haciéndola parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida

> y decidan los jueces, pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.[1]

Cuando el Estado "impone" las penas, éstas se caracterizan por su crueldad, de modo que se observan las formas de castigo más variadas e inhumanas, en las que predominan las sanciones corporales y de muerte, las cuales son precedidas por tratos humillantes y aflictivos.

Esta etapa ha quedado fuertemente marcada en la historia del derecho penal; mucho se ha escrito sobre ella y constituye una verdadera época de terror y oscurantismo de la humanidad. Estos tratos inhumanos de exagerada crueldad caracterizaron a la época antigua y a la Edad Media. Por ser nuestro antecedente directo el derecho romano, mencionaré algunas de las penas principales:

- Penas corporales. No eran la pena principal, sino accesorias o medios de coerción. Algunas eran la flagelación (a los esclavos), golpes con vara (a hombres libres), golpes con palo *fustis* (a los militares), golpes con un instrumento con bola de plomo en la punta, mutilaciones, inutilización del ojo derecho, amputación del pie izquierdo.
- Penas capitales (*Supplicium, Poena capitis o capitalis*). Crucifixión, saco (*culleus*), fuego, decapitación con hacha, arrojar al condenado a las fieras, precipitación desde la roca Tarpeya, entre otras.[2]

Etapa humanitaria

Como respuesta a la fase anterior surge una reacción humanista en materia penal, de manera que se pretende dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo.

Grandes pensadores, filósofos y humanistas, con su obra e ideas, han influido en el derecho penal y ciencias afines. Cesare Beccaria y John Howard, con su valiente y enérgica manifestación de principios humanistas, trataron de devolver al hombre el respeto a su dignidad.

En su *Tratado de los delitos y de las penas*, Beccaria destaca diversos aspectos, como los procedimientos arbitrarios e inhumanos para obtener confesiones; se refiere a la tortura y rompe con ancestrales creencias relacionadas con la eficacia de la pena:

> Para que una pena logre su efecto, basta que el mal de la misma exceda del bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe tenerse en cuenta la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que produciría el delito. Los hombres se gobiernan por

[1] Eloino Nácar Fuser y Alberto Colunga, *Sagrada Biblia*, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, Madrid, 1968, págs. 76 y 77.

[2] Teodoro Momsen, *Derecho penal romano*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, págs. 563-573 y 605-607.

> la acción repetida de los males que conocen, y no por la de los que ignoran... A medida que los suplicios se hacen más crueles, el espíritu de los hombres, al modo de los líquidos, se pone siempre al nivel con los objetos que le circundan, estos espíritus, pues, se irán endureciendo.[3]

Estas ideas, expresadas en 1764, se encuentran vigentes, al igual que los principios emanados de la Revolución francesa (1789), con la cual surge la consideración y tutela de los derechos del hombre.

Etapa científica

En ella se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto de la persona del delincuente. Se piensa que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es indispensable conocer el porqué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos. En esta etapa se estima que el delito y el sujeto son productos de las fallas sociales, con influencia de factores de índole diversa (interna y externa).

Desafortunadamente, pese a los esfuerzos realizados por los estudiosos e interesados en estos aspectos, aún no se ha resuelto el delicado problema que representa la delincuencia.

Escuelas jurídico-penales

En relación estrecha con el apartado anterior, en éste se ofrece un panorama referente a la concepción que diversas corrientes tuvieron respecto de los problemas fundamentales que plantea el derecho penal, cuyo conocimiento es vital para entender las actuales figuras e instituciones jurídico-penales.

Lo sobresaliente de cada escuela son las conclusiones concretas o postulados a que llegaron sus seguidores, pues en ellos se resume su postura y filosofía.

Escuela clásica. Es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver el derecho penal.

Los pensadores cuyas obras dieron origen a esta escuela son varios, entre los cuales se considera a Francisco Carrara como el máximo representante; otros fueron Romagnossi, Hegel, Rossi y Carmignani. Postulan lo siguiente:

- Libre albedrío. Establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraría lo hace a su libre elección; además, se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.

[3] Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Cajica, Puebla, 1965, págs. 151-153.

- Igualdad de derechos. Derivado del anterior, se colige que el hombre nace igual en cuanto a sus derechos; por ello, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de esa circunstancia de igualdad.
- Responsabilidad moral. Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.
- El delito como eje y como entidad jurídica. El punto de partida de los problemas penales lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas, y con base en el delito debe castigarse al delincuente.
- Método empleado. Como se sabe, el objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el deductivo (de lo general a lo particular). También se conoce como *método especulativo, lógico abstracto, teleológico* o *finalista*.

  Como el derecho penal es una ciencia normativa que pertenece al mundo del deber ser, no era posible, según los clásicos, emplear el método seguido por las ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser (o sea, lo que es), independientemente de la voluntad del hombre.
- Pena proporcional al delito. La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido y estar previamente señalada en la ley (Carrara habla tanto de *moderación* de las penas como de su *humanización* y *seguridad*).
- Clasificación de los delitos. Esta escuela elabora diversas clasificaciones de los delitos.[4]

Escuela positiva. Surge como reacción a la escuela clásica y se fundamenta en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales. Sus seguidores son varios, pero los principales son Enrico Ferri, Rafael Garófalo y Cesare Lombroso.

Los postulados de la escuela positiva constituyen la negación de los señalados por la clásica, y son los siguientes:

- Niega el libre albedrío. Esta escuela afirma que el hombre no escoge libre y conscientemente el mal sobre el bien; puesto que es un ente natural y, en algunos casos, con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Al respecto, cabe destacar la influencia de Cesare Lombroso, con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato (de ello se hablará en el capítulo correspondiente a la teoría del delincuente).

[4] *Cfr.* Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos elementales de Derecho penal,* 40ª ed., Porrúa, México, 1999, págs. 51-72.

Dicha escuela afirma que hay hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, de acuerdo con sus características biológicas, antropológicas y psicológicas.

- Responsabilidad social. A diferencia de la escuela clásica, la positivista manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento determinado, defenderse.
- El delincuente, punto central. El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es sólo la consecuencia.
- Método empleado. Los positivistas utilizaron el método inductivo (de lo particular a lo general), conocido también como *experimental*. A partir de estudios acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto llegaron a determinadas conclusiones y desarrollaron hipótesis, con lo que postularon tesis relacionadas con el comportamiento criminal.
- Pena proporcional al estado peligroso. En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener alguna proporcionalidad directa con el delito y se asegura que ha de ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y la gravedad del delito.
- Prevención. De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de la represión. Los positivistas creen que, al igual que en la medicina, es más conveniente prevenir que curar.
- La medida de seguridad es más importante que la pena. En vez de castigar es necesario prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Tales medidas de seguridad se clasifican según diversos criterios y se afirma que debe aplicarse la más adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto.
- Clasificación de delincuentes. A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de delitos como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones.
- Sustitutivos penales. Éstos se proponen como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Los positivistas consideran ineficaces las penas y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, etcétera.[5]

[5] *Cfr.* Luis Rodríguez Manzanera, *Criminología*, Porrúa, México, 2011, pág. 246.

Escuelas eclécticas. En realidad, en estas escuelas se agrupan varias corrientes. Como respuesta a las dos anteriores, surge esta tercera postura, que llega a ser una fusión de aquéllas.

Las escuelas eclécticas aceptan y niegan postulados tanto de la escuela clásica como de la positivista y, excepcionalmente, aportan algo propio y significativo. Las más importantes son la tercera escuela, la escuela sociológica y la escuela técnico-jurídica.

a) Tercera escuela. La principal surge en Italia (*terza scuola*) y sus representantes más destacados son Alimena y Carnevale. En Alemania hubo una tercera escuela que coincide con los postulados de la italiana. La tercera escuela sustenta los postulados siguientes:

- Negación del libre albedrío.
- El delito es un hecho individual y social.
- Se interesa por el delincuente, más que por el delito.
- Señala las ventajas del método inductivo.
- Adopta la investigación científica del delincuente.
- Considera la responsabilidad moral.
- Distingue entre imputables e inimputables.
- Plantea la reforma social como deber del Estado.

b) Escuela sociológica. Surgida en Alemania, también se conoció como la *joven escuela*. Su representante principal es Franz von Liszt y sus postulados son los que se detallan a continuación:

- La pena tiene como fin conservar el orden jurídico.
- Emplea los métodos jurídico y experimental.
- Concibe al delito como fenómeno jurídico y natural.
- Considera que los factores criminógenos son individuales, físicos, sociales y económicos.
- Afirma que la pena es una necesidad.
- Estima la imputabilidad y la peligrosidad del delincuente.
- Deben existir penas y medidas de seguridad.

c) Escuela técnico-jurídica. También de origen italiano, tiene como representantes fundamentales a Manzini, Battaglini y Rocco. Los postulados de dicha escuela son los siguientes:

- Eleva a primer grado el derecho positivo.
- Destaca que el ordenamiento jurídico debe prevalecer sobre otros criterios.

- Al derecho penal le debe interesar el conocimiento científico tanto de los delitos como de las penas.
- La pena funciona para prevenir y readaptar.
- La responsabilidad penal debe basarse en la capacidad para entender y querer.
- Rechaza el planteamiento de problemas filosóficos.

Como afirma Jiménez de Asúa: "Las escuelas penales pertenecen al pretérito... La lucha de las escuelas ha terminado."[6]

En la actualidad, la legislación penal mexicana conserva rasgos de la escuela clásica en algunos preceptos y de la positiva en otros, aunque puede precisarse que el código de 1871 manifestó una fuerte influencia de la clásica, el de 1929, de la positiva, el de 1931 (vigente) adoptó una postura ecléctica, lo mismo que el *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF) del año 2002.

1.2 Antecedentes del derecho penal en México

La trayectoria que ha seguido esta ciencia jurídica en México es similar a la de cualquier otro país: se inició con el castigo más cruel hasta llegar paulatinamente a una fase más humanizada, e incluso científica.

Derecho precortesiano

Antes de la Conquista, debido a la religiosidad y severa educación de los habitantes del territorio de lo que hoy es México, el crimen era un fenómeno poco común, ya que el castigo resultaba muy severo.

En ese periodo, como existían diversas culturas, también había una variedad de costumbres y principios jurídicos. A la juventud se le preparaba en dos aspectos fundamentales: la religión y la milicia.

Los aztecas. En el aspecto jurídico, los aztecas conocían figuras que se encuentran vigentes en el derecho penal mexicano. Al respecto, Castellanos Tena anota: "los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía."[7]

En esa civilización, los delitos principales eran la alcahuetería, el peculado, el cohecho de jueces, la traición en guerra, la deserción, la malversación, el adulterio, el homicidio y el espionaje, entre otros.

[6] Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, Sudamericana, Buenos Aires, 1980, pág. 68.

[7] Fernando Castellanos Tena, *op. cit.*, pág. 42.

Cuadro 2 **Escuelas del derecho penal.**

Escuelas		Representantes	Postulados
Clásica		Carrara Romagnossi Rossi Hegel Carmignani	▸ Libre albedrío ▸ Igualdad de derechos ▸ Responsabilidad moral ▸ Objeto: el delito (jurídico) ▸ Método: deductivo (especulativo) ▸ Pena proporcional al delito ▸ Clasificación de delitos
Positiva		Ferri Garófalo Lombroso	▸ Negación del libre albedrío ▸ Responsabilidad social ▸ Objeto: el delincuente ▸ Método: inductivo (experimental) ▸ Pena proporcional a la peligrosidad ▸ Prevención más que represión ▸ Medidas de seguridad ▸ Clasificación de delincuentes ▸ Sustitutivos penales
Eclécticas	Tercera escuela	Alimena Carnevale	▸ Negación del libre albedrío ▸ Delito: hecho individual y social ▸ Más importante el delincuente ▸ Método inductivo ▸ Investigación científica del delincuente ▸ Responsabilidad moral ▸ Imputables e inimputables ▸ Reforma social
	Sociológica	Franz von Liszt	▸ Pena: conservación del orden jurídico ▸ Método: jurídico y experimental ▸ Delito: fenómeno jurídico y natural ▸ Factores criminógenos ▸ Pena: necesidad ▸ Imputabilidad y peligrosidad ▸ Pena y medida de seguridad
	Técnico-jurídica	Manzini Battaglini Rocco	▸ Derecho positivo ▸ Ordenamiento jurídico sobre otros criterios ▸ Conocimiento científico de delitos y penas ▸ Pena: prevención y readaptación ▸ Rechazo a planteamientos filosóficos[8]

[8] *Cfr.* Fernando Castellanos Tena, *op. cit.*, págs. 33-52; Luis Rodríguez Manzanera, *op. cit.*, pág. 255.

Entre las penas más aplicadas estaban la muerte causada por medio de ahorcamiento, la hoguera, el degüello, el descuartizamiento, el desollamiento, la esclavitud, los castigos infamantes, las penas corporales, el destierro y el encarcelamiento.

Señala Marco Antonio Pérez de los Reyes que el derecho penal azteca, como sucedía en casi todos los pueblos de la Antigüedad, era muy severo y se refería a delitos como los cometidos contra la seguridad del imperio, embriaguez constitutiva de delito, lenocinio, homosexualidad, relaciones sexuales entre sacerdote y sacerdotisa, aborto, adulterio, homicidio, riña, lesiones, violación, incesto, estupro, suplantación de cargo público, robo de 20 mazorcas por hambre (la primera vez se perdonaba: robo de famélico), fraude, abuso de confianza, parricidio, filicidio, exhibicionismo y prostitución, entre otros.

Plantea este mismo autor que los aztecas distinguían entre delito doloso y culposo, y que se castigaba la complicidad y el encubrimiento. Asimismo, agrega que existían "cárceles" de madera como si fueran palomares, denominadas *telpiloyan* (lugar de presos); las llamaban también *cuauhcalli* (casa de enjaulados) y allí se encerraba a los condenados a muerte o a sacrificio. Por último, estaba el *petlacalli*, que era el lugar donde encerraban a quienes cometían faltas leves y que generalmente se castigaban con trabajos.[9]

Los mayas. En el pueblo maya la pena también tenía características de severidad y dureza, pero se observa una concepción más humanizada: "Más sensibilidad, sentido de la vida más refinado, concepción metafísica del mundo más profunda. En suma, una delicadeza connatural que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes de la historia."[10]

La legislación de los mayas era consuetudinaria (no escrita). La prisión no se consideraba un castigo, sino sólo el medio para retener al delincuente a fin de aplicarle después la pena impuesta; por su parte, a los menores se les sancionaba con penas menos severas.

Los delitos principales eran el adulterio, la violación, el estupro, las deudas, el homicidio, el incendio, la traición a la patria y la sodomía.

Entre las penas más importantes figuraban la de muerte por horno ardiente, el estacamiento, la extracción de vísceras por el ombligo, los flechazos y el devoramiento por fieras; la esclavitud, las penas corporales, las infamantes y la indemnización a la víctima, entre otras.

Resulta oportuno citar que todavía en épocas recientes, en algunos poblados de México se mantenían ciertas costumbres rudimentarias de venganza, pertenecientes a la fase de venganza privada, como el empalamiento.

[9] *Cfr.* Marco Antonio Pérez de los Reyes, *Historia del derecho mexicano*, Oxford University Press, México, 2003, págs. 95-99.

[10] Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, Porrúa, México, 1974, pág. 33.

Época colonial

A la llegada de los españoles, las costumbres y manifestaciones de la cultura indígena fueron abolidas y se impusieron las del pueblo conquistador. Las *Leyes de Indias* constituían el principal cuerpo legal de la Colonia que se aplicó en la Nueva España. Otras legislaciones, como las *Ordenanzas Reales de Castilla*, la *Legislación de Castilla* (*Leyes de Toro*), las *Ordenanzas Reales de Bilbao*, así como el *Fuero Real*, las *Partidas*, los *Autos Acordados*, y la *Nueva* y la *Novísima Recopilación* estuvieron vigentes en la época colonial.

De manera específica, se crearon ciertas leyes para el nuevo territorio colonizado, como las *Ordenanzas de Minería*, las de *Intendentes* y las de *Gremios*.

Mención especial merece el Tribunal del Santo Oficio instaurado por la Santa Inquisición. Indica Marco Antonio Pérez de los Reyes que este tribunal de la fe surgió en el siglo XII en Italia, se extendió por toda Europa y su función principal era la de combatir a los herejes. El autor citado hace un recuento de las conductas perseguidas por la Inquisición, entre las que se encuentran las siguientes: herejías protestantes, apostasía, blasfemia, sacrilegio, judaísmo, hechicería, magia blanca y negra, satanismo, aquelarre, espiritismo, ateísmo, sectas místicas; bigamia, matrimonio de religiosos, simple fornicación, supersticiones, pacto con el demonio, astrología, masonería, así como música y libros prohibidos. Algunas de las penas que aplicaba el referido tribunal eran relajación, galeras, cárcel temporal o de por vida, destierro, confiscación, multa, azotes, vergüenza pública, abjuración, infamia, represión y penitencias espirituales.[11]

Época independiente

Al iniciarse la Independencia surgió la necesidad de contar con una legislación nueva, propia del pueblo mexicano. Así, empezaron a promulgarse leyes mexicanas pero con influencia de la legislación colonial, a veces aún aplicables a falta de leyes nuevas.

La Constitución de 1824 adoptó el sistema federal. Por cuanto hace a la materia penal, lo más sobresaliente fue la expedición de los códigos penales que son, en orden cronológico, los siguientes:

- Código Penal para el Estado de Veracruz, puesto en vigor en 1869.
- Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez de Castro, vigente hasta 1929 y con influencia de la escuela clásica.
- Código Penal de 1929, conocido como Código Almaraz, vigente hasta 1931 y con influencia de la escuela positiva.
- Código Penal de 1931, que hasta 2002 estuvo vigente y aplicable en el Distrito Federal en materia común, así como en toda la República en materia federal.

[11] Marco Antonio Pérez de los Reyes, *op. cit.*, págs. 93-109.

La comisión redactora la integraron Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ángel Ceniceros, entre otros destacados juristas. Este Código mantiene una postura ecléctica.

A la fecha, el *Código Penal Federal* (CPF) recibe la crítica de ser antiguo y caduco; sin embargo, su adecuación al momento actual se ha logrado mediante innumerables reformas. Mucho se discute acerca de la necesidad de contar con un código nuevo, que se adapte a los actuales requerimientos de la sociedad mexicana. Muchas e importantes reformas al código federal se dieron en 1994. El *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF) del 16 de julio de 2002, pese a ser nuevo, adolece como el federal de múltiples fallas, por lo que es necesaria una revisión seria de toda la legislación penal, local y federal.

Por otra parte, también hay quienes señalan la necesidad de contar con un código penal para toda la República, en lugar de que cada entidad federativa tenga el suyo, como ocurre en la actualidad. (Cabe mencionar que también se discute respecto de la posibilidad de crear un código penal tipo para toda Latinoamérica.)

Personalmente, soy partidaria de la unificación penal, pues no puede haber conductas que en un estado constituyan delito y en otro no; o aberraciones legales como la consistente en que el delito de una madre que priva de la vida a su recién nacido en el Distrito Federal sea una figura atenuada y en el código federal sea agravada.

1.3 El derecho penal vigente

Las concepciones que se tienen respecto del derecho penal son múltiples. Para los fines de esta obra y para evitar la repetición innecesaria de nociones expresadas por diversos autores, cabe puntualizar lo siguiente:

Noción

El derecho penal es el conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley. De la noción anterior se colige que el derecho penal pretende preservar un equilibrio que dé seguridad a los miembros de la sociedad.

Cada grupo social, según el tiempo y el lugar, crea sus propias normas penales, con rasgos propios, los cuales varían conforme se modifican las condiciones sociales.

Diversas nociones. Existen varias nociones de derecho penal que deben distinguirse para su adecuado manejo y comprensión, como derecho penal objetivo, derecho penal subjetivo, derecho penal sustantivo, derecho penal adjetivo, etcétera.

- Objetivo. Lo constituye el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen los delitos y señalan las penas y las medidas de seguridad, así como su forma de aplicación.

- Subjetivo. Es la potestad jurídica del Estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella. Esto es lo que se conoce como *ius puniendi*; en realidad, más que un derecho, es un deber del Estado, pues a él corresponde castigar en defensa de la mayoría de los ciudadanos.
- Sustantivo. Se refiere a las normas relativas al delito, al delincuente y a la pena o medida de seguridad. También se conoce como *derecho material*.
- Adjetivo. Es el complemento necesario del derecho sustantivo. Se trata del conjunto de normas que se ocupan de señalar la forma de aplicar las normas jurídico-penales en los casos concretos. Se le llama más comúnmente *derecho procesal* o *instrumental*.

Como fórmula didáctica, cabe mencionar que el derecho penal sustantivo es la parte estática o imagen sin movimiento, en tanto que el derecho penal adjetivo es la parte dinámica o imagen en movimiento.

El CPDF se ubica en lo que se considera el derecho penal sustantivo, mientras que en el Código de Procedimientos Penales (CPP) se plasma el derecho penal adjetivo.

Cuadro 3 **Diversas nociones de derecho penal.**

Derecho penal objetivo	Normas jurídicas emanadas del poder público que establecen delitos, penas y medidas de seguridad y su forma de aplicación.
Derecho penal subjetivo	Potestad jurídica del Estado de amenazar a la colectividad.
Derecho penal sustantivo	Norma relativa al delito, al delincuente y a la pena o medida de seguridad. (Se plasma en el Código Penal.)
Derecho penal adjetivo	Normas que se ocupan de aplicar el derecho sustantivo: es el procedimiento. (Se plasma en el Código de Procedimientos Penales.)

Relaciones del derecho penal con otras ramas del derecho y con otras ciencias y disciplinas

Con frecuencia se escucha que tal o cual rama del derecho guarda o no relaciones, semejanzas y diferencias con otras ramas jurídicas, ciencias y disciplinas.

Algunos catedráticos aseguran categóricamente que la materia que imparten carece de relaciones con otras. Esto equivale a considerar que esa materia es una isla, rodeada de algo que la separa y aleja de otras asignaturas. Nada resulta tan criticable como esa afirmación, proveniente de criterios estrechos que ponen fronteras insalvables al conocimiento.

Cualquiera que sea la materia, todas guardan relación con otras; en algún momento existe un vínculo o cercanía y, a veces, incluso se conjugan de tal manera que, aparentemente, se funden entre sí.

De lo anterior se deduce que el derecho penal guarda relación con todas las ramas jurídicas. Con algunas ese nexo resulta más fuerte, mientras que con otras es menor, pero con todas tendrá conexión en algún momento. Además, existen relaciones entre el derecho penal y otras áreas del conocimiento que, sin ser jurídicas, resultan indispensables en un momento dado para resolver los problemas del derecho penal.

De manera sucinta, a continuación se indicará cómo se dan dichas relaciones con las distintas ramas jurídicas, así como con otras ciencias y disciplinas. Sin embargo, cabe aclarar que la división del derecho obedece sólo a propósitos de índole didáctica y de orden práctico, ya que en realidad es indivisible. Al respecto, se sugiere consultar la definición de cada rama del derecho en cualquier libro de introducción al estudio del derecho.

- Derecho romano. El derecho romano es el antecedente directo del actual derecho mexicano, de modo que diversas instituciones contemporáneas provienen de aquél y ambos guardan una relación estrecha.
- Derecho civil. Perteneciente al derecho privado, diversas figuras y nociones del derecho civil forzosamente van aparejadas al derecho penal, pues éste implica conocer nociones civiles; por ejemplo, para entender el adulterio, el incesto y la bigamia se debe saber qué son el matrimonio, el parentesco y la noción de persona física. Asimismo, para entender cualquier delito patrimonial se requiere conocer la noción civilista de patrimonio y la clasificación de los bienes, etcétera.
- Derecho mercantil. El derecho mercantil, como rama del derecho privado, tiene una relación estrecha con el derecho penal, pues en materia de sociedades mercantiles y títulos de crédito se presentan diversas figuras típicas.
- Derecho procesal. Como se vio en líneas anteriores, las normas procesales constituyen el complemento indispensable del derecho penal sustantivo, pues el procedimiento penal es la consecuencia directa que ocurre una vez cometido un delito. Jamás estarán aislados el derecho penal y el procesal penal.
- Derecho constitucional. En la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM) se establecen las bases a que debe sujetarse el derecho penal (como todo el derecho mexicano). Además, es la norma suprema de la que se derivan los demás ordenamientos legales de nuestro país.

- Derecho administrativo. Diversos delitos acontecen en el ámbito administrativo; por otra parte, esta rama del derecho público prevé la organización de diversos organismos que atañen al derecho penal.
- Derecho agrario. En materia agraria pueden cometerse innumerables delitos, por ejemplo, el despojo de parcelas, otros ilícitos en materia de ejidos, etc. Derivado de conflictos agrarios se cometen delitos como lesiones, homicidio, etcétera.
- Derecho del trabajo. Las relaciones laborales dan origen al surgimiento de diversos delitos, como fraude en materia de salario, de ascensos, plazas y prestaciones diversas, además de lesiones, homicidio, etc., entre trabajadores y patrones.
- Derecho fiscal. En materia impositiva, es frecuente la defraudación fiscal y otros delitos especiales contemplados en el *Código Fiscal de la Federación*.
- Derecho internacional. Existen delitos en materia internacional que son objeto de estudio de esta rama del derecho; incluso, los norma el Título Segundo del CPDF. También se habla de un *derecho penal internacional,* lo mismo que de un *derecho internacional penal*.
- Derechos humanos. Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.[12]
- Filosofía. En esta área del conocimiento humano, no jurídica, existen fundamentos que dan luz al derecho penal, como la valoración de determinados bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, argumentaciones acerca de la pena de muerte, etc. La axiología, la ética y la deontología profesional son esenciales para el derecho penal.
- Antropología. Esta ciencia aporta conocimientos de incalculable valía para el derecho penal, que pueden servir tanto para la doctrina penal como dentro de la procuración y administración de justicia. En México existen diversos grupos étnicos que hablan lenguas distintas del español, y cuyas costumbres y tradiciones hacen que a otros sectores de la población les parezcan comportamientos criticables, anticuados o inaceptables, aunque para dichos grupos son conductas reconocidas y aceptadas. De ello pueden derivarse muchas injusticias. Sería muy útil que a los agentes del Ministerio Público se les dieran, dentro de los cursos de capacitación, nociones sobre esta materia, y del mismo modo a los jueces penales, a quienes les resultaría de una valiosa ayuda, sobre todo para efecto de una verdadera individualización judicial. Ello, independientemente de la antropología

[12] Tomada de la página web de la CNDH: www.cndh.org.mx/node/29

criminológica, que tiene otras funciones y aplicaciones en el terreno de la criminología y de la antropología forense, tan útil en el campo de la criminalística.

- Sociología. El comportamiento criminal, el delito y la pena tienen en su explicación un fundamento sociológico. Con base en la sociología es posible entender y quizá prever el delito y ciertas conductas que, sin llegar a ser delictivas, afectan seriamente a la sociedad. El estudio del grupo social y su comportamiento es vital para el derecho penal y ciencias afines. En muchas ocasiones una conducta asocial, parasocial o antisocial puede ser el antecedente de una conducta delictiva; detectar éste es de gran importancia en materia de prevención.
- Biología. En esta ciencia, actualmente hay descubrimientos y adelantos que resultan de incalculable valor para el derecho penal y procesal penal, amén de otras ramas jurídicas como el derecho civil. Tal es el caso de los avances que existen en materia del genotipo, los cromosomas, el ADN y la nanotecnología.
- Psicología. Mediante las aportaciones de la psicología es posible analizar el comportamiento humano para entender el porqué del delito. En materia procesal, el estudio de la personalidad del delincuente se basa en la psicología. El estudio del carácter, del temperamento y de la personalidad resulta esencial para comprender al ser humano en su manifestación externa de comportamiento. Los arts. 51 y 52 del CPF contemplan la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias personales del sujeto, como los aspectos psicológicos. Igual ocurre con los arts. 70 a 74 del CPDF.
- Psiquiatría. La aportación de esta ciencia en materia penal es sumamente valiosa, pues ayuda al juez a resolver los problemas derivados de la comisión de delitos por parte de inimputables. Ocasionalmente, el privado de libertad por una sentencia pierde la razón, por lo que se requiere la intervención de especialistas en esta área.
- Medicina forense. Esta rama de la medicina general coadyuva en la investigación de determinados ilícitos, como lesiones, aborto, infanticidio, homicidio, violencia familiar y algunos delitos sexuales, principalmente, con lo cual se logra una adecuada y más justa administración de justicia, pues esclarece las dudas que se le presentan al derecho penal.
- Criminalística. Al igual que la medicina forense, esta disciplina, basada en conocimientos técnicos y científicos, presta una ayuda invaluable en la investigación del delito. Balística, dactiloscopia, retrato hablado, química forense y planimetría son algunos ejemplos de las valiosas áreas de dicha disciplina.
- Química. Los avances logrados por esta ciencia son extremadamente útiles para las necesidades que plantea el derecho penal y el procesal penal, sobre todo en el terreno de la investigación criminal.

- Criminología. Esta ciencia, no jurídica, perteneciente al mundo del "ser" y que estudia la conducta antisocial y el delito, así como al autor de éste, desde un punto de vista distinto del normativo, se considera básica en el análisis del derecho penal, pues permite examinar las causas del delito, la personalidad del delincuente y sobre todo la peligrosidad. Es común la confusión entre derecho penal y criminología: el primero es una ciencia jurídica (normativa), en tanto que la segunda no lo es; aquél se ocupa del delito y de la pena como entidades jurídicas, mientras que la segunda adopta un enfoque sociológico, antropológico, biológico y psicológico del sujeto y de su comportamiento, así como de su prevención y readaptación.
- Derechos humanos. Como sabemos, los derechos humanos han sido punto de controversia desde tiempos muy remotos. La discusión adquirió vigencia a raíz de la pugna entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, y la necesidad de que sean considerados y respetados se establece con más intensidad después de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

  Actualmente, vemos con profunda pena que entre la gente (aun con instrucción) existe un gran desconocimiento de lo que son los derechos humanos. La opinión pública y algunos sectores de la población rechazan y critican la existencia de los organismos dedicados a salvaguardar esos derechos. La gente común y corriente niega categóricamente que los "delincuentes" y presuntos delincuentes tengan derechos humanos. Incluso considera que la existencia de las comisiones de derechos humanos es un obstáculo para que se procure o administre justicia adecuadamente; pero una cosa nada tiene que ver con la otra.

  Cuando un probable responsable queda en libertad, la gente opina que se debe a la intervención de las comisiones protectoras de derechos humanos. Sin embargo, pasa por alto que toda persona, aun un delincuente, tiene derecho a que se respeten sus derechos humanos. Sobre todo, habría que destacar que la intervención de estas comisiones no impide que el agente del Ministerio Público lleve a cabo las acciones que la ley le permite, ni que un juez penal imponga la sanción que conforme a derecho corresponda. Una aprehensión efectuada sin los requisitos legales, la aplicación de tortura, la retención indebida de un detenido, etc., constituyen violaciones a los derechos humanos, independientemente de que la persona sea o no responsable de la comisión de un delito; circunstancia ésta que muchos se niegan a aceptar.

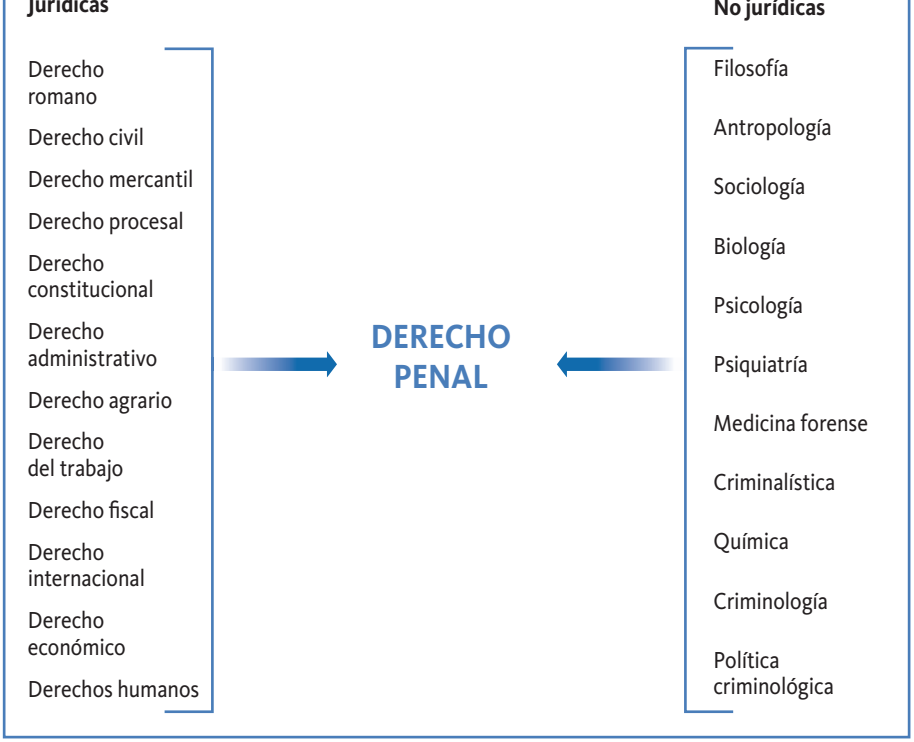
  Como puede advertirse, la relación entre el derecho penal y los derechos humanos es muy estrecha. Ahora más que nunca están relacionadas, quizá porque precisamente donde más violaciones se cometen es en materia penal. Algo muy importante sería que existiera una verdadera información, a fin de que, lejos de atacar sin conocimiento ni fundamento la existencia de organismos protectores de derechos humanos, se haga conciencia en la gente para que conozca sus de-

rechos y los exija, y que los medios de información no insistan en afirmar que la tutela de los derechos humanos es lo que "deja libres" a los delincuentes.

- Política criminológica. Actualmente, cuando uno de los principales problemas que afronta nuestro país es la inseguridad, esta disciplina ofrece una rica gama de posibilidades, sobre todo en materia de prevención de conductas antisociales y delictivas. Lamentablemente los servidores públicos y funcionarios, por desconocimiento o falta de verdadero interés, desdeñan a los especialistas en estas áreas y dan "soluciones" que no tienen base ni fundamento, por lo que no se logran resultados satisfactorios.

Debe insistirse en la necesidad de que autoridades y todos quienes intervienen en los ámbitos de la procuración y administración de justicia y sobre todo los legisladores, conozcan y apliquen los conocimientos que ofrece la política criminológica a fin de darle más atención a la prevención que a la represión, al aumento de penalidades y a la exagerada elaboración de leyes.

Cuadro 4 **Relaciones del derecho penal con otras ramas, ciencias y disciplinas.**



Actividades

1. Caracterice cada etapa de evolución del derecho penal y dé un ejemplo en cada caso, a fin de distinguir los periodos de evolución por los que ha pasado.
2. Esquematice cada escuela jurídico-penal, con sus representantes y postulados, señalando en qué artículo del *Código Penal Federal* se manifiesta su influencia.
3. Escriba un breve ensayo acerca de su postura personal respecto del pensamiento de la escuela jurídico-penal que acepta; exponga sus razones y fundamentos.
4. Diseñe un cuadro que contenga cada rama del derecho y otras ciencias no jurídicas; precise sus diferencias y relaciones con el derecho penal.
5. Proponga un caso en el que sea necesario aplicar el derecho penal, la criminología y la criminalística.
6. Organice un círculo de debate entre cinco alumnos como mínimo, para discutir sobre la política criminológica y el aumento en las penalidades contenidas en los códigos penales.

Autoevaluación

1. ¿Cuál es la definición de derecho penal?
2. ¿Por qué es necesario el derecho penal?
3. Precise la diferencia entre derecho penal objetivo, subjetivo, sustantivo y adjetivo.
4. ¿Qué se entiende por criminalística?
5. Cite las ramas del derecho con las que, en su opinión, se relaciona más estrechamente el derecho penal.
6. Establezca la diferencia entre derecho penal y criminología.
7. ¿Cuál es la finalidad del derecho penal?

Escriba dentro del paréntesis una *F* o una *V*, según se trate de una aseveración falsa o verdadera:

a) La ley del talión es una fórmula que se identifica con la etapa de venganza pública. ( )

b) Actualmente, el derecho penal mexicano se encuentra en el periodo humanitario. ( )

c) El derecho penal precortesiano se caracterizó por la suavidad de sus penas. ( )

d) El CPDF que rige actualmente es el de 1931. ( )

e) En el México independiente, la legislación era fragmentaria y dispersa. ( )

8. Correlacione las columnas siguientes de modo que anote en el paréntesis la letra que corresponda de la columna izquierda:

Escuelas	*Postulados*	
a) Clásica	El delito es el punto central de atención.	( )
b) Positiva	La pena debe ser proporcional a la peligrosidad.	( )
	Su método fue deductivo.	( )
c) Ecléctica	Lombroso fue uno de sus representantes.	( )
	Importa más la prevención que la represión.	( )
	Emplea el método inductivo.	( )
	Niega el libre albedrío.	( )
	Existe igualdad de derechos.	( )
	La responsabilidad es moral.	( )

9. Explique la diferencia que existe entre criminología y criminalística.

10. ¿Por qué es útil el estudio de la antropología para la materia penal?

11. ¿Qué escuela jurídico-penal sigue el actual CPDF?

12. ¿Por qué son importantes la psicología y la psiquiatría en el derecho penal?

2 Teoría de la ley penal

Como se manifestó al inicio de este libro, los elementos fundamentales en torno a los que gravita el estudio del derecho penal son la ley, el delito, el delincuente y la pena.

En este capítulo se estudiará la ley penal, constituida por las disposiciones o normas jurídicas que hacen posible la existencia de esta rama del derecho.

2.1 La ley penal

La ley penal es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad.

La creencia de que la ley penal es sólo el conjunto de normas contenidas en el código penal resulta falsa; es un espejismo, pues existen diversas normas penales insertas en distintos cuerpos legales, como la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, el *Código Fiscal de la Federación*, la *Ley de Vías Generales de Comunicación*, la *Legislación Aduanera*, la *Ley General de Salud,* etcétera.

También es común pensar erróneamente que sólo existe un código penal para toda la República, cuando en realidad, como ya señalamos, aunque el *Código Penal Federal* (CPF) se aplica en toda la República en el caso de los delitos federales, hay uno para cada entidad federativa, debido al sistema federal mexicano, y el *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF) es el aplicable a esta entidad en materia común.[1] Los delitos federales son los que afectan a la Federación (véase el art. 50 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*).

[1] Véase la nota a la cuarta edición.

Lo anterior nos lleva a concluir que en México tenemos 33 códigos penales.

Artículo 50. Los jueces federales penales conocerán:

I. De los delitos del orden federal.
Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los incisos *b)* a *l)* de esta fracción;
b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal;
c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;
d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;
f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, así como los cometidos contra el Presidente de la República, los secretarios del despacho, el Procurador General de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros, magistrados y jueces del Poder Judicial Federal, los miembros del Consejo de la Judicatura Federal, los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los miembros del Consejo General de Instituto Federal Electoral, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los directores o miembros de las Juntas de Gobierno o sus equivalentes de los organismos descentralizados;
h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;
i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;
j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;
k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal;
l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal, y
m) Los previstos en los artículos 366, fracción III; 366 ter y 366 quáter del Código Penal Federal, cuando el delito sea con el propósito de trasladar o entregar al menor fuera del territorio nacional.

II. De los procedimientos de extradición, salvo lo que se disponga en los tratados internacionales.
III. De las autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada.

Afirma César Augusto Osorio y Nieto que los delitos federales "son los previstos en los artículos 2o. a 5o. del *Código Penal Federal,* y 50, fracc. I, de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, o sean aquellas conductas que afectan los intereses fundamentales de la Federación: *estructura, funcionamiento y patrimonio*".[2]

2.2 Fuentes del derecho penal

Por *fuente* se entiende todo lo que da origen o hace posible el surgimiento de algo. De este modo, fuente del derecho será aquello que origina la creación de esta disciplina.

En general, las fuentes del derecho pueden ser reales, formales o históricas.

- Reales. Las fuentes reales son la causa que hace necesaria la creación de la norma; constituyen un acontecimiento que, en un momento dado, propicia el surgimiento de una norma jurídica, por ejemplo: el aumento en delitos sexuales (como la violación) ha hecho que el legislador incremente su punibilidad aunque ello no resulte eficaz. Otro ejemplo es el incremento en la violencia dentro del seno familiar, lo que ha hecho que se incluya en algunos códigos penales el tipo de violencia familiar (aunque sin éxito en la práctica, ya que la inclusión de este tipo penal no ha logrado disminuir la comisión de este delito).
- Formales. Las fuentes formales "son los procesos de creación de las normas jurídicas",[3] de modo que en el derecho mexicano son fuentes formales la ley, la jurisprudencia, la costumbre y, para algunos, también la doctrina y los principios generales de derecho.
- Históricas. Las fuentes históricas son los medios objetivos en los cuales se contienen las normas jurídicas, por ejemplo: los pergaminos o códices en que se encuentran antiguas normas o los bloques de piedra en que se hallan labradas las disposiciones legales correspondientes.

Por la naturaleza especial y delicada del derecho penal, sólo la ley puede ser fuente de él. Es común escuchar que la doctrina y la jurisprudencia son fuentes del derecho penal, pero ambas únicamente sirven para profundizar en él, para desentrañar el sentido de la norma, para aclarar las lagunas de la ley y, en general, para llevar a cabo una correcta interpretación de aquéllas.

[2] César Augusto Osorio y Nieto, *Delitos federales,* Porrúa, México, 1994, pág. 18.
[3] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho,* 49ª ed., Porrúa, México, 1998, pág. 51.

Las investigaciones de los doctrinarios y la jurisprudencia son útiles para que, en un momento dado, el legislador eleve a ley su contenido, con lo cual reformará las normas penales; pero en cualquier caso, sólo la ley es fuente del derecho penal.

Lo anterior es una consecuencia de lo que dispone la Carta Magna, en cuyo art. 14 establece la garantía de legalidad, conocida a través de las expresiones latinas *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley) y *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley).

Estos dogmas penales resumen la esencia del principio de legalidad.

2.3 Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal

Hay tres situaciones que producen confusión y error en lo que toca a la interpretación y aplicación de la ley penal, a causa de su indebido conocimiento doctrinal.

Noción de interpretación

Interpretar significa explicar, aclarar y entender lo que es oscuro y confuso.

Clasificación de la interpretación. Existen diversos criterios de clasificación respecto de la interpretación de la ley, los cuales se resumen de la manera siguiente:

a) Por su origen. La interpretación puede ser doctrinal, auténtica o judicial.

- Doctrinal. También se le conoce como *interpretación privada*, porque la realizan los particulares. Otros la llaman *científica*, cuando la llevan a cabo los estudiosos del derecho y los doctrinarios por medio de su obra escrita o de la palabra oral (conferencias, discursos, cátedras, etcétera).
- Auténtica. También se le conoce como *legislativa* y es la que realiza el legislador para precisar o aclarar la significación de la norma jurídica.
- Judicial. También conocida como *jurisdiccional* o *forense*, es la que llevan a efecto los juzgadores (juez, magistrado o ministro) con el fin de aplicar la norma jurídica a los casos concretos y con justicia, de manera que desentrañen el verdadero sentir del legislador cuando creó la norma.

b) Por el método. La interpretación puede ser histórica, gramatical, lógica, sistemática o analógica.

- Histórica. La interpretación histórica consiste en que la norma debe entenderse en relación con el momento en que se creó, considerando las circunstancias sociales, políticas y económicas prevalecientes en el lugar y el momento de su creación y, por último, entender el porqué y para qué de su origen.

  Si se quiere interpretar el art. 308, segundo párrafo, del CPF, que señala el duelo como circunstancia atenuante en los delitos de lesiones y homicidio, se deberá partir de la época en que se creó dicha norma y las características de la sociedad en ese periodo.

- Gramatical. La interpretación gramatical, conocida también como *interpretación filológica* o *literal*, consiste en esclarecer la norma, según el sentido estrictamente literal de la disposición. Se trata de encontrar el significado de la norma por medio de las palabras empleadas, precisando su significación y connotación dentro de la gramática. En los arts. 318 del CPF y 138, fracc. III, del CPDF se señala a la asechanza como uno de los medios para atacar a una persona, lo cual constituye la circunstancia agravante de alevosía en los delitos de lesiones y homicidio. Una correcta interpretación gramatical llevará a entender por qué el legislador empleó el término *asechanza* y no *acechanza* (el primero significa usar artificios o engaños para causar perjuicio a alguien, mientras que *acechar* significa vigilar u observar cautelosamente).

  Nótese cómo en el CPF el legislador emplea el vocablo *asechanza* y, en el CPDF, *acechanza*. Hay que insistir en la necesidad de que dentro de la formación de licenciados en derecho, como para cualquier otra área del saber y, a fin de lograr una correcta forma de comunicarse, es recomendable la consulta constante de un diccionario de la lengua española. Para todo estudiante y para quien ejerza la profesión en cualquier ámbito, es indispensable acudir en forma constante al *Diccionario de la lengua española,* de la Real Academia Española, o al *Diccionario de uso del español,* de María Moliner. Es muy penoso advertir la manera inadecuada en que muchos estudiantes, abogados, legisladores e incluso profesores escriben, máxime cuando, como es sabido, una letra, un signo de puntuación o simplemente un acento puede cambiar radicalmente el sentido de una expresión. En nuestra profesión, éste es un asunto muy delicado.

- Lógica. La interpretación lógica, también llamada *interpretación teleológica* o *racional*, parte de un análisis histórico, de modo que, de cierta manera, se funden la interpretación histórica y la lógica. Consiste en revisar las circunstancias imperantes en el momento en que se creó la norma, conocer la exposición de motivos respectiva y saber qué factores influían en la sociedad en aquel momento. Así podemos entender, por ejemplo, por qué surgió la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* o el tipo penal de violencia familiar.

- Sistemática. La interpretación sistemática implica conocer y comprender todo el cuerpo legal a que pertenece la norma por interpretar, para no considerarla aisladamente. Sin embargo, erróneamente los códigos penales establecen la regla de interpretar un vocablo "sólo para efectos" de ese código, de un capítulo o de un artículo; véanse los arts. 144, segundo párrafo, del CPDF y 265, segundo párrafo, del CPF, a manera de ejemplo.

  En dicha interpretación deben tenerse en cuenta las doctrinas, corrientes y escuelas que ejercieron influencia en la norma y la orientación jurídica del Estado.

- Analógica. La interpretación analógica consiste en interpretar la norma, de manera que se recurra a normas o casos similares entre sí, a fin de desentrañar su sentido. Es importante no confundir la interpretación analógica con la aplicación analógica.

c) Por sus resultados. La interpretación puede ser declarativa, extensiva, restrictiva o progresiva.

- Declarativa. En la interpretación declarativa coincide la voluntad de la ley con la letra de ésta, de modo que existe identidad entre el texto literal y la intención del legislador.
- Extensiva. En la interpretación extensiva, la intención de la ley es mayor que lo expresado en el texto, de manera que la letra es más restringida que la voluntad legal. El intérprete deberá encontrar lo que la ley quiere decir, sin excederse en su interpretación.
- Restrictiva. La interpretación restrictiva es lo contrario de la extensiva: el texto legal expresa más que lo pretendido por el legislador. En otras palabras: la letra va más allá de la voluntad legal.
- Progresiva. Algunos autores la llaman también *interpretación evolutiva*, como Porte Petit, quien al respecto expresa: "Consiste la interpretación progresiva o evolutiva en adaptar, adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes; interpretación que debe ser utilizada cuidadosamente, para evitar excederse de los límites señalados en la ley."[4] Una norma que no se adapta a los cambios sociales es anacrónica, obsoleta y, por tanto, ineficaz.

Resulta importante destacar que esta adecuación de la norma a la realidad no debe caer en el extremo de pensar que al promulgar leyes los problemas sociales se resuelven por arte de magia. Las leyes serán útiles si quienes las aplican lo hacen correctamente, pero sin perder de vista que, ante todo, hay que atacar las causas de los problemas sociales. Éste es uno de los principios y finalidades que persigue la criminología.

Erróneamente se cree que en materia penal está prohibida la interpretación; sin embargo, no es así, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia sirven al abogado y al juzgador para interpretar correctamente la ley cuando ésta no es clara. En efecto, al impartir justicia el juez no sólo *puede* interpretar la norma antes de aplicarla, sino que *debe* hacerlo.

[4] Celestino Porte Petit, *Apuntamientos a la parte general de derecho penal*, 16ª ed., Porrúa, México, 1998, pág. 124.

Aplicación

Aplicar la ley consiste en materializar el contenido de una norma jurídica determinada al caso concreto.

- Aplicación de la ley penal. Como se mencionó, existe confusión entre la interpretación analógica y la aplicación analógica. Esta última la prohíbe el art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), no así la interpretación analógica, conforme al principio de legalidad.
- Aplicación analógica. Aplicar analógicamente una pena consiste en imponer una sanción por un delito no previsto en la ley simplemente por analogía (semejanza) con otro delito, lo cual es violatorio de la garantía constitucional de legalidad aludida.

Ignorancia de la ley penal

En principio, se sabe que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento; así, será merecedor de una pena quien incurra en un delito, aun cuando ignorase que existía. No obstante, el art. 52 del CPF y el 72 del CPDF otorgan al juez la facultad de considerar, entre otras, la educación, la ilustración, los usos y costumbres del grupo étnico y otras circunstancias para la correcta aplicación de la pena, la cual podrá imponer a su criterio, valorando esas circunstancias. Para ello, normalmente tendrá un margen variable entre un mínimo y un máximo, a fin de aplicar la sanción a cada delito de una manera más justa y equitativa.

Cuadro 5 **Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal.**

Interpretación	Por su origen	Doctrinal (privada o científica) Auténtica (legislativa) Judicial (jurisdiccional o forense)
	Por el método	Histórica Gramatical (filológica o literal) Lógica (teleológica o racional) Sistemática Analógica
	Por sus resultados	Declarativa Extensiva Progresiva (evolutiva) Restrictiva
Aplicación		Principio de legalidad: para aplicar una norma, ésta debe existir previamente Analógica: prohibida por el art. 14 de la CPEUM
Ignorancia		La ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento El juez valorará las circunstancias del hecho con base en los arts. 51 y 52 del CPF y 70 a 74 del CPDF.[5]

[5] *Cfr.* Fernando Castellanos Tena, *op. cit.*

2.4 Ámbitos de validez de la ley penal

Con este tema se trata de precisar los alcances y límites de la ley penal. Primero, ante un problema concreto, se debe saber cuáles son las normas aplicables (ámbito material); después, precisar desde qué momento y hasta cuándo está vigente la norma (ámbito temporal); luego, determinar en qué demarcación geográfica o espacio físico tiene aplicación la norma (ámbito espacial) y, por último, saber a quién o a quiénes se aplica (ámbito personal).

Material

Para entender el problema referente a este ámbito de validez de la ley penal, hay que distinguir tres órdenes desde los cuales puede contemplarse la aplicación de la norma:

- Común, local u ordinario.
- Federal o excepcional.
- Militar o castrense.

- Orden común. También se conoce como *local* u *ordinario*. Como se ha expresado, debido al sistema federal mexicano cada entidad federativa legisla en materia penal; así, existirán delitos y normas procesales con diversas características, según el estado donde ocurran aquéllos.

  Por regla general, puede decirse que pertenece al fuero común lo no reservado especialmente a la Federación. Dicho de otra manera, todos los delitos son comunes, menos los que expresamente y, por excepción, la ley determina como federales.
- Federal. Aquí quedan comprendidos los delitos que afectan directamente a la Federación. Se llaman *delitos federales* los establecidos en el art. 50 de la LOPJF. El art. 1o. del CPF establece que dicho código se aplicará en toda la República para los delitos de orden federal.
- Militar. También se llama *castrense* y rige las relaciones del cuerpo armado. Existe una legislación especial, que es el *Código de Justicia Militar* (CJM), en el cual se señalan los delitos y las penas correspondientes a los miembros del ejército. Algunos delitos del fuero militar son: desobediencia, abuso de autoridad, insubordinación, falsa alarma, traición a las fuerzas armadas mexicanas, deserción e insumisión, sedición, espionaje, rebelión, asonada, abandono de servicio, pillaje, devastación, merodeo, contrabando y duelo, entre otros. Cabe mencionar que la pena de muerte estuvo prevista en el art. 143 del CJM, precepto que fue derogado el 29 de junio de 2005.

  Por su parte, la Constitución Política otorga dichas facultades y reconoce esa autonomía al fuero militar (arts. 5o., 10 y 13, entre otros).

Temporal

¿Cuándo es aplicable una norma penal? La respuesta más concreta consiste en afirmar que es aplicable sólo durante su vigencia, lo cual implica que lo es desde el inicio de ésta (publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, gaceta oficial de la entidad o fecha señalada expresamente) y hasta que se deroga la norma o se abroga la ley, de modo que ni antes ni después podrá aplicarse.

Un problema controvertido en torno a dicho punto es la retroactividad de la ley. En principio, ninguna ley puede aplicarse retroactivamente, o sea, ninguna ley puede aplicarse respecto de un hecho ocurrido antes del surgimiento de la norma.

Sin embargo, debe entenderse que tal prohibición, de conformidad con el art. 14 constitucional, se impone siempre que sea "en perjuicio de persona alguna". De esa manera, la ley podrá aplicarse retroactivamente cuando resulte en beneficio del inculpado o sentenciado. Fundamentación de ello es el art. 56 del CPF, así como los preceptos 10 y 121 del CPDF, los cuales señalan que será aplicable la ley más favorable al inculpado o sentenciado.

Espacial

La ley debe aplicarse en el espacio territorio donde fue creada, pues emana en virtud de la soberanía de cada Estado; por tanto, debe tener aplicabilidad en su propio territorio, y no en otro.

Principios. En cuanto al ámbito espacial de la ley penal, existen varios principios: de territorialidad, extraterritorialidad, personal, real y universal.

- De territorialidad. El CPF establece en su art. 1o. este principio, al señalar que se aplicará en toda la República, por los delitos del fuero federal. El art. 7o. del CPDF, por su parte, recoge este principio en lo referente al ámbito local.
- De extraterritorialidad. Este principio supone que, en ciertas situaciones, la ley mexicana puede aplicarse fuera del territorio nacional, como en el caso previsto por los arts. 2o., fracc. II, 4o. y 5o. del CPF. A tal principio hace referencia el art. 8o. del CPDF.
- Personal. Este principio atiende a la persona en sí, aspecto que determinará la aplicación de la ley, como lo dispone el art. 4o. del CPF cuando hace referencia a la nacionalidad de los sujetos activo y pasivo, y en el CPDF es el art. 12 el que prevé este principio, haciendo referencia a la noción de imputabilidad, pues establece la edad de 18 años como mínima para fincar responsabilidad penal.
- Real. Tal principio se refiere a los bienes jurídicamente tutelados; en atención a ellos, se determina el Estado que debe sancionar al delincuente.
- Universal. Según este principio, todas las naciones deben tener el derecho de sancionar al infractor de la ley.

El principio que rige en el sistema jurídico mexicano es el de territorialidad, y sólo excepcionalmente sigue otros.

Dentro del ámbito espacial surgen dos figuras de gran interés: la extradición y la expulsión.

Extradición. Es la entrega que hace un Estado a otro de un acusado o condenado que se ha refugiado en aquél. Al respecto, suele hacerse una clasificación, más didáctica que real, pero que muestra con claridad la función de la extradición:

- Activa. Se refiere al que solicita la entrega del delincuente.
- Pasiva. Tiene lugar según el país que hace la entrega del delincuente (país donde se refugió el sujeto).
- Espontánea. La aplica el país donde se encuentra el delincuente, sin ser requerido.
- Voluntaria. El propio delincuente se entrega a su Estado de origen.
- De paso o tránsito. Es el permiso que otorga un Estado por el hecho de que el delincuente pase por su territorio, al dirigirse al Estado donde cometió el delito, en virtud de la extradición.

Por último, cabe aclarar que la extradición ocurre en el plano tanto interno (nacional) como externo (internacional). En este último caso se rige por los tratados internacionales en que los Estados son parte y por las disposiciones de la *Ley de Extradición Internacional*.

Expulsión. Consiste en que un Estado puede expulsar a los extranjeros bajo determinadas circunstancias. El art. 33 constitucional, en su párrafo segundo, establece: "El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención."

Como se advierte, la extradición y la expulsión son figuras diferentes, aunque suelen confundirse, lo que conduce a serios errores.

Personal

En este aspecto, la validez de la ley penal atiende a la persona a quien va dirigida; por supuesto, parte del principio de igualdad de todos los hombres ante la ley.

Igualdad de todos ante la ley. Antiguamente no prevalecía esta consideración, de modo que se efectuaban distingos absurdos e incluso injustos, cuando se examinan épocas en que existía la servidumbre, la esclavitud, etc. En épocas pretéritas, las desigualdades ocurrían en función de criterios diversos: por la condición natural (sexo, edad, color, raza, etc.); en ciertas civilizaciones, las deformaciones físicas hacían que la ley se aplicara con mayor rigor a quienes habían tenido la desgracia de padecerlas o según las condiciones sociales (castas, siervos, esclavos; cargos públicos, títulos nobiliarios, etcétera).

En la literatura española se percibe claramente lo anterior: en *Fuenteovejuna*, de Lope de Vega, el pueblo unido ocultó la identidad del asesino del comendador, por haber considerado que la muerte de éste era un acto justo. Sin embargo, ante la maldad de aquél y su prepotencia, los reyes españoles manifestaron su disgusto, no tanto porque el pueblo le hubiera privado de la vida, sino por haberlo hecho en forma y condiciones que no correspondían a las calidades de un comendador, pues se le mató de la manera que solía hacerse cuando se trataba de plebeyos, de gente vulgar del pueblo y no de acuerdo con su rango. Estos distingos provenían de la ley, que señalaba formas diversas de tratamiento, según la persona de quien se tratara.

Con la Revolución francesa, concretamente a raíz de la *Declaración de los Derechos del Hombre*, fue universal considerar en estado de igualdad a todos los seres humanos, de modo que pocos pueblos aún conservan aquellos distingos lamentables.

La Constitución mexicana, en el art. 2o., establece ese principio de igualdad, prohíbe la esclavitud y considera libre al esclavo extranjero que entra en el país.

Por su parte, en el art. 12 constitucional se declara que no se considerarán títulos de nobleza, prerrogativas ni honores hereditarios, e incluso se desconocen los concedidos en otros países.

Otro precepto relacionado con este tema es el art. 13 constitucional, que prohíbe la creación de leyes privativas y de tribunales especiales, con lo que establece un trato igual a los ciudadanos.

Excepciones al principio de la igualdad. Existen situaciones especiales en las que este principio deja de tener aplicación, las cuales, como se verá, se justifican plenamente: *a*) en el derecho interno, la declaración de procedencia, y *b*) en el derecho internacional, la inmunidad.

a) En el derecho interno. Se presenta un caso en el que a determinados servidores públicos, ante la comisión de un delito, se les da un tratamiento especial, derivado de su función ante el Estado. Antes de la reforma constitucional de 1982 se le llamaba *fuero*.

La responsabilidad de los servidores públicos da lugar al castigo correspondiente, previo juicio político, en vez de seguirse el procedimiento que correspondería a cualquier ciudadano.

Para precisar dicha figura es necesario recurrir a los preceptos de la Constitución siguientes: 108, 109, 110, 111 a 114, así como a los relativos del CPF por cuanto hace a los delitos cometidos o a la ley especial infringida.

b) En el derecho internacional. Existe la institución de la inmunidad, prerrogativa que se concede a los diplomáticos de otros países que se encuentran en el territorio nacional en el desempeño de sus funciones. Su razón de ser consiste en garantizar el debido cumplimiento de dichas funciones y evitar obstáculos,

impedimentos e incluso falsas acusaciones, que trascenderían en desprestigio internacional.

En tal aspecto, se debe estar a lo dispuesto en tratados internacionales. Si el delito de que se trata no se halla previsto en la legislación penal interna, pero sí en un tratado internacional, se estará al señalamiento del art. 6o. del CPF, que prevé la aplicación de un tratado internacional en el que México haya sido parte y lo haya ratificado.

2.5 Concurso, conflicto o concurrencia de normas penales

En ocasiones, respecto de un mismo comportamiento humano que transgrede algún bien jurídico tutelado, parecen coexistir varias normas que podrían ser aplicables. Esto se conoce como concurso aparente de normas, tipos o leyes o concurrencia de normas incompatibles entre sí. Lo expresa con mucha claridad Francisco Pavón Vasconcelos, cuando dice: "Se afirma la existencia de un concurso aparente de normas penales cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo."[6]

Esta situación es frecuente cuando en un hecho delictivo parecen coincidir varias normas penales semejantes. El problema consiste, en estos casos, en elegir cuál norma o ley es la exactamente aplicable. Para resolver esta problemática se han elaborado determinados principios que pretenden, cada uno, dar solución. Estos principios son el de especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y alternatividad.

- Principio de especialidad. Resuelve el problema basándose en el carácter de la norma con prevalencia de su calidad especial; la ley especial está por encima, prevalece y excluye a la general. Un ejemplo podría ser el siguiente: si una persona se apodera de un órgano humano de manera indebida, esto es, sin tener derecho, podría presentarse el concurso aparente de leyes; por un lado parecería que se está en presencia del tipo penal de robo previsto en el CPF o en algún código penal local, pero también podría tratarse de una violación a disposiciones previstas en la *Ley General de Salud* (LGS). De acuerdo con este principio, la ley aplicable sería la LGS.
- Principio de consunción o absorción. Resuelve el problema aplicando la regla que establece que la norma más amplia absorbe a la de menor amplitud. Un ejemplo sería que cuando una persona herida muere, la norma aplicable será la correspondiente a homicidio y no la que prevé el delito de lesiones.
- Principio de subsidiaridad. Consiste en establecer que la norma principal excluye a la subsidiaria. Existen varias opiniones al respecto, pues en ocasiones no es fácil

[6] Francisco Pavón Vasconcelos, Derecho penal mexicano, Porrúa, México, 2006, pág. 181.

determinar cuál es la norma principal y cuál la subsidiaria. El criterio que prevalece es el que considera el menor o mayor daño causado al bien jurídicamente tutelado. Por ejemplo, en el robo, la mayor o menor cuantía, o en lesiones, la más grave respecto de una menos grave.

- Principio de alternatividad. Se presenta cuando las normas en conflicto tutelan idéntico bien jurídico, pero los elementos típicos son distintos. Un ejemplo podría ser el delito de lesiones con el de violencia familiar. Debe aclararse que hay códigos penales que ubican a la violencia familiar dentro del título de delitos contra la vida, mientras que otros lo colocan dentro de tipos contra la familia.

Como bien señala Francisco Pavón Vasconcelos en la obra referida, el art. 13 del CPDF hace referencia al concurso aparente de normas. Pese a que este artículo podría ser la solución a esta problemática, en ocasiones resulta muy difícil determinar cuál es la norma que debe prevalecer. Incluso, considero que a veces, de manera injusta aunque legal, el legislador señala en la propia norma que será aplicable la pena señalada en dicho artículo "independientemente" de la que corresponda por otro delito (aquí estaríamos en presencia de una acumulación, que en lo personal considero injusta).

Tal es el caso de lo que previene el art. 200 del CPDF, que establece: "… Se le impondrá de seis meses a seis años de prisión, … independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito." Debe tenerse cuidado de no confundir el concurso aparente de normas con el concurso de delitos (ideal o formal y real o material).

Por último, considero oportuno destacar la opinión del tratadista español Miguel Polaino Navarrete en relación con la norma jurídico-penal y la función del Estado, cuando afirma: "… la función de los Estados modernos no puede ser *imponer* una determinada conducta a sus ciudadanos, muchas veces convertidos en (o tratados como) súbditos. Para explicar la esencia de la norma es preciso acudir a su estructura dinámica y a su esencia funcional." Afirma también que la norma jurídica debe ser un "criterio orientador de conductas" y ser un medio asegurador de expectativas sociales.[7]

[7] Miguel Polaino Navarrete, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Porrúa, México, 2001, págs. 350-353.

Cuadro 6 **Ámbitos de validez de la ley penal.**

Validez de la ley penal

- Material
  - Común, local u ordinario
  - Federal o excepcional
  - Militar o castrense
- Temporal
  - Vigencia de la ley
  - Prohibición de retroactividad en perjuicio
- Espacial
  - Principios
    - De territorialidad
    - De extraterritorialidad
    - Personal
    - Real
    - Universal
  - Extradición
    - Activa
    - Pasiva
    - Espontánea
    - Voluntaria
    - De paso o tránsito
  - Expulsión
- Personal
  - Igualdad de todos ante la ley
  - Excepciones
    - Derecho interno: declaración de procedencia (fuero)
    - Derecho internacional: inmunidad

Actividades

1. Defina todas las fuentes del derecho, establezca sus diferencias y proponga un ejemplo de cada una.
2. En cinco cuerpos legales, seleccione cinco conductas consideradas como delitos.
3. Idee un caso práctico, en el cual señale en qué consistiría la atipicidad.
4. Identifique un dogma penal con algún precepto legal.
5. Seleccione un artículo del CPF y otro del CPDF y explique cómo puede ser interpretado para aplicarse, precisando qué criterio de interpretación siguió.
6. Elabore un cuadro que contenga los preceptos de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* del CPF y del CPDF que hagan referencia a la interpretación, aplicación e ignorancia de la ley.
7. A partir de la lectura del tema, sintetice cada uno de los criterios que existen acerca de los ámbitos de validez de la ley penal.
8. Proponga diversos ejemplos respecto de cada ámbito de validez, para ilustrar su aplicabilidad.
9. Analice los arts. 1o. al 6o. del CPF; en cada caso precise los principios que siguen respecto del ámbito de validez espacial.
10. Organicen un debate en equipos de tres alumnos para confrontar opiniones y argumentos respecto del tema "Interpretación de la norma penal".

Autoevaluación

1. Defina los términos siguientes: ley, jurisprudencia, costumbre, equidad, doctrina, dogma, tipicidad y atipicidad.
2. Explique cinco dogmas penales que conozca.
3. ¿Qué se entiende por interpretación de la ley?
4. ¿Cuál es la diferencia entre interpretación y aplicación de la ley?
5. ¿Qué se entiende por interpretación analógica?
6. ¿Cuáles son y en qué consisten los criterios de clasificación y de interpretación de la ley?

Coloque una *V* o una *F* entre el paréntesis, según se trate de una aseveración verdadera o falsa:

a) En la legislación penal mexicana está prohibida la interpretación analógica. ( )

b) La ignorancia de la ley excusa su cumplimiento. ( )

c) Sólo el juez puede interpretar la ley. ( )

d) La imputabilidad se presenta a los 16 años de edad. ( )

e) La extradición está prohibida en México. ( )

f) La retroactividad, aun en beneficio, se encuentra prohibida en la legislación penal mexicana. ( )

7. Precise y explique cada ámbito de validez de la ley penal.
8. Distinga los principios que rigen en cuanto al ámbito espacial.
9. Mencione los casos de excepción que contempla la legislación penal mexicana en cuanto a los ámbitos de validez.
10. Establezca la diferencia entre expulsión y extradición.
11. Explique la retroactividad en materia penal.
12. Determine la distinción entre fuero e inmunidad.
13. Precise cuáles son las excepciones al principio de igualdad.

3 Teoría del delito

Para hacer un estudio completo del delito, hay que empezar por tratar un tema que algunos identifican como *elementos típicos*, esto es, elementos que contiene el tipo penal, y que otros conocen como *presupuestos del delito*. De esta manera tenemos que elementos típicos son cada uno de los elementos contenidos en la descripción típica. Básicamente son los sujetos (activo y pasivo), la conducta típica, los medios de ejecución de dicha conducta (cuando el tipo los exige), los objetos (material y jurídico), y en ocasiones el tipo contempla un elemento típico normativo (es la antijuridicidad expresada en fórmulas como: "a quien indebidamente", "injustamente", "sin derecho", etc.) y un elemento subjetivo (es la intención específica o el conocimiento de una circunstancia, expresado en frases como: "a quien con la intención de…", "a quien con conocimiento de…"). Los autores que conocen estos elementos como presupuestos del delito los subdividen en:

- Presupuestos básicos generales. Son circunstancias o situaciones que deben existir antes de la comisión del delito. Son: la norma penal, el sujeto activo, el pasivo, el bien jurídicamente tutelado y el objeto material.
- Presupuestos básicos especiales. Son elementos específicos que en ocasiones exige la norma, para la debida integración del tipo penal. Por ejemplo, en el delito de aborto, el presupuesto básico especial es el embarazo, pues de no haber un embarazo no podrá cometerse un aborto.

3.1 Sujetos del delito

En derecho penal se habla constantemente de dos sujetos que son los protagonistas del mismo: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Sujeto activo

Es la persona física que comete el delito; se llama también *delincuente*, *agente* o *criminal*. Este último vocablo es el que maneja la criminología.

Es conveniente afirmar, desde ahora, que el sujeto activo es siempre una persona física, independientemente del sexo, la edad (la minoría de edad da lugar a la inimputabilidad, que se verá en capítulo aparte), la nacionalidad y otras características. Cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calidades o características especiales que se requieren para ser sujeto activo; sólo la mujer embarazada podrá ser activo de aborto procurado; únicamente del descendiente o ascendiente consanguíneo en línea recta, los cónyuges, la concubina, concubinario, hermanos, adoptante o adoptado, pueden serlo en homicidio en razón del parentesco o relación, etcétera.

Los demás aspectos relativos al sujeto activo se verán al abordar la teoría del delincuente.

Nunca una persona moral o jurídica podrá ser sujeto activo de algún delito; cabe mencionar que, en ocasiones, aparentemente es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y, en todo caso, ejecutó el delito. Sólo la persona física puede ser imputable y culpable.

Los arts. 13 del CPF y 22 del CPDF señalan quiénes pueden ser responsables de los delitos. Sólo lo son las personas físicas, en ambos códigos, aunque en el local (art. 32) se introduce la noción "consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas morales", pero ello no quiere decir que se trate de una pena para la persona jurídica.

(Analícense detalladamente todas las fracciones del referido precepto, para precisar por qué una persona jurídica o moral nunca podrá ser sujeto activo.)

Sujeto pasivo

Existe una clasificación del sujeto pasivo en: impersonal y personal.

- Sujeto pasivo impersonal. Tiene lugar cuando el delito recae en una persona jurídica o moral. Por ejemplo: robo a una sociedad anónima.
- Sujeto pasivo personal. Ocurre cuando el delito recae en una persona física. Por ejemplo: lesiones.

Sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general, se le denomina también *víctima* u *ofendido*, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la nación, entre otros. Estrictamente, el ofendido es quien resiente el delito en forma indirecta; por ejemplo, los familiares del occiso.

En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quién puede

serlo y en qué circunstancias; por ejemplo, en el aborto, sólo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

Esquemáticamente, en el cuadro 7 se muestra cuándo el sujeto pasivo puede ser cualquier persona y en qué delitos existen calidades especiales para serlo.

Cuadro 7 **Sujeto pasivo.**

Cualquier persona	Determinadas personas
Homicidio	Homicidio en razón del parentesco o relación
Robo	Parricidio e infanticidio en las legislaciones que aún los contemplan
Violación genérica	Aborto
Fraude genérico	Estupro
Lesiones	Abandono del cónyuge, de los hijos, o ambos
Abuso sexual	Violación ficta o equiparada
Amenazas	Violencia familiar
Despojo	Feminicidio

También, en algunos delitos como el robo se puede establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito.

- De la conducta. Es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo; es a quien le quitan el dinero.
- Del delito. Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado, por ejemplo: si un empleado lleva al banco una cantidad de dinero de su jefe para depositarlo y es robado en el autobús, el sujeto pasivo de la conducta será el empleado y el pasivo del delito el jefe, quien es el afectado en su patrimonio.

También existe el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del proceso; este último es el enjuiciado.[1]

Actualmente, la victimología se ocupa de estudiar a la víctima y llega a conclusiones muy importantes, que son de interés invaluable para el derecho penal, como su clasificación, el grado de "participación" o provocación, las características psicológicas, la cifra negra (o sea, la cantidad de delitos que realmente se cometen pero que no se denuncian y, por tanto, la autoridad no tiene conocimiento de ellos), el tratamiento, la ayuda institucional y muchos otros aspectos que han despertado el interés de los estudiosos del derecho penal y de las autoridades.

Si se ahonda en el estudio de la víctima del delito, se advertirá hasta qué punto ha sido olvidada, tanto por el Estado como por la sociedad en general y, a veces,

[1] *Cfr.* Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 1996.

incluso por su propia familia. En una breve mirada a la legislación (CPEUM) se observará cómo existen más derechos y beneficios para el inculpado que para la víctima.

Elías Neuman, Hilda Marchiori, María de la Luz Lima Malvido y Luis Rodríguez Manzanera son algunos de los especialistas que con más interés se han ocupado del tema de atención a la víctima del delito.

3.2 Objetos del delito

En derecho penal se distinguen dos tipos de objetos: el material y el jurídico.

Material

El objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa.

Cuando se trata de una persona física, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material; esto ocurre en delitos como homicidio, lesiones, difamación, violación y estupro, entre otros. En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, es al mismo tiempo el sujeto pasivo del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material es la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc.; por ejemplo, en el robo, la cosa mueble ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales y en el daño en propiedad ajena y fraude, los muebles o los inmuebles, indistintamente.

Es muy común, cuando se comienza a estudiar derecho penal, confundir el "objeto material" del delito con el "instrumento" del delito; este último, por ejemplo, es el arma con la cual se privó de la vida en homicidio, o bien, el psicotrópico transportado, en el delito contra la salud pública en su modalidad de transportación.

Jurídico

El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley.

El derecho penal, en cada figura típica, tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.

Al derecho le interesa tutelar o salvaguardar la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos de homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidio en razón del parentesco o relación, con lo cual pretende proteger la vida humana. Se ha cuestionado si en el producto de la concepción hay una vida que proteger, para así justificar o no la tutela penal en el aborto o su completa despenalización. Los avances en la ciencia médica han demostrado que sí hay vida humana desde la formación de un nuevo ser al fecundarse el óvulo por el espermatozoide, e incluso,

por medio de estudios de ultrasonido, se pueden detectar los latidos cardiacos y determinar signos vitales en el feto. Para el CPDF la tutela penal inicia a partir de la decimosegunda semana de gestación.

Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. Recuérdese que justamente en razón de este criterio, los códigos penales clasifican los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídicamente tutelado). Cada título de los códigos agrupa los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado.

Algunos de los principales bienes jurídicos son la vida humana, la libertad física; la libertad, la seguridad y el normal desarrollo psicosexual, la integridad física o corporal (salud individual), el patrimonio, la salud pública, la seguridad de la nación, etcétera.

Cuadro 8 **Objetos del delito.**

Delito	Objeto material	Objeto jurídico
Homicidio	Persona física	La vida
Robo	Cosa mueble ajena	El patrimonio
Abuso sexual	Persona física	La libertad, seguridad y el normal desarrollo psicosexual
Abuso de confianza	Cosa mueble ajena	El patrimonio
Abandono del cónyuge o hijos	El cónyuge, los hijos, o ambos	La vida o la integridad personal (en peligro)
Aborto	Producto de la concepción	La vida
Despojo	Inmuebles, aguas y derechos reales	El patrimonio
Lesiones	Persona física	La integridad física

3.3 Formas de manifestación del delito

En esta sección se analizarán las formas en que puede darse el delito, es decir, los casos en los cuales surgen varios resultados típicos, de manera que se presenta el problema de determinar si se produjeron varios delitos o si se trata sólo de uno.

En la práctica dicho aspecto es muy importante porque a partir de su conocimiento adecuado se podrá resolver cuándo un delito subsiste solo, aisladamente, y cuándo hay acumulación o absorción.

También se estudiará la vida o desarrollo del delito, desde su ideación en la mente del delincuente hasta su consumación.

Concurso de delitos

El concurso es el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y su resultado; es la concurrencia o pluralidad de conductas, de resultados típicos o de ambos.

En principio, una sola conducta produce un solo resultado, pero hay dos casos en los cuales se presentan dos figuras que constituyen el concurso de delitos: *a*) ideal o formal, y *b*) real o material.

Ideal o formal. El concurso ideal o formal ocurre cuando con una sola conducta se producen varios resultados típicos (delitos), en cuyo caso se dice que existe *unidad de acción* y *pluralidad de resultados*.

El art. 18, primera parte, del CPF, y el 28, primer párrafo, del CPDF, contemplan el concurso ideal o formal. Un ejemplo de ese tipo de concurso sería el de quien con la única conducta de colocar un explosivo en un banco, produce lesiones, homicidios y daños en propiedad ajena.

- Regla para sancionar el concurso ideal o formal. El art. 64 del CPF señala: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero [...]." El art. 79 del CPDF se refiere a la aplicación de la sanción en caso de concurso ideal.

Real o material. El concurso real o material se presenta cuando con varias conductas se producen diversos resultados. En este caso existen *pluralidad de conductas* y *pluralidad de resultados*, por ejemplo: un sujeto entra en un bazar de antigüedades y destruye piezas de gran valor, roba dinero al dueño y lesiona a la empleada. Este tipo de concurso se encuentra previsto en los arts. 18, segunda parte, del CPF, y 28, segundo párrafo, del CPDF.

- Reglas para sancionar el concurso real o material. El segundo párrafo del art. 64 del CPF y el 79, segundo párrafo, del CPDF.

Al estudiar los delitos en particular se precisará en cada caso cuándo puede presentarse el concurso ideal, en qué delitos puede presentarse el material y cuándo un delito absorbe al otro, de acuerdo con lo tratado en el capítulo anterior en el tema de Concurso aparente de normas.

En el cuadro 9 se muestran esquemáticamente las figuras del concurso de delitos, para comprenderlas con mayor facilidad.

Desarrollo, vida o evolución del delito (iter criminis)

El delito tiene un desarrollo, un origen y evolución. Generalmente, cuando se produce ha pasado por diversas fases o etapas, cuya importancia radica en la punibilidad, que podrá variar o, en definitiva, no existir. Dicho desarrollo, camino o vida del delito se conoce como *iter criminis*. Es un grave error escribir *inter criminis*, pues *inter* significa entre, en tanto que *iter* se refiere a recorrido, camino, etcétera.

Cuadro 9 **Concurso de delitos.**

Concurso ideal o formal

Unidad de acción

Colocar un explosivo

Arts. 18, 1ª parte, y 64, 1er párrafo, CPF; 28, 1er párrafo, y 79, 1er párrafo, CPDF

Pluralidad de resultados

- Lesiones
- Homicidios
- Daño en propiedad ajena

Concurso real o material

Pluralidad de acción

- **Primera conducta** → Daño en propiedad ajena
- **Segunda conducta** → Robo
- **Tercera conducta** → Lesiones

Pluralidad de resultados

Arts. 18, 2ª parte, y 64, 2º párrafo, CPF; 28, 2º párrafo, y 79, 2º párrafo, CPDF

Fases del *iter criminis.* Antes de producirse el resultado, en el sujeto activo surge la idea o concepción del delito. Se ha puntualizado que la ley castiga la intención sólo cuando se exterioriza de forma objetiva en el mundo externo; sin embargo, es necesario conocer ese recorrido del delito, aun esa fase interna, para comprenderlo mejor.

El *iter criminis* consta de dos fases: interna y externa.

A. *Fase interna.* Se constituye por el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo y abarca, a su vez, las etapas siguientes: ideación, deliberación y resolución.

a) Ideación. Es el origen de la idea criminal, o sea, cuando la concepción intelectual de cometer el delito surge por primera vez en la mente del delincuente.

b) Deliberación. La idea surgida se rechaza o acepta. El sujeto piensa en ella, de modo que concibe las situaciones favorables y desfavorables. Así, en el interior del sujeto se desata una pugna entre valores distintos.

c) Resolución. El sujeto decide cometer el delito, o sea, afirma su propósito de delinquir, o bien, rechaza la idea definitivamente.

La fase interna tiene más importancia para la criminología que para el derecho penal, el cual no sanciona esta fase.

A la criminología le interesa conocer los antecedentes mediatos del agente, y al derecho penal, los inmediatos. A la criminología le interesa conocer los factores más lejanos en el tiempo a la conducta criminal, y al derecho penal, los factores más cercanos, los detonantes o desencadenantes. A fin de lograr una verdadera prevención, debe darse más importancia a la criminología.

B. *Fase externa.* Surge al terminar la resolución y consta de tres etapas: manifestación, preparación y ejecución.

a) Manifestación. La idea aparece en el exterior, es decir, la idea criminal emerge del interior del individuo. Esta fase no tiene todavía trascendencia jurídica, ya que sólo se manifiesta la voluntad de delinquir; pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.

b) Preparación. Se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia, no revelarán la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos.

c) Ejecución. Consiste en la realización de los actos que dan origen propiamente al delito. Ahí se pueden presentar dos situaciones: tentativa y consumación.

- Tentativa. Se conforma por los actos materiales tendentes a ejecutar el delito, de modo que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Puede ocurrir mediante actos positivos (hacer) o negativos (abstenciones u omisiones).

  La tentativa es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y, puesto que denota la intención delictuosa, se castiga. Al respecto, el CPF ha establecido:

  > **Artículo 12.** Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

La propia ley penal precisa que el juez deberá tener en cuenta la temibilidad y el grado a que hubiere llegado el probable activo.

El art. 20 del CPDF hace referencia a la tentativa punible.

Conforme al art. 63 del CPF, en caso de tentativa se impondrá hasta dos terceras partes de la sanción que debería imponerse de haberse consumado el delito, y si se trata de delito grave, nunca una pena menor del mínimo, y puede

llegar hasta las dos terceras partes de la máxima. El art. 78 del CPDF establece la punibilidad en la tentativa o delito tentado y establece que el juez tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se hubiera puesto al bien jurídico protegido.

Es posible distinguir entre tentativa acabada y la inacabada.

- *Acabada*. También se llama *delito frustrado* y consiste en que el sujeto activo realiza todos los actos encaminados a producir el resultado, sin que éste surja, por causas ajenas a su voluntad.
- *Inacabada*. Conocida igualmente como *delito intentado*, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual éste no ocurre. Se dice que hay una *ejecución incompleta*.

No todos los delitos admiten la posibilidad de que se presente la tentativa, como por ejemplo el abandono de personas, el derogado delito de disparo de arma de fuego y el abuso sexual, entre otros.

Especialmente interesante resulta el análisis que hace Rodolfo García García cuando explora la problemática que plantea la tentativa del delito imposible.[2] Otras figuras relacionadas con el tema son el desistimiento y el delito imposible.

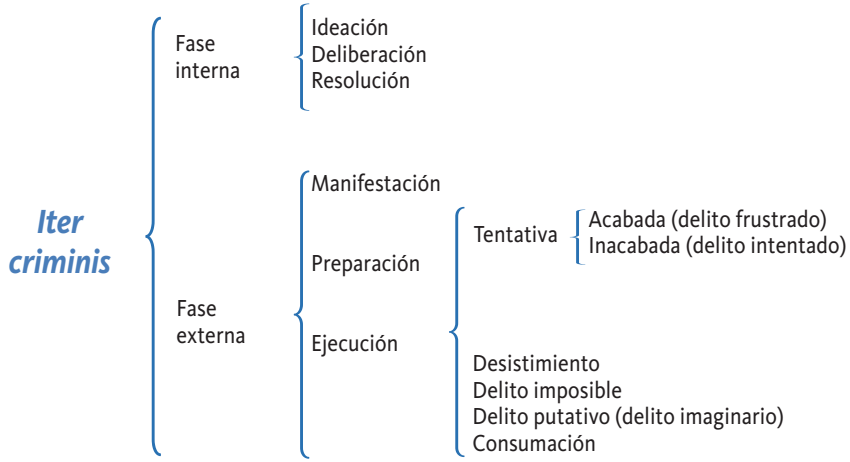
- *Desistimiento*. Cuando el sujeto activo suspende espontáneamente los actos tendentes a cometer el delito o impide su consumación, por tanto, no se le castiga.
- *Delito imposible.* El agente realiza actos encaminados a producir el delito, pero éste no surge por no existir el bien jurídico tutelado, por no ocurrir el presupuesto básico indispensable o por falta de idoneidad de los medios empleados; por ejemplo, quien desea matar a *X* le dispara, pero *X* ya estaba muerto, o bien, alguien pretende hacer abortar a una mujer, pero ésta no se encuentra embarazada.
- *Delito putativo.* También llamado *delito imaginario*, consiste en actos tendentes a cometer lo que el activo cree que es un delito, pero que en realidad no lo es. Por ejemplo, un joven con ánimo de perjudicar un muro lo pinta con graffiti, sin saber que dicho muro acaba de ser destinado por las autoridades para que los chicos de la zona practiquen sus técnicas de graffiti en él.

El art. 21 del CPDF hace referencia al desistimiento y al arrepentimiento.

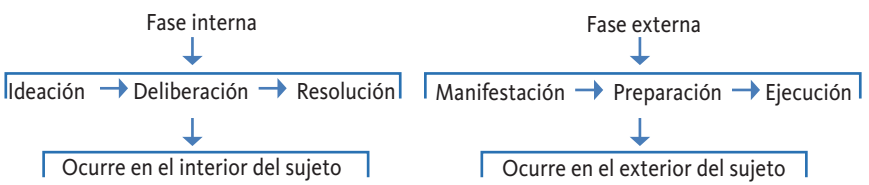
- Consumación. Es la producción del resultado típico y ocurre en el momento preciso de dañar o poner en peligro el bien jurídico tutelado; por ejemplo, en el homicidio la consumación surge en el preciso instante de causar la muerte (por supuesto, es punible).

[2] Rodolfo García García, *Tratado sobre la tentativa. La tentativa del delito imposible*, t. I, Porrúa, México, 2003.

Cuadro 10 **Desarrollo del delito *iter criminis*.**



Cuadro 11 **Desarrollo del delito.**



3.4 Noción de delito

Existen tantas definiciones de delito como corrientes, disciplinas y enfoques. Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, etc. En realidad, en este libro se maneja fundamentalmente la noción jurídica del delito.

Desde un punto de vista jurídico, el delito atiende sólo a aspectos del derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole. Por el contrario, la criminología sí se ocupa de estos aspectos.

El delito, como noción jurídica, se contempla en dos aspectos: jurídico-formal y jurídico-sustancial.

Jurídico-formal

Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una sanción.

La definición contenida en el art. 7o. del CPF es jurídico-formal. Dicho de otra manera, la definición legal se equipara a la jurídico-formal. En este sentido, delito es el acto o la omisión que sancionan las leyes penales. El CPDF, por su parte, preceptúa lo que debe entenderse por delito en los arts. 15 al 18, pero no ofrece una definición precisa.

Jurídico-sustancial

Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar el delito, de manera que existen dos corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica.

- Unitaria o totalizadora. Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.
- Atomizadora o analítica. Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al mismo.

De acuerdo con esta corriente, algunos penalistas estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos; unos consideran que se conforma con dos elementos, otros aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos. Así, habrá una teoría bitómica, tritómica, etc. Una definición de delito jurídico-sustancial sería: es la conducta típica, antijurídica y culpable, según la noción que proporciona Jiménez de Asúa.

En mi opinión, el delito es la conducta típica y antijurídica realizada por una persona imputable y culpable, que dará por consecuencia la punibilidad.

Esquemáticamente, estas ideas se presentan en el cuadro 12.

3.5 Elementos del delito y sus aspectos negativos

Importancia

Sin riesgo de equivocación, podría decirse que este tema constituye la columna vertebral del derecho penal. Por tanto, el adecuado manejo de los elementos del delito permitirá entender y aun comprender, en la práctica, cada delito de los que se estudian en el curso de delitos en particular (parte especial), en el cual se analizan los ilícitos más importantes que contempla la legislación penal mexicana. Los delitos no considerados en dicho curso podrán estudiarse fácilmente en lo individual, gracias a la comprensión del tema y su aprendizaje correcto.

Cuadro 12 **Corrientes y elementos del delito.**

Número de elementos	Corriente	Elementos
2	Bitómica	Conducta, tipicidad
3	Tritómica	Conducta, tipicidad y antijuridicidad
4	Tetratómica	Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad
5	Pentatómica	Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad
6	Hexatómica	Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad e imputabilidad
7	Heptatómica	Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad, imputabilidad y condiciones objetivas de punibilidad

Los elementos del delito son al derecho penal lo que la anatomía es a la medicina.

En materia procesal se habla de *cuerpo del delito* o integración de los elementos del tipo penal para referirse al conjunto de elementos que integran el mismo. En el decreto del 8 de marzo de 1999 la CPEUM volvió a incluir la noción de cuerpo del delito (recuérdese que cuerpo del delito no es el cuerpo de la víctima o el instrumento con que se cometió el delito). Independientemente de las constantes reformas a la ley, y se dé el nombre que se dé, es necesaria la comprensión de este tema, pues es fundamental, dentro del derecho penal y procesal penal.

Generalidades

En líneas anteriores se afirmó que puesto que son diversos los criterios y las corrientes respecto del número de elementos que conforman el delito, aquí se analizarán los siete, lo que permitirá contar con una perspectiva más completa para su comprensión cabal.

Noción de los elementos del delito

Los elementos del delito son cada una de las partes que lo integran; dicho de otra manera: el delito existe en razón de la existencia de los elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad.

Noción de aspectos negativos

Los elementos del delito son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que constituye la negación de aquél; significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto, al delito. Estos aspectos negativos son

(respecto de cada elemento del delito): ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación o licitud, inculpabilidad, inimputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

Prelación lógica y prioridad temporal. La prelación lógica se refiere a que el estudio y análisis de cada elemento del delito debe hacerse en un riguroso orden. Esto es, primero debe analizarse la conducta, después la tipicidad, etc. No resulta lógico y práctico hacer el análisis sin respetar este orden. No debe analizarse la punibilidad si antes no se ha estudiado la conducta; tampoco es correcto analizar la imputabilidad si antes no se ha analizado la culpabilidad.

Esto aplica también a los aspectos negativos que corresponden a cada elemento del delito. La prioridad temporal se refiere a que ya en el terreno de la realidad, cuando el hecho delictuoso se ha presentado, no se ofrecen los elementos en el riguroso orden de que se ha hablado.

Cuadro 13 **Elementos y aspectos negativos del delito.**

Elementos (aspectos positivos)	Aspectos negativos
Conducta	Ausencia de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de justificación o licitud
Imputabilidad	Inimputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Condicionalidad objetiva	Ausencia de condicionalidad objetiva
Punibilidad	Excusas absolutorias

Actividades

1. Con base en los códigos penales federal y del Distrito Federal y lo estudiado en este capítulo, complete el cuadro 14.

Cuadro 14 **Delitos y artículos sobre tipos de sujeto.**

Delito	Artículo		Sujeto	
	CPF	CPDF	Activo	Pasivo
Homicidio				
Lesiones				
Homicidio por emoción violenta				
Aborto sufrido (forzado)				
Homicidio en razón del parentesco o relación				
Robo agravado				
Abuso sexual				
Violación agravada				
Estupro				

2. Después de leer el art. 13 del CPF, explique por qué las personas jurídicas o morales no pueden ser sujetos activos en ningún delito.
3. Proponga dos ejemplos de sujeto pasivo de la conducta y dos de sujeto pasivo del delito, y establezca la diferencia entre ambos.
4. Indique, frente a cada delito que se menciona en el cuadro 15, cuál es el objeto material y cuál el jurídico en cada caso.
5. Seleccione una noticia reciente en que se presente el concurso de delitos y establezca la diferencia entre el concurso ideal y el material.
6. Con base en alguna obra de la literatura clásica o contemporánea, ejemplifique cada fase del desarrollo del delito (*iter criminis*).
7. Mediante un ejemplo, establezca la diferencia entre tentativa, desistimiento, delito imposible y delito putativo.

Cuadro 15 **Objeto material y jurídico de los delitos.**

	Objeto	
	Material	**Jurídico**
Robo		
Violación		
Estupro		
Daño a la propiedad		
Fraude genérico (CPDF)		
Equiparación al robo (art. 368, fracc. II, CPF)		
Lesiones		
Aborto sufrido (CPF)		
Abuso de confianza		
Omisión de socorro (CPF)		
Hostigamiento sexual (CPF)		

8. Dé y fundamente su criterio respecto del número de elementos que debe tener el delito (véase el cuadro 16).

9. Vea la película (coproducción franco-inglesa) *El día del Chacal*, dirigida por Fred Zinnemann y estrenada en 1973;[3] posteriormente redacte en un espacio de una a dos cuartillas la presencia de la etapa de la preparación dentro de la fase externa del *iter criminis*.

[3] Basada en la novela *El día del chacal*, de Frederick Forsyth. Una versión libre de esta obra es la película *El chacal* (1997), de Michael Caton-Jones. (N. del E.)

Cuadro 16 **Elementos del delito.**

Aspecto positivo (elemento)	**Aspecto negativo**	**Causas de exclusión del delito**	**Art. 15, CPF, y art. 29, CPDF**
Conducta Comportamiento humano activo u omisivo generador de un delito	*Ausencia de conducta*	*Vis maior* *Vis absoluta* Sonambulismo Sueño Hipnosis Actos reflejos	Fracc. I, CPF Fracc. I, CPDF
Tipicidad Adecuación de la conducta al tipo	*Atipicidad*	No adecuación de la conducta al tipo penal	Fracc. II, CPF Fracc. II, CPDF
Antijuridicidad Contrariedad al derecho. Es la violación a la norma jurídica	*Causas de justificación*	Legítima defensa Estado de necesidad Cumplimiento de un deber Ejercicio de un derecho Consentimiento del titular del bien jurídico	Fracc. IV, CPF y CPDF Fracc. V, CPF y CPDF Fracc. VI, CPF y CPDF Fracc. VI, CPF y CPDF Fracc. III, CPF y CPDF
Imputabilidad Capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal	*Causas de inimputabilidad*	Minoría de edad (en el Distrito Federal, 18 años; véase el código penal en cada entidad federativa) Miedo grave (proveniente del interior del sujeto) Desarrollo intelectual retardado Trastorno mental (*Actiones liberae in causa*): actos voluntarios o culposos; realizados antes de cometer el delito: sí existe responsabilidad	Art. 6, LTMIDF Art. 12, CPDF Fracc. VII, CPF y CPDF Fracc. VII, CPF y CPDF Fracc. VII, CPF y CPDF
Culpabilidad Reproche penal; grados: dolo o intención y culpa, no intención (imprudencia)	*Causas de inculpabilidad*	Error esencial de hecho invencible Eximentes putativas No exigibilidad de otra conducta Temor fundado (proveniente del exterior del sujeto) Caso fortuito	Fracc. VIII, CPF y CPDF Fracc. VIII, CPF y CPDF Fracc. IX, CPF y CPDF Fracc. VIII, CPF y CPDF Fracc. X, CPF
Punibilidad Amenaza legal de una pena	*Excusas absolutorias*	Previstas en cada tipo penal	
Condicionalidad objetiva de punibilidad	*Ausencia de condicionalidad objetiva*	En cada tipo	

Autoevaluación

1. Indique las denominaciones con las que se conoce al sujeto pasivo.
2. Explique los presupuestos del delito.
3. ¿Cómo se clasifica al sujeto pasivo?
4. ¿Cuál es la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito?
5. ¿En qué se distinguen el objeto material y el jurídico?
6. ¿Qué es el concurso ideal y cómo se castiga?
7. ¿Qué es el concurso real y cómo se castiga?
8. Precise cada fase de la etapa interna del *iter criminis*.
9. ¿En qué consiste la resolución?
10. ¿Cuál es la diferencia entre manifestación y preparación?
11. Distinga entre tentativa acabada e inacabada, y diga de qué otra manera se conoce a cada una.
12. ¿Cuál es la diferencia entre delito putativo y delito imposible?
13. ¿Es punible la fase interna del delito?
14. ¿Qué etapa del *iter criminis* es punible?
15. ¿Cuál es la definición jurídico-formal del delito?
16. ¿Cuál es la definición jurídico-sustancial?
17. Enumere los elementos del delito y sus correspondientes aspectos negativos, conforme a la teoría heptatómica.
18. En su opinión personal, ¿la punibilidad es un elemento del delito? Justifique y argumente su respuesta.

4 La conducta y su aspecto negativo

4.1 Noción

La conducta es el primero de los elementos que el delito requiere para existir. Algunos estudiosos le llaman *acción, hecho, acto* o *actividad*. Considero oportuno incluir aquí la acertada opinión de Juan Andrés Hernández Islas, quien ahonda en el tema de la terminología dada a este primer e importante elemento del delito al hacer un análisis sobre los vocablos utilizados como sinónimos de conducta que, sintetizando, son los siguientes: acontecimiento, conducta, evento, hecho, proceder y suceso.

Afirma Hernández Islas: "No estamos de acuerdo que el primer elemento del delito se denomine conducta, en atención a su significado gramatical: Porte o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones, es totalmente incierto." Finalmente, afirma que el vocablo perfecto es *suceso*.[1]

La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, consecuencias como son la responsabilidad culposa o preterintencional), activo (acción o hacer positivo) o negativo (inactividad o no hacer), que produce un resultado.

Como antes se precisó, sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; por tanto, se descartan todas las creencias respecto de si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

[1] Juan Andrés Hernández Islas, *Mitos y realidades de la Teoría del Delito*, Porrúa, México, 2011, pág. 29.

Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: de acción y de omisión.

Acción

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.[2]

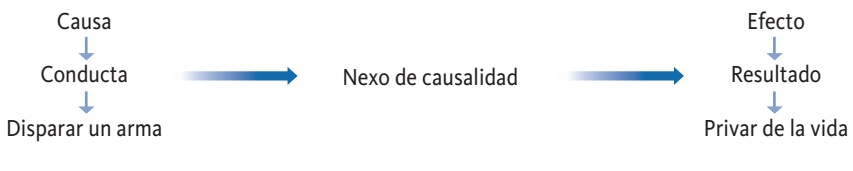
La conducta puede realizarse mediante un comportamiento o varios; por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa y con una última le da a beber el brebaje mortal. Otras ocasiones, un solo comportamiento es suficiente; por ejemplo, sofocar a alguien colocándole una almohada en la cara.

Elementos de la acción. Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado este último también *nexo causal*.

- Voluntad. Es el querer, por parte del sujeto activo, cometer el delito. Es propiamente la intención. Se trata de un elemento subjetivo, cuya probanza muchas veces resulta difícil.
- Actividad. Consiste en el "hacer" o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito. Éste es un elemento objetivo.
- Resultado. Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.
- Nexo de causalidad. Es el ligamen o nexo que une la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Esquemáticamente, la información anterior se presenta en el cuadro 17.

Cuadro 17 **Nexo de causalidad.**



[2] Cuando el delincuente se vale de un inimputable, surge la figura de la autoría mediata, pues propiamente utiliza al sujeto que carece de capacidad ante el derecho, como si se tratara de un instrumento u objeto.

Se insiste en que el nexo causal debe ser material, ya que si es moral, espiritual o psicológico, será irrelevante para el derecho penal. Quien desea matar debe actuar de manera que el medio o los medios elegidos para tal propósito sean objetivos y, por tanto, idóneos; se requiere que los materialice para lograr el resultado típico.

Invocar espíritus o rezar para que el sujeto pierda la vida no constituyen medios idóneos de tipo material para causar su muerte. Aun ante la hipótesis de que sobreviniera la muerte, ésta no podría imputarse al "probable sujeto activo", porque fácticamente no realizó ningún acto material idóneo para producir el resultado. Puede haber voluntad y resultado, pero no nexo causal; éste debe ser material y depender de la voluntad del agente.

Teorías acerca del nexo causal. Para precisar cuáles son las conductas que causan el resultado, se han elaborado diversas teorías, de las que se enuncian brevemente las siguientes:

- Equivalencia de las condiciones. Se conoce como teoría de la *conditio sine qua non*, la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y, por tanto, causa de éste.
- Última condición. También se le llama de la *causa próxima* o *inmediata*; considera que de todas las causas, la más cercana al resultado es la que lo origina.
- Condición más eficaz. Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga una eficacia preponderante.
- Adecuación. También llamada de la *causalidad adecuada*, consiste en afirmar que la causa del resultado será la más adecuada o idónea para producirlo.

En mi opinión, la más aceptable es la última, pues atiende a la idoneidad de la causa, la cual, en última instancia, debe prevalecer.

En la práctica, deben tenerse en cuenta las condiciones y circunstancias en que se manifestó la conducta y se produjo el resultado en cada caso concreto, a fin de comprobar indubitablemente el nexo causal.

En la segunda parte del libro, al estudiar el homicidio, se abordará concretamente el nexo causal, cuyas reglas prevén los arts. 303 al 305 del CPF y 124 del CPDF.

En el capítulo 13 de la parte especial, al analizar el delito de homicidio, se profundizará sobre este tema que ofrece una multiplicidad de problemas en la vida real, como puede ser, por ejemplo, el caso de la "temporalidad"; esto es, que existen códigos penales que establecen un requisito de tiempo para que haya nexo causal en homicidio, esto es, que la muerte debe producirse dentro de un tiempo determinado a partir de la lesión, que en unos casos es de 60 y en otros de 90 días. En éstos, pasado este término, aunque se produzca la muerte, no se considera que exista nexo causal, por lo que no se estaría ante la presencia del delito de homicidio. La tendencia actual es la desaparición de dicha temporalidad como requisito para la existencia del nexo causal.

Omisión

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o la forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o puede haber comisión por omisión.

- Omisión simple. También conocida como *omisión propia,* consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposamente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva; por ejemplo, portación de arma prohibida.
- Comisión por omisión. También conocida como *comisión impropia*, es un no hacer doloso o culposo, cuya abstención produce un resultado material; por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se puede causar una lesión o la muerte de éstos.

Elementos de la omisión. Tales elementos son la voluntad, la inactividad, el resultado y el nexo causal. Para su explicación, consúltese lo expuesto acerca de los elementos de la acción, ya que se trata de los mismos; sin embargo, hay que aclarar que en los delitos de simple omisión no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado.

En la comisión por omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe presentar y comprobar el nexo causal; por ejemplo, la madre que, con el fin de procurar su aborto, deja de tomar el alimento, suero o el medicamento que indicó el médico para proteger la vida del producto, de manera que causa la muerte de éste y comete el delito de aborto. En este caso deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas de laboratorio que establezcan que la causa de la muerte del producto fue no alimentar o no administrar el suero o medicamento.

Lugar de la conducta

En principio, el lugar donde se comete un delito coincide tanto en la conducta como en el resultado que produce; así, conducta y resultado ocurren en el mismo lugar. Sin embargo, a veces, debido a la naturaleza del delito, la conducta se realiza en un lugar y el resultado en otro, como cuando se profiere una amenaza por la vía telefónica o en forma escrita a través de un correo electrónico, pues la conducta típica verbal o escrita la puede producir el agente en Querétaro y el efecto que viola el bien jurídico del pasivo se produce, por ejemplo, en Mérida; o bien, cuando se envía un paquete o carta "bomba" de Monterrey a Campeche. El problema radica en determinar la jurisdicción para castigar al responsable. Tanto en derecho interno como en materia internacional, esto constituye un problema grave. Aquí aplican las reglas de los ámbitos de validez.

Actualmente, los delitos cibernéticos son algunos en los que pueden actualizarse las hipótesis aquí planteadas, pues es factible incluso que se pueda producir la muerte dolosa de una persona que está siendo intervenida quirúrgicamente en la Ciudad de México mediante la intervención de un programa computacional que altere o suspenda los mecanismos empleados en la sala de operaciones desde Guadalajara. Otro caso es el de los virus enviados hacia las computadoras.

Tiempo de la conducta

Por regla general, el delito produce el daño o peligro en el momento de llevarse a cabo la conducta; sin embargo, a veces varía el tiempo de uno y otra, lo cual puede dar lugar a que en ese lapso la ley haya sufrido reformas. Estimamos que la norma aplicable será la correspondiente al momento de producirse el resultado y no antes, porque podría estarse en un caso de grado de tentativa.

Al respecto, Fernando Castellanos[3] plantea el problema de los menores de edad y cuestiona cuál ley será aplicable si un menor de edad realiza una conducta y el resultado se produce cuando ya es mayor de edad. En este caso, consideramos aplicable la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, según el razonamiento siguiente: debe estimarse la inimputabilidad (falta de capacidad de entender y querer) del menor en el momento de realizar la conducta y no al ocurrir el resultado. La conducta se lleva a cabo cuando el sujeto es menor de edad y, por tanto, incapaz ante la ley, de manera que ese criterio debería seguirse.

Los problemas derivados del lugar y el tiempo de la conducta aún se tratan en la doctrina y originan innumerables conflictos.

4.2 Aspecto negativo: ausencia de conducta

En algunas circunstancias surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y, por ende, da lugar a la inexistencia del delito. *De facto* sí hay una conducta, pero no es una auténtica conducta voluntaria; es como si el sujeto activo fuera un instrumento o autómata; alguien sin voluntad.

Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes: *vis absoluta, vis maior*, actos reflejos, sueño profundo, sonambulismo e hipnosis.

Vis absoluta

La *vis absoluta* consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

[3] Fernando Castellanos Tena, *op. cit.*, pág. 154.

Matar por *vis absoluta* coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo.

Ni desde el punto de vista de la lógica ni desde el jurídico puede ser responsable quien es "usado" como medio para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de alguien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona.

Vis maior

La *vis maior* es la fuerza mayor que, a diferencia de la *vis absoluta*, proviene de la naturaleza.

Cuando un sujeto "comete un delito" a causa de una fuerza mayor, se presenta el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto "agente", ni conducta propiamente dicha; de ahí que la ley penal no lo considere responsable. Un ejemplo sería que en un terremoto alguien, impulsado por un movimiento brusco de la tierra, lance al vacío a una persona que tiene cerca.

Actos reflejos

Los actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico.[4] Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito. Por la acción de un acto reflejo puede cometerse un homicidio, una lesión o daño en propiedad ajena.

Sueño profundo y sonambulismo

Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño profundo y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica; para otros, se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad. En lo personal, adoptamos la primera postura. Finalmente, sea cual fuere la ubicación de esta situación, el resultado sería el mismo: no hay penalidad.

Hipnosis

Esta forma de inconsciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta si en estado hipnótico se cometiere un delito. Al respecto, existen diversas corrientes: algunos especialistas afirman que una persona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado consciente no fuere capaz de llevarla a cabo. En este aspecto no hay una-

[4] *Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena*, t. IV, Sopena, Barcelona, 1977.

nimidad de criterios. Al efecto, el CPF, en su art. 15, fracc. I, y el art. 29, fracc. I, del CPDF, consideran circunstancia excluyente de responsabilidad penal que el hecho "se realice sin intervención de la voluntad del agente". Como se aprecia, la fórmula planteada por estos dos artículos es genérica y no hace alusión a cada hipótesis de ausencia de conducta; esto lo hace la doctrina.

Actividades

1. Localice en el CPF, en el Título Decimonoveno (Delitos contra la vida y la integridad corporal), tres ejemplos de delitos que se cometan por acción y tres mediante comisión por omisión.
2. Analice los arts. 303 a 305 del CPF y resuma las reglas para estar en presencia del nexo causal en caso de un homicidio y, *a contrario sensu*, enumere cuándo no habrá nexo causal.
3. Resuelva el caso siguiente: Juan, por medio de invocaciones espiritistas, pretende causar la muerte de Pedro.

   Primera hipótesis: no se produce la muerte.

   a) ¿Existe responsabilidad penal por homicidio?
   b) ¿Hubo homicidio en grado de tentativa?
   c) ¿Se presenta delito?

   Segunda hipótesis: Pedro muere a causa de un paro cardiaco.

   a) ¿Existe responsabilidad por homicidio?
   b) ¿Se consumó el delito y hubo nexo causal?
   c) ¿Se castiga a Juan?
   d) ¿Qué situación se presenta?
4. Mencione dos ejemplos en los que la conducta delictuosa ocurra en un lugar y el resultado típico se produzca en otro.
5. Proponga un ejemplo de homicidio cometido por *vis absoluta, vis maior,* actos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnosis.
6. De los arts. 15 del CPF y 29 del CPDF seleccione la fracción en la que se contempla el aspecto negativo de la conducta (ausencia de conducta).
7. Elabore un breve ensayo en el que compare el contenido del art. 124 del CPDF y los arts. 303 a 305 del CPF.
8. Diseñe un esquema de los códigos penales de distintas entidades federativas que todavía fijan una temporalidad determinada para que haya nexo causal en homicidio.
9. Diseñe una discusión sobre la eficacia de los medios morales para privar de la vida.

Autoevaluación

Coloque una *V* o una *F* entre el paréntesis, según se trate de una aseveración verdadera o falsa:

1. La comisión por omisión se conoce también como *omisión impropia*. ( )
2. Los elementos de la acción son: voluntad, actividad, resultado y nexo causal. ( )
3. El nexo causal debe ser material. ( )
4. Nexo de causalidad es el vínculo subjetivo que une la voluntad con la conducta. ( )
5. La antijuridicidad es el aspecto negativo de la conducta. ( )
6. El CPDF exige temporalidad para que haya nexo causal en el homicidio. ( )
7. La conducta y el resultado de un delito deben ocurrir en el mismo lugar y tiempo. ( )
8. *Vis maior* es la fuerza humana, exterior e irresistible, ejercida contra la voluntad de alguien. ( )
9. *Vis absoluta* es la fuerza mayor proveniente de la naturaleza. ( )
10. Si alguien, en estado hipnótico o de sonambulismo, priva de la vida a una persona, incurrirá en ausencia de conducta. ( )

5 La tipicidad y su aspecto negativo

5.1 Tipo

El tipo es la descripción legal de un delito, o, dicho de otra manera, la abstracción legal plasmada en una norma penal de una conducta delictiva.

Suele hablarse indistintamente de *tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica* y cualquier otra idea similar.

La ley penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente la descripción de los tipos, y éstos cobran "vida real" cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos, agotando todos los elementos previstos en la norma.

De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien realice una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas atípicas, asociales o antisociales, pero no de delitos.

La criminología estudia comportamientos que, por no estar contemplados en la ley penal, carecen de punibilidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción y otros.

5.2 Tipicidad

La tipicidad es la adecuación de la conducta realizada por un sujeto al tipo penal, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Didácticamente se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza ajuste de manera exacta en el lugar que le corresponde, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, conocidos como elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal; por ejemplo, el art. 395, fracc. I, del CPF señala, entre otros elementos del tipo de despojo, que el medio por el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquiera de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño. Si el agente emplease un medio distinto, aun cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno solo de ellos.

El CPDF, en su art. 237, fracc. I, hace referencia a los siguientes medios de ejecución: violencia física o moral, engaño o furtividad. Se ha suprimido la amenaza por considerar, de una manera acertada, que ésta queda comprendida dentro de la violencia moral.

5.3 Principios generales de la tipicidad

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad. En seguida se detallan dichos principios:

- *Nullum crimen sine lege.* No hay delito sin ley.
- *Nullum crimen sine tipo*. No hay delito sin tipo.
- *Nulla poena sine tipo*. No hay pena sin tipo.
- *Nulla poena sine crimen*. No hay pena sin delito.
- *Nulla poena sine lege*. No hay pena sin ley.

Nuestra Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que pudiere imputársele.

5.4 Clasificación de los tipos

Algunos autores incluyen esta clasificación en la parte relativa al estudio de la noción del delito, de modo que hacen una clasificación de tipos y otra de delitos, mientras que otros sólo clasifican el tipo. Por considerarlo más apropiado y para facilitar el estudio del tema, se incluyen en una sola clasificación tanto los tipos como los delitos.

La clasificación que en seguida se detalla atiende a diversos criterios y varía según el autor.

Cabe destacar que la utilidad de clasificar el tipo consiste en facilitar la identificación de sus rasgos característicos, para diferenciar un delito de otro e incluso resolver problemas prácticos que se abordarán en la segunda parte de este libro.

Por la conducta

En relación con el comportamiento del sujeto activo, el tipo puede ser:

- De acción. Cuando el agente incurre en una actividad o hacer; es decir, cuando la conducta típica consiste en un comportamiento positivo, por ejemplo, robo por apoderamiento u homicidio por estrangulamiento.
- De omisión. Cuando la conducta consiste en un "no hacer", en una inactividad, o sea, un comportamiento negativo. A su vez, la omisión se divide en simple y de comisión por omisión, como se vio en el capítulo anterior.
  - *Omisión simple*. Consiste en no hacer; es decir, no se realiza lo que la ley prohíbe, sin que se produzca un resultado material, sino formal; un ejemplo es la portación de armas prohibidas.
  - *Comisión por omisión*. Consiste en no hacer; en una inactividad, pero que tiene como resultado un daño o afectación al bien jurídico; por ejemplo, privar de la vida por no administrar un medicamento.

Por el daño

Se refiere a la afectación que el delito produce al bien tutelado, y puede ser como sigue:

- De daño o lesión. Cuando se afecta realmente el bien tutelado, por ejemplo, robo, homicidio y violación.
- De peligro. Cuando no se daña el bien jurídico, sino que únicamente se pone en peligro el bien jurídico. La ley castiga por el riesgo en que se colocó dicho bien. Así, el peligro puede ser:
  - *Efectivo*. Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación, por ejemplo, con un disparo de arma de fuego y un ataque peligroso (contemplados todavía en algunos códigos penales estatales, no así en el CPDF ni en el CPF).
  - *Presunto*. Cuando el riesgo de afectar el bien es menor, por ejemplo, el abandono del cónyuge e hijos, la omisión de socorro, el abandono de atropellados y el abandono de personas, en el CPF y la omisión de auxilio o de cuidado, en el CPDF.

Por el resultado

Según la consecuencia derivada de la conducta típica, el delito puede ser:

- Formal, de acción o de mera conducta. Para la integración del delito no se requiere que se produzca un resultado, pues basta realizar la acción (omisión) para que el delito nazca y tenga vida jurídica; por ejemplo, portación de arma prohibida.
- Material o de resultado. Es necesario un resultado, de manera que la acción u omisión del agente debe ocasionar una alteración en el universo de las cosas; por ejemplo, homicidio, lesiones y fraude.

Por la intencionalidad

La intención del activo determina el grado de responsabilidad penal; es algo subjetivo y en ocasiones difícil de probar. Así, el delito puede ser:

- Doloso, intencional. Cuando el sujeto comete el delito con la intención de realizarlo. Se tiene la voluntad y el dolo de infringir la ley (arts. 9o., CPF, y 18, párrafo segundo, CPDF).
- Culposo, imprudencial o no intencional. El delito se comete sin la intención de cometerlo; ocurre debido a negligencia, falta de cuidado, imprevisión, imprudencia, etc.; por ejemplo, homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena con motivo del tránsito de vehículos (arts. 9o., párrafo segundo, CPF, y 18, párrafo tercero, CPDF).
- Preterintencional o ultraintencional. El agente desea un resultado típico, pero de menor intensidad o gravedad al producido, de manera que éste ocurre por imprudencia en el actuar; por ejemplo, el sujeto activo quiere lesionar a alguien, pero su actuar produce la muerte. La preterintención fue derogada del CPF y no se incluye en el CPDF, pero existe en varios códigos penales estatales.

Cabe aclarar que tanto el CPF como el CPDF se refieren a delitos dolosos, en alusión a los intencionales, sin usar esta terminología, y a delitos culposos (imprudenciales), en alusión a los no intencionales, vocablo empleado por la doctrina.

Por su estructura

Este criterio se refiere a la afectación producida al bien tutelado. De esta manera, el delito puede ser:

- Simple. Cuando el delito producido sólo consta de una lesión.
- Complejo. Cuando el delito en su estructura consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un ilícito distinto y de mayor gravedad; por ejemplo, la violación tiene una penalidad como delito simple, pero si la comete un ascendiente será agravada (algunos creen, erróneamente, que existe concurso de violación e incesto, cuando en realidad se trata sólo de violación agravada, pues el incesto implica la voluntad de ambos sujetos, activo y pasivo, para su realización).

Por el número de sujetos

De acuerdo con la cantidad de activos que intervienen en el delito, éste puede ser:

- Unisubjetivo. Para su integración se requiere un solo sujeto activo. Ejemplo: homicidio, lesiones, robo, violación y prácticamente cualquiera que no exija la concurrencia de dos o más sujetos activos. Debe aclararse que el hecho de que el tipo penal sea unisubjetivo, no significa que no puedan ser varios los sujetos activos; por ejemplo, dos o más personas pueden robar, lesionar o violar, pero en estos casos surge una pluralidad de agentes; todos responderán ante el derecho penal.
- Plurisubjetivo. Para su integración se requiere la concurrencia de dos o más sujetos, por ejemplo, adulterio (está previsto sólo en algunos códigos penales estatales), incesto, delincuencia organizada, asociación delictuosa, etc.; un solo sujeto activo no puede incurrir en ninguno de estos delitos.

Por el número de actos

Dependiendo de la cantidad de actos de la conducta delictiva, el delito puede ser:

- Unisubsistente. Requiere, para su integración, de un solo acto.
- Plurisubsistente. El delito se integra por la concurrencia de varios actos; cada conducta, por sí sola, de manera aislada, no constituye un delito.

Por su duración

Desde la realización de la conducta hasta el momento en que se consuma, transcurre un tiempo. De acuerdo con esa temporalidad, el delito puede ser:

- Instantáneo. El delito se consuma en el momento en que se realizaron todos sus elementos: en el mismo instante de agotarse la conducta se produce el delito; por ejemplo, homicidio (arts. 7o., fracc. I, CPF, y 17, fracc. I, CPDF).
- Instantáneo con efectos permanentes. Se afecta instantáneamente el bien jurídico, pero sus consecuencias permanecen durante algún tiempo; por ejemplo, lesiones.
- Continuado. Se produce mediante varias conductas y un solo resultado; los diversos comportamientos son de la misma naturaleza, ya que van encaminados al mismo fin. Así, se dice que hay pluralidad de conductas y unidad de resultado; por ejemplo, la vendedora de una casa de modas que cada día roba alguna prenda, hasta completar un ajuar de novia (arts. 7o., fracc. III, CPF y 17, fracc. III, CPDF).
- Permanente. Después de que el sujeto realiza la conducta, ésta se prolonga en el tiempo a voluntad del activo, por ejemplo, secuestro (arts. 7o., fracc. II, CPF, y 17, fracc. II, CPDF). Tanto el CPF como el CPDF se refieren al delito permanente, que también llaman *continuo*.

Por su procedibilidad o perseguibilidad

Se refiere a la forma en que debe procederse contra el delincuente:

- De oficio. Se requiere la denuncia del hecho delictivo (presumiblemente delictivo) por parte de cualquiera que tenga conocimiento del mismo; incluso si la autoridad se entera de la existencia del delito cometido y no existe una denuncia, la autoridad está obligada a proceder. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no sólo el ofendido puede denunciarla.

  La mayor parte de los delitos se persigue de oficio, en cuyo caso no procede el perdón del ofendido.

- De querella necesaria. A diferencia del anterior, éste sólo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querella del pasivo o de sus legítimos representantes.

  La situación anterior se presenta en función de la naturaleza delicada y personal del delito. La ley deja a criterio de la propia víctima proceder o no contra el delincuente, pues en algunos casos la consecuencia llega a tener una afectación casi tan grave como el propio delito, a veces incluso mayor. Por su naturaleza, procede el perdón del ofendido, y cabe destacar que son menos los delitos perseguibles por querella de la parte ofendida.

La regla para saber si un delito se persigue de oficio o por querella es la siguiente: cuando se persigue por querella de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo donde se define el delito o en otro; en cambio, los delitos perseguibles de oficio no tienen dicho señalamiento, de manera que al ser omisa esa prescripción, se entiende que son perseguibles de oficio.

Ejemplos de delitos perseguibles de oficio o por querella:

De oficio	*Por querella*
Homicidio	Estupro
Lesiones graves	Lesiones levísimas (CPF)
Violación	Abuso de confianza
Aborto	Hostigamiento sexual
Violencia familiar hacia los menores	Violencia familiar entre cónyuges

En algunos delitos, la perseguibilidad o procedibilidad se da en función de la persona que los comete y de su nexo o relación con el pasivo del delito en el caso de los patrimoniales. Consúltense los arts. 399 *bis* del CPF y 246 del CPDF.

Por la materia

Se trata de seguir el criterio de la materia a que pertenece el delito (ámbito material de validez de la ley penal), de modo que el ilícito puede ser:

- Común. Es el emanado de las legislaturas locales. Como se vio en líneas anteriores, cada Estado legisla sus propias normas. Desde agosto de 1999 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal está facultada para legislar en materia penal para la capital del país.
- Federal. Es el emanado del Congreso de la Unión, en el que se ve afectada la Federación.
- Militar. Es el contemplado en la legislación militar, o sea, afecta sólo a los miembros del ejército nacional. Su fundamento se encuentra en la CPEUM.
- Político. Es el que afecta al Estado, tanto por lo que hace a su organización como en lo referente a sus representantes, como es el caso de la sedición, la rebelión, el motín y la conspiración para cometerlos (art. 144, CPF).
- Contra el derecho internacional. Afecta bienes jurídicos de derecho internacional, como piratería, violación de inmunidad y violación de neutralidad.

Por el bien jurídicamente protegido

Conforme a este criterio, los delitos se agrupan por el bien jurídico que tutelan, criterio que siguen los códigos penales.

Ocasionalmente se advierte que el criterio adoptado por el legislador es otro; pero, en términos generales, en la legislación mexicana prevalece el del bien jurídico. Así, existen delitos contra la libertad sexual, patrimoniales, contra la vida, contra la salud, etcétera.

Por su ordenación metódica

Según determinadas circunstancias, el delito puede ser:

- Básico o fundamental. Es el tipo que sirve de eje o base y del cual se derivan otros, con el mismo bien jurídico tutelado. El tipo básico contiene el mínimo de elementos y es la columna vertebral de cada grupo de delitos; por ejemplo, robo y homicidio.
- Especial. Se deriva del anterior, pero incluye otros elementos que le dan autonomía o vida propia; por ejemplo, homicidio en razón del parentesco o relación, infanticidio, feminicidio y aborto, los cuales derivan del homicidio, pues de hecho son homicidios, pero con características en los sujetos activo y pasivo que los hacen diferentes del básico. Dichos delitos pueden ser agravados (calificados) o atenuados (p*rivilegiados*). El aborto es privilegiado, mientras que el homicidio en razón del parentesco o relación es agravado.
- Complementado. Es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su punibilidad, de manera que lo agravan o atenúan; además, no tiene vida autónoma como el especial; por ejemplo, robo en casa habitación, con una pena agravada, según el lugar donde se cometa.

Por su composición

Se refiere a la descripción legal que hace referencia a sus elementos, los cuales pueden ser objetivos, subjetivos o normativos. Así, el delito puede ser:

- Normal. La descripción legal sólo contiene elementos objetivos; por ejemplo, homicidio.
- Anormal. Se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos; por ejemplo, homicidio en razón del parentesco o el abandono de personas (sin causa justificada).

Por su autonomía o dependencia

Hay delitos que existen por sí solos, mientras que otros necesariamente dependen de otro.

- Autónomo. Tiene existencia por sí; por ejemplo, robo y homicidio.
- Dependiente o subordinado. Su existencia depende de otro tipo; por ejemplo, homicidio en riña o duelo y robo de uso.

Por su formulación

Por la forma en que se hace la descripción del tipo, el delito puede ser:

- Casuístico. El tipo plantea diversas hipótesis o posibilidades para integrarse el delito, el cual puede ser:
  - *Alternativo*. Cuando basta que ocurra uno de los supuestos que plantea la norma; por ejemplo en el despojo, que se integrará cuando se realice por alguno de los medios de ejecución previstos en el tipo penal (violencia, amenaza, furtividad o engaño); en este caso, el CPF ofrece cuatro medios de ejecución y será necesario que se haya realizado mediante alguno de ellos, no por los cuatro.
  - *Acumulativo*. Para la integración del delito se requiere que ocurran todas las hipótesis planteadas; por ejemplo, estupro.
- Amplio. El tipo no precisa un medio específico de comisión, por lo que puede serlo cualquiera; por ejemplo, homicidio, lesiones y robo, entre otros.

Por la descripción de sus elementos

Se refiere justamente a cómo el legislador lleva a cabo la descripción legal, de modo que el delito puede ser:

- Descriptivo. Describe con detalle los elementos que debe contener el delito.
- Normativo. Hace referencia a lo antijurídico; generalmente va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se reconoce por expresiones como *sin derecho, indebidamente, sin justificación*, *sin causa justa*, etc. Implica lo contrario a derecho; por ejemplo, robo "sin derecho y sin consentimiento".

Cuadro 18 **Clasificación del tipo.**

Por la conducta	De acción	
	De omisión	Omisión simple Comisión por omisión
Por el daño	Lesión o daño	
	Peligro	Efectivo Presunto
Por el resultado	Formal, de acción o de mera conducta Material o de resultado	
Por su duración	Instantáneo Instantáneo con efectos permanentes Continuado Permanente	
Por la materia	Común Federal Militar Político De derecho internacional	
Por el número de sujetos	Unisubjetivo Plurisubjetivo	
Por el número de actos	Unisubsistente Plurisubsistente	
Por su estructura	Simple Complejo	
Por su procedibilidad o perseguibilidad	Oficio Querella	
Por su intencionalidad	Doloso o intencional Culposo, imprudencial o no intencional Preterintencional o ultraintencional (donde aún existe este grado)	
Por el bien jurídico tutelado (legal)	Contra la vida Contra el patrimonio Contra la nación Contra la libertad sexual, etcétera	
Por su ordenación metódica	Básico o fundamental Especial Complementado	
Por su composición	Normal Anormal	
Por su autonomía	Autónomo o independiente Dependiente o subordinado	
Por su formulación	Casuístico	Alternativo Acumulativo
	Amplio	
Por la descripción de sus elementos	Descriptivo Normativo Subjetivo	

- Subjetivo. Se refiere a la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetiva, o sea, es un aspecto interno; por ejemplo, en el homicidio en razón del parentesco o relación, el elemento subjetivo consiste en que el delincuente "conozca" el parentesco que lo une con su víctima. Otro ejemplo sería el tipo penal de peligro de contagio previsto en el art. 199 *bis* del CPF al establecer "El que a sabiendas…"

5.5 Aspecto negativo: atipicidad

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

Noción

La atipicidad es la no adecuación de la conducta de la realidad al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del delito.

La conducta del agente no se adecua al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las calidades del sujeto activo o pasivo, etc. Por ejemplo, en el robo, el objeto material debe ser una cosa mueble; si la conducta recae sobre un inmueble, la conducta será atípica respecto del robo, aunque sea típica respecto del despojo.

Existe confusión en cuanto a otra figura: la ausencia de tipo, que desde luego es distinta de la atipicidad. La fracc. II del art. 15 del CPF se refiere a la atipicidad, así como la fracc. II del art. 29 del CPDF.

Ausencia de tipo

La ausencia de tipo es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada. Ejemplo: la vagancia y malvivencia, brujería, blasfemia, injurias, difamación (en varios códigos penales ya no existen los tipos penales de vagancia y malvivencia, injurias y difamación).

En la legislación penal mexicana no existe el tipo de blasfemia, a diferencia de algunas legislaciones europeas; por ello, si en México alguien profiere insultos o denostación respecto de algún concepto o imagen religiosa, no cometerá delito, por haber ausencia de tipo.

Si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello.

El art. 288 del *Código Penal del Estado de Sonora* contempla el delito de chantaje; en cambio, ni en el CPDF ni en el CPF existe y, por tanto, en ambos códigos hay la ausencia del tipo respecto del chantaje.

Durante muchos años, con un criterio anacrónico y homofóbico, el *Código Penal del Estado de Tamaulipas* consideró delito la relación sexual entre personas del mismo sexo, al que denominaba *sodomía*; desde su derogación, puede decirse que

existe *ausencia de tipo* respecto de la *sodomía* en dicho código penal. Recuérdese que en el derecho prehispánico era severamente castigada la relación sexual habida entre personas del mismo sexo.

Cuadro 19 **Ausencia de tipo.**

Atipicidad		**Ausencia de tipo**
No encuadramiento de la conducta al tipo		No existencia del tipo
	Ejemplos	**Ejemplos**
Despojo	sin violencia, engaño, furtividad o amenaza	Adulterio (CPDF y CPF)
Robo	cosa inmueble	Chantaje (CPDF y CPF)
Violación	cópula con consentimiento	Injurias (CPDF y CPF)
Fraude	sin lucro indebido	Blasfemia
Aborto	muerte después del nacimiento	Prostitución (CPF y CPDF)
Homicidio en razón de parentesco o relación	ausencia del elemento típico subjetivo	Ataque peligroso (CPF y CPDF)

Actividades

1. Proponga dos ejemplos de tipos incluidos en la legislación penal mexicana, dos de ausencia de tipo y dos de atipicidad.
2. Localice en qué códigos penales estatales existe aún el tipo penal de adulterio.
3. Ejemplifique, con un caso, cada principio general de la tipicidad.
4. Elabore un cuadro con la clasificación del tipo, con un ejemplo para cada caso.
5. Escriba un artículo de tres cuartillas sobre el tema de la procedibilidad de oficio y querella, emitiendo su opinión al respecto.

Autoevaluación

1. ¿Qué es la tipicidad?
2. Dé una noción de atipicidad.
3. ¿Cuál es la diferencia entre atipicidad y ausencia de tipo?
4. ¿Qué significa el principio *nulla poena sine tipo*?
5. ¿Cómo se clasifica el tipo por el daño?
6. Señale la diferencia entre tipo simple y tipo complejo.
7. Indique la diferencia entre tipo unisubjetivo y tipo plurisubjetivo.
8. Distinga entre tipo instantáneo, tipo instantáneo con efectos permanentes, tipo continuado y tipo permanente.
9. ¿Cómo pueden ser los tipos en cuanto a su perseguibilidad?
10. Por el número de sus actos, ¿cómo pueden ser los tipos?
11. Relacione las columnas siguientes, colocando en el paréntesis la letra que corresponda:

Tipos		**Criterio de clasificación**
Común, federal, militar, político y de derecho internacional	( )	*a)* Por su formulación
Formal y material	( )	*b)* Por su composición
De acción y de omisión	( )	*c)* Por su ordenación metódica
De daño y de peligro	( )	*d)* Por la conducta
Contra la vida, el patrimonio, la libertad sexual, la nación, la salud, etcétera	( )	*e)* Por el daño
Normales y anormales	( )	*f)* Por el bien jurídico tutelado
Casuístico y amplio	( )	*g)* Por la materia
Básico, especial, complementado	( )	*h)* Por el resultado

6 La antijuridicidad y su aspecto negativo

6.1 Noción

La antijuridicidad es lo contrario a derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica, atacando un bien jurídicamente tutelado.

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo", y agrega: "Jurídico es lo que está conforme a derecho."[1]

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra el delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.

La noción, aunque de fácil comprensión a primera vista, ofrece mayores complicaciones cuando se ahonda en el análisis particular de cómo precisar qué criterio o quién está legitimado para determinar qué acto o en qué circunstancias es antijurídico un comportamiento humano. Aunque este tema se estudia con más detalle al analizar el delito de homicidio, aquí sólo se expresará una idea para comenzar a reflexionar en las interrogantes antes formuladas.

Cualquier tipo penal que se encuentra previsto en un código o ley especial es considerado delito, en atención a diversas consideraciones, pero fundamentalmente al criterio que indica que dicho actuar se aparta de lo establecido por el derecho, destruyendo o poniendo en peligro un bien jurídico que previamente la norma legal tutela. Ahora bien, el homicidio, por ejemplo, que consiste en privar de la vida a

[1] Francesco Carnelutti, *Teoría general del delito,* Argos, Cali, s. d., págs. 18 y 19.

alguien, es una conducta antijurídica porque daña el bien jurídicamente tutelado que es precisamente la vida humana; pero, ¿cuán antijurídico es matar?, ¿existen grados o niveles de antijuridicidad?, ¿todas las privaciones de vida son igualmente antijurídicas?, ¿puede ocurrir que una muerte sea más grave, otra menos grave y otra de plano ni siquiera sea penada?, ¿el reproche penal, social y moral puede ser distinto?, ¿algunas privaciones de vida "son justificables"?

Por último, y relacionando las cuestiones anteriores, medítese sobre las hipótesis delictivas siguientes: homicidio en riña, homicidio en legítima defensa, homicidio simple, homicidio con premeditación (CPF), homicidio con saña (CPDF), homicidio por emoción violenta, homicidio culposo, aborto, pena de muerte y eutanasia.

Al dar respuesta a cada interrogante, aun sin contar con mayor información o sustento doctrinal y legal (que se verá en la segunda parte del libro: homicidio), seguramente en la mente de cada persona ya existe una respuesta, a la que se llegó tomando en cuenta diversas consideraciones.

6.2 Clases

Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad: material y formal:

- Material. Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.
- Formal. Es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera que esta distinción no tiene sentido.[2]

6.3 Aspecto negativo: causas de justificación o licitud

Noción

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al estimarla lícita, jurídica o justificable.

No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación. Este aspecto se destaca porque es muy común la confusión para entender cómo la antijuridicidad (aspecto positivo) puede tener a su vez un aspecto negativo, cuando aquélla es, en sí, una negación o contraposición al derecho.

En ese orden de ideas, lo anterior debe entenderse como sigue:

[2] Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, págs. 278 y 279.

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Éstas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de manera que cuando existe alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquel que la contraría (antijuridicidad); pero excepcionalmente la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación o licitud.

De manera genérica, el CPF las maneja como causas de exclusión de delito, como se observa en el art. 15, que mezcla distintas circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue. También suele denominárseles *eximentes* o *causas de licitud*. El CPDF, por su parte, las contempla en su art. 29 con el acierto de indicar su denominación como aspecto negativo del delito. Por ejemplo, la fracc. I es la hipótesis de ausencia de conducta, aspecto negativo de la conducta; la fracc. IV contempla la hipótesis de legítima defensa, un aspecto negativo de la antijuridicidad, y la fracc. VIII prevé la hipótesis de error de tipo y error de prohibición, que constituyen el aspecto negativo de la culpabilidad.

Hay códigos penales estatales que las consideran circunstancias excluyentes de responsabilidad, en vez de causas de exclusión del delito. En lo personal, estoy más de acuerdo con la noción de circunstancias excluyentes de "responsabilidad", pues el delito, como conducta típica y lesiva de un bien jurídicamente tutelado, sí se presenta y su consecuencia también, lo que ocurre es que el sujeto queda libre de la penalidad.

Naturaleza

A pesar de las diversas tendencias y opiniones al respecto, la naturaleza de las causas de justificación es eminentemente objetiva, pues derivan de la conducta y no de algún elemento interno. De lo anterior se explica que dichas causas anulen el delito, mas no la culpabilidad (observe que responsabilidad y culpabilidad son dos nociones diferentes).

Eximentes supralegales

Es falso creer que existan justificantes derivadas de otra fuente distinta de la ley, cuando se sabe que en derecho penal la única fuente de derecho es precisamente la ley. No necesariamente las eximentes justificativas se contemplan en el art. 15 del CPF y en el 29 del CPDF en forma genérica, sino que se pueden derivar de otra norma, pero siempre dentro del propio cuerpo legal. Tales serían los casos del robo de famélico o de indigente (no previsto en el CPDF) y del aborto por previa violación de la mujer; por ejemplo, el primero sería un caso especial de estado de necesidad y el segundo, de ejercicio de un derecho.

Fundamentación de las causas de justificación

Los criterios que fundamentan las causas de justificación son el consentimiento y el interés preponderante.

- Consentimiento. Mezger explica: "El consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles. El consentimiento debe ser serio y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente."[3]

  Para que el consentimiento sea eficaz se requiere que el titular objeto de la acción y el objeto de protección sean una misma persona. También puede darse el consentimiento presunto (enfermos).

- Interés preponderante. Surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos, por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro. Se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia, por ejemplo.

Causas de justificación en particular

La legislación penal mexicana contempla las siguientes:

1. Legítima defensa.
2. Estado de necesidad.
3. Ejercicio de un derecho.
4. Cumplimiento de un deber.
5. Consentimiento del titular del bien jurídico.
6. Obediencia jerárquica.

1. Legítima defensa

Antes de entrar al estudio de esta figura, considero oportuno citar la opinión de Juan Andrés Hernández Islas, quien sostiene que es más adecuada la denominación "defensa legítima". Concuerdo con esta opinión, pues en efecto, en nuestra lengua española la estructura gramatical indica que primero va el sustantivo y después el adjetivo, a diferencia de lo que ocurre en la lengua inglesa.[4] En casi todos los pueblos se ha presentado esta figura, que excluye de pena a quien causa un daño por obrar en virtud de la defensa de determinados intereses previstos en la ley, según ciertas circunstancias.

Quizá la legítima defensa sea la más importante de las causas de justificación. En la práctica, esta figura jurídica se presenta con frecuencia y es lamentable su desconocimiento, tanto por parte de autoridades como de abogados, y no se diga de la gente que no estudió ni tiene injerencia en la ciencia jurídica, cuando su conocimien-

[3] Edmund Mezger, *Derecho penal*, Cárdenas Editores, México, 1985, pág. 166.

[4] Juan Andrés Hernández Islas, *Mitos y realidades de la Teoría del Delito*, Porrúa, México, 2011, págs. 55 y 56.

to debería ser obligación de los primeros, necesidad de los segundos y un deber cívico de los terceros. ¡Cuántos sentenciados saldan una pena que nunca debieron cumplir!

Es común escuchar a los abogados que se refieren a la figura como defensa "propia" cuando esto es una incorrección, pues dicha defensa es en ocasiones respecto de bienes jurídicos ajenos, no necesariamente propios.

A. *Noción.* La defensa legítima consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Ésta es la definición legal incluida en la fracc. IV del art. 15 del CPF y en la fracc. IV del art. 29 del CPDF.

B. *Bienes amparados.* La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguno. Así, al amparo del principio que dice "donde la ley no distingue no se debe distinguir", se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por defensa legítima.

Cabe insistir en que se trata no sólo de bienes propios, sino también de ajenos, pues la ley así lo establece; de ahí que se insista en lo incorrecto de la expresión *defensa propia*.

C. *Elementos.* Los elementos de la legítima defensa son las partes integrantes de la propia definición legal:

a) Repulsa. Significa rechazar; evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque. Implica que la agresión ejercida por un tercero, sin haberla provocado, se rechace. La repulsa es realizada por el presunto o probable responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la defensa legítima.

b) Agresión. Consiste en atacar, acometer; es un acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien. Es actuar contra una persona con intención de afectarla. Por tanto, dicha agresión tiene que ser:

- *Real*. Que sea algo cierto, no imaginado; que no se trate de una simple suposición, presentimiento o temor.
- *Actual*. Que ocurra en el mismo instante de repelerla; quiere decir que la agresión y la repulsa deben darse en un mismo espacio temporal, o que aquélla sea inminente.
- *Inminente*. Que sea próxima, esto es, que sea cercana; de no ser actual, que por lo menos esté a punto de ocurrir.

c) Sin derecho. La agresión debe ser injusta (carecer de derecho), porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad y no se justificaría la defensa.

d) En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. Ya se mencionó que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley.

e) Necesidad de la defensa. Significa que la acción realizada (repulsa) para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.

f) Racionalidad de los medios empleados. Quiere decir que el medio no sea extremo, esto es, que la agresión con que se defiende no sea irracionalmente desproporcionada.

g) Sin mediar provocación suficiente, dolosa e inmediata. El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ella. Malamente podrá decir y justificar alguien que repelió una agresión "sin derecho" quien ha dado motivo suficiente para ella.

D. *Presunciones.* Aparte de la forma genérica, la ley prevé presunciones *iuris tantum* de legítima defensa en el art. 15, fracc. IV, párrafo segundo del CPF, y en el art. 29, fracc. IV, párrafo segundo del CPDF.

E. *Exceso.* La repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción que sea necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño.

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, rebasando la medida necesaria para defenderse o para defender a otro. Al respecto, Von Liszt indica: "No debe traspasar los límites de la estricta necesidad."[5]

En la legislación soviética, para los casos de exceso en la legítima defensa se establecía una responsabilidad atenuada si como consecuencia existían homicidio o lesiones corporales graves o leves.[6]

El análisis del caso concreto revelará si hay o no exceso, conforme al art. 16 del CPF. Cuando exista tal exceso, se castigará por el delito cometido como si hubiera sido culposo. El art. 29, último párrafo, del CPDF, establece que en caso de exceso en legítima defensa se estará a lo previsto en el art. 83, tercer párrafo, que indica la imposición de la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito de que se trate, siempre que en relación con el exceso no exista otra causa de exclusión del delito.

F. *Problemas que plantea la legítima defensa.* Dichos problemas son cuestiones que inquietan al estudioso y que en la práctica maneja el derecho penal; constituyen confusión por falta de uniformidad de criterios al respecto:

[5] Franz von Liszt, citado por Irma Griselda Amuchategui Requena, *La legítima defensa y el derecho penal*, antología, SUA, UNAM, México, 1989, pág. 105.

[6] Kelina Raskovskaia Zdravomislov Schneider, *Derecho penal soviético. Parte general*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1970, pág. 59.

a) *Contra el exceso*. Se plantea si es posible que se presente esta figura de la legítima defensa y que el agresor (primero) obre a su vez en ejercicio de la legítima defensa cuando el atacado se excede en la repulsa a su agresión. Como se apuntó, no existe uniformidad en los autores, quienes tienen opiniones encontradas en cuanto a la respuesta.

Consideramos que no puede presentarse dicha figura jurídica, debido a que la ley, entre los requisitos señalados para integrarla, exige que no haya habido provocación y, en esta hipótesis, sí la hay. Por otra parte, la fundamentación de la legítima defensa impide la existencia de un círculo vicioso.

b) *Legítima defensa y riña*. Estas dos figuras comúnmente se confunden; sin embargo, son diferentes y no hay posible duda al respecto. Si se tiene presente en qué consiste la primera, bastará señalar que la riña es la contienda entre dos o más personas, pero tiene que ser de obra, no de palabra, y constituye una circunstancia atenuante en los delitos de lesiones u homicidio.

La riña es una contienda en que ambos sujetos se hallan en igualdad de circunstancias, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay un agresor y un agredido que repele la agresión.

En la riña, tácita o expresamente, los rijosos manifiestan su conformidad con las consecuencias, mientras que en la legítima defensa no, porque en ésta existe una excluyente de delito y, por tanto, de pena; en cambio, en la riña sólo ocurre una atenuante, pues los sujetos actúan al margen de la ley.

Por último, se niega categóricamente que ambas figuras puedan ocurrir de manera simultánea, pues una excluye a la otra. Éstas son independientes y de naturaleza diversa.

c) *Legítima defensa recíproca*. No es admisible que cada sujeto realice la misma conducta de legítima defensa, de manera paralela en un mismo comportamiento. Lo anterior se fundamenta en las consideraciones anotadas en los dos problemas anteriores.

d) *En el caso de inimputable*. Si un inimputable comete una acción "delictuosa" en ejercicio de la legítima defensa, al ser agredido obra en legítima defensa, pero se trata de un inimputable y su actuar se regulará por las disposiciones contempladas en la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* (LTMIDF). Nada impide que un menor o cualquier otro inimputable obre en legítima defensa.

El otro caso es aquel en el que un inimputable agrede, de modo que la cuestión será determinar si procede la legítima defensa contra un agresor inimputable. La respuesta es afirmativa, pues el agredido no tiene obligación de cerciorarse de la edad o padecimiento mental que tenga su agresor, por

lo cual actuará conforme a la tutela de esa circunstancia que exime la antijuridicidad; además, se debe tener presente que la naturaleza de la defensa legítima es objetiva.

2. Estado de necesidad

El estado de necesidad es otra causa de justificación o licitud de vital importancia, establecida en el art. 15, fracc. V, del CPF.

A. *Noción.* El estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En relación con la jerarquía de los bienes (salvado y sacrificado), existe desigualdad de opinión entre los autores. Para unos, el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado; para otros, puede tener la misma jerarquía.

El primer caso ocurre cuando para salvar la vida de una tripulación aérea o marítima se sacrifican caballos de pura sangre con un costo económico considerable; el segundo es aquel en el que se sacrifica una vida humana para salvar otra en una catástrofe (terremoto, inundación, guerra, etcétera).

Existe un ejemplo de cátedra citado durante años por los profesores de la materia penal, referente a dos marineros que naufragan, quienes, ante la circunstancia de tener que salvar sus vidas, y debido a que sólo existe una tabla que servirá para una sola persona, uno de ellos arroja al mar al otro (igualdad de bienes).

Consideramos que los bienes jurídicos pueden ser de igual valía y, sin embargo, existir el estado de necesidad. Esto es lo que aceptan los códigos penales federal y para el Distrito Federal con base en lo previsto en los arts. 15, fracc. V, y 29, fracc. V, respectivamente, que se refieren a un bien de menor o igual valor.

B. *Elementos.* Al analizar la definición legal del estado de necesidad se observa que éste se integra de los elementos siguientes:

a) Peligro. Debe existir la amenaza (posibilidad) de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. Al igual que la legítima defensa, el peligro debe ser real, actual o inminente (consúltese lo expuesto en el apartado anterior).

b) El peligro no debe haberlo ocasionado dolosamente el agente. La ley precisa que el peligro no debe haber sido ocasionado dolosamente por el agente; si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad.

c) El peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Al igual que en la legítima defensa, los bienes, sean propios o ajenos, son amparados por el

estado de necesidad. Tampoco aquí se precisa o distingue cuáles son, por lo que se entiende que cualquiera puede serlo.

d) Causar un daño. El agente obrará ante el peligro, de tal forma que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro (propio o ajeno). El daño carecerá de antijuridicidad.

e) Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro. Se precisa la ausencia de obligación por parte del agente de afrontar dicho peligro. De existir esa obligación, sería otra causa de justificación, pero no estado de necesidad.

f) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Ante el peligro, el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será causa justificada en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o no hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.

C. *Casos especialmente tipificados.* El CPF, además de la forma genérica con que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: el aborto terapéutico y el robo de indigente o famélico.

a) Aborto terapéutico. Llamado en la doctrina también *aborto necesario*, consiste, de acuerdo con el art. 334 del CPF, en lo siguiente: "no se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada [...] corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora."

En tal caso, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro. Para algunos, este caso plantea dos bienes jurídicos de jerarquía diversa, de modo que es mayor el valor de la vida de la madre que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, y para otros más el bien superior es la vida del producto (derecho canónico).

Algunos juristas consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

b) Robo de indigente o famélico. Es propiamente el robo producido por un estado de necesidad, contemplado en el art. 379 del CPF de la manera siguiente: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Este precepto ha sido criticado por adolecer de limitaciones y deficiencias. Se trata del robo de cosas que puedan satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo alimentos, sino también objetos que resulten indispensables para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno,

ropas e incluso dinero. El análisis y la crítica correspondientes se harán al estudiar los delitos en particular, en la segunda parte de este libro, al abordar el tema del robo.

De antemano se precisa que, de no existir tal precepto (ni el anterior de aborto terapéutico), se recurriría al art. 15, fracc. V, del CPF, el cual ampara de manera genérica ambos casos; por tanto, se concluye que no era necesario erigirlos como casos específicos cuya existencia, por otra parte, resulta muy difícil.

El CPDF, a su vez, hace referencia al estado de necesidad en la fracc. V del art. 29 de la manera siguiente:

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

3. Ejercicio de un derecho

El ejercicio de un derecho aparece junto con el cumplimiento de un deber, tal como se dispone en la fracc. VI del mismo art. 15 del CPF.

A. *Noción.* Consiste en causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etcétera.

El médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena causa una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de parecer lesiva, no es antijurídica porque actúa en ejercicio de un derecho; a su vez, el abogado y el actuario que toman bienes muebles ajenos por virtud de una orden de embargo no cometen robo, porque también actúan en el ejercicio de un derecho.

B. *En los deportes.* En la actividad deportiva resulta frecuente que los deportistas infieran determinadas lesiones a otros y, a veces, cometan homicidio. Al respecto, existen tres situaciones posibles:

a) Deportes en los que la práctica es individual. Una sola persona ejecuta la actividad deportiva, como gimnasia, natación, clavados, etc. No hay equipo o grupo en el que se practique conjuntamente. De lesionarse a otro deportista o resultar muerto, sería imposible fincar responsabilidad penal alguna, ya que se trataría de un mero accidente (salvo que se pruebe que se actuó con dolo).

b) Deportes que implican la participación directa de dos o más individuos. Igual que en el caso anterior, tampoco existe un combate, como el fútbol, volibol, etc.; no obstante, su práctica puede ser ruda o por lo menos existe la posi-

bilidad de causar daños a los compañeros. En esta hipótesis, de ocasionarse lesiones u homicidio, quien los infiera se verá beneficiado por la causa de justificación correspondiente al ejercicio de un derecho, con lo cual se elimina la antijuridicidad del hecho típico resultante, a menos que se pruebe dolo por parte del activo.

c) Deportes que en sí implican combate. Es el caso en que los deportistas contienden, como en el boxeo, las artes marciales, lucha libre, etc. De producirse lesiones u homicidio, existiría la causa de justificación derivada del ejercicio de un derecho. Igual que en el caso anterior, podría probarse dolo o incluso alguna agravante por parte del contendiente que causó la lesión o la muerte.

En el caso de los deportes, se presupone que el ejercicio de un derecho implica una autorización oficial por parte del Estado; de no existir ésta, el ilícito resultante puede entrar en el rubro de la responsabilidad penal. El CPDF contempla esta figura en el art. 29, fracc. VI.

4. Cumplimiento de un deber

A. *Noción.* El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El art. 15, fracc. VI, del CPF regula esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades. El CPDF lo prevé en el art. 29, fracc. VI.

En ese orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado en el apartado relativo al ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica en que el primer caso consiste en ejercer un derecho, mientras que en el segundo, en cumplir un deber, y muchas veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

5. Consentimiento del titular del bien jurídico

En 1994 se adiciona esta circunstancia excluyente del delito. Se encuentra en el art. 15, fracc. III, del CPF, que establece lo siguiente:

> **Artículo 15**. El delito se excluye cuando:
> [...]
> III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
> *a)* Que el bien jurídico sea disponible;
> *b)* Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
> *c)* Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo; [...].

En el CPDF se norma esta excluyente en el art. 29, fracc. III. Además, se incluye una presunción en el último párrafo de dicho precepto, que en un caso real presentaría una problemática delicada debido a la subjetividad del caso.

Esta nueva circunstancia o excluyente del delito, novedosa en nuestra legislación, hasta cierto punto, contempla una figura que se puede prestar a interpretaciones erróneas. Serán la doctrina, el criterio del juzgador, la jurisprudencia y una adecuada interpretación las que puedan precisar el verdadero sentido o *ratio legis* de esta nueva excluyente.

6. Obediencia jerárquica

Para algunos estudiosos, la obediencia jerárquica constituye una causa de inculpabilidad; para otros, una causa de justificación. En este libro se estudiará como causa de justificación.

A. *Noción.* La obediencia jerárquica se contemplaba en la fracc. VII del art. 15 del CPF antes de las reformas de enero de 1994. Se definía como causar un daño en obediencia 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.

Al respecto, Castellanos Tena expresa:

> Con motivo de la reforma penal publicada en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica no figura expresamente entre las causas de exclusión del delito; la nueva fracción VIII del artículo 15; la relativa a la actuación del inferior para evitar graves consecuencias hará operar una no exigibilidad de otra conducta (fracción IX); cuando se obedezca la orden por cumplimiento de un deber de obediencia, el caso encuadra en la amplia fórmula de la fracción VI de dicho precepto.[7]

Actividades

1. En tres delitos que haya tomado del código penal, precise en qué consiste la antijuridicidad.
2. Del art. 15 del CPF y del 29 del CPDF, distinga cada causa de justificación.
3. Con base en una noticia periodística en que se presente legítima defensa, indique cada elemento de esta última.
4. Complete el cuadro 20 a fin de distinguir y marcar los rasgos característicos de la legítima defensa, la riña y el estado de necesidad.

[7] Fernando Castellanos Tena, *op. cit.*, pág. 267.

Cuadro 20 **Características de la legítima defensa, la riña y el estado de necesidad.**

	Legítima defensa	Riña	Estado de necesidad
Noción			
Artículo del CPF y del CPDF			
Elementos			
Punibilidad			

5. Proponga un ejemplo de cada una de las figuras siguientes:
   a) Ejercicio de un derecho.
   b) Cumplimiento de un deber.
   c) Legítima defensa.
   d) Consentimiento del titular del bien jurídico.
6. Proponga dos casos de exceso en defensa legítima.
7. Escriba un resumen sobre semejanzas y diferencias entre ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.
8. Elabore un cuadro comparativo entre las circunstancias excluyentes previstas en el CPF, el CPDF y un código penal de algún estado, a su elección.
9. Relacione el contenido del art. 29, fracc. III, con el 127 del CPDF.
10. Argumente sobre el tema de la "disponibilidad" de bienes jurídicos y su alcance legal.

Autoevaluación

1. ¿Qué es la antijuridicidad?
2. ¿Cuál es el aspecto negativo de la antijuridicidad?
3. ¿Cuáles son los elementos de la legítima defensa?
4. ¿Qué bienes ampara la legítima defensa?
5. ¿Cuáles son las presunciones legales sobre legítima defensa?

6. ¿Es punible el exceso en la legítima defensa?

7. ¿Cuáles son los casos específicos de estado de necesidad contemplados en los códigos penales federal y del Distrito Federal?

8. ¿Qué es el cumplimiento de un deber?

9. ¿En qué consiste el consentimiento del titular del bien?

10. ¿Cuál es la diferencia entre legítima defensa y riña?

11. Coloque una F o una V dentro del paréntesis, según se trate de falso o verdadero:

    a) Puede existir la legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa. ( )

    b) Pueden coexistir la legítima defensa y la riña. ( )

    c) Puede haber legítima defensa recíproca. ( )

    d) Se puede presentar la legítima defensa contra inimputables. ( )

    e) Para que exista el estado de necesidad se requiere que los bienes sean de igual valía. ( )

    f) En el estado de necesidad, el peligro puede amenazar a una persona diferente de la que causa el daño. ( )

    g) El delito de lesiones puede presentarse en el ejercicio de un derecho. ( )

    h) La expresión *defensa propia* resulta más correcta que la de *legítima defensa*. ( )

    i) Lingüísticamente es más correcta la expresión *defensa legítima* que *legítima defensa*. ( )

7 La imputabilidad y su aspecto negativo

7.1 Noción

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente en el momento de cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si antes no se es imputable. A esto se refiere, entre otras cosas, el tema de la prelación lógica de los elementos del delito.

Es imputable quien goza de salud mental, no se encuentra afectado por sustancias que alteren su comprensión y tiene la edad que la ley señala para considerar a las personas con capacidad mental para ser responsables de delito; en los estados de la República Mexicana, en el Distrito Federal y en materia federal, es a partir de los 18 años, pues así lo establece el art. 18, párrafo 4º, de la CPEUM.

7.2 Acciones *liberae in causa*

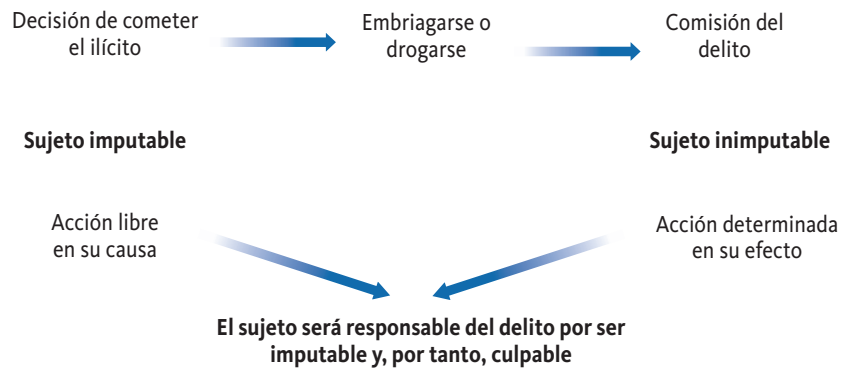
Las acciones *liberae in causa* son aquellas libres en su causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal. Por tanto, la ley lo considera responsable del delito; por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman de este modo porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto. A ellas se refieren los arts. 15, fracc. VII, del CPF, y 29, fracc. VII, del CPDF.

7.3 Aspecto negativo: inimputabilidad

Noción

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

Cuadro 21 **Aspectos de la inimputabilidad.**



Causas

Concretamente, las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

- Trastorno mental. El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Sólo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o culposamente. En la legislación penal mexicana, la fracc. VII del art. 15 del CPF señala:

> Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.
>
> Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

El art. 29, fracc. VII, del CPDF, hace referencia a esta hipótesis.

- Desarrollo intelectual retardado. El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad sólo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.
- Miedo grave. Previsto, antes de las reformas del 10 de enero de 1994, en la fracc. VI del art. 15 del código penal vigente entonces, el miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar ante un mal inminente y grave. Es de naturaleza interna, a diferencia del temor fundado, que tiene su origen en una situación externa; por tanto, el temor fundado es causa de inculpabilidad. Actualmente se desprende del art. 29, fracc. VII, del CPDF.
- Minoría de edad. Se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad para entender y querer. De lo anterior se colige que el menor no comete delitos, sino infracciones a la ley. El problema es determinar una edad para ser imputable, considerando que no todos los jóvenes adquieren la capacidad para delinquir o no, a la misma edad. Ello depende en cada caso concreto de una multiplicidad de factores, tanto internos como externos. Antes cada entidad federativa establecía la edad para ser imputable, por lo que había estados en los que la imputabilidad se daba a los 15 o 16 años, mientras que en la mayoría, a los 18.

  Los menores de edad quedan al margen de la ley penal, de manera que a ellos es aplicable una medida de seguridad, en vez de una pena; se les recluye en el Consejo para Menores, en lugar de enviárseles a una cárcel.

Cabe mencionar que en México existe disparidad de edades, dependiendo de las materias que regulan ciertos actos; por lo que la capacidad para delinquir, casarse, trabajar o ser ciudadano mexicano no siempre coincide, cuando debiera ser la misma edad; es absurdo e incomprensible que una persona sea considerada capaz para contraer matrimonio y no lo sea para delinquir, o que tenga capacidad para trabajar, pero carezca de ella para cometer un ilícito.

Por último, otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta es el relativo al incremento de delitos cometidos por personas cada vez más jóvenes, así como la forma comisiva en grupo, que afecta seriamente a la sociedad. Actualmente tenemos casos de auténticos niños que cometen "infracciones" y muestran una peligrosidad de la que carecen muchos adultos. Esto nos lleva a considerar no sólo la edad de manera aislada, sino también la peligrosidad del sujeto, ya que la madurez no se presenta necesariamente al cumplir una edad cronológica determinada.

Actividades

1. En un resumen, precise las diferencias entre imputabilidad e inimputabilidad.
2. Proponga un ejemplo de homicidio en el que se presenten las acciones *liberae in causa*.
3. Precise la noción y dé un ejemplo de cada causa de inimputabilidad, conforme al cuadro 22.

Cuadro 22 **Causas de inimputabilidad.**

Causas de inimputabilidad	Noción	Ejemplo
Trastorno mental		
Desarrollo intelectual retardado		
Minoría de edad		
Miedo grave		

4. En grupos de tres alumnos, propicie un debate sobre la edad para ser imputable.
5. Consulte la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal* y resuma el tratamiento que se da a los menores en lugar de una pena.
6. Seleccione diversas notas periodísticas en las que se presente la comisión de delitos ejecutados por banda o pandilla, y haga un estudio comparativo de delitos, edades de los menores, víctimas, naturaleza del delito, etcétera.
7. Con base en varias notas periodísticas, señale conductas ilícitas cometidas por menores de edad y analícelas.

Autoevaluación

1. ¿Qué es la imputabilidad?
2. ¿Quiénes son inimputables conforme a la legislación penal mexicana?
3. ¿Qué son las acciones *liberae in causa*?
4. ¿Cuáles son las causas de inimputabilidad? Explique cada una de ellas.
5. ¿A qué edad se considera imputable un sujeto en México?
6. ¿Es inimputable el sordomudo?
7. ¿Cuál es la diferencia entre trastorno mental y desarrollo intelectual retardado?
8. ¿Es punible el delito cometido por un inimputable?
9. ¿Es causa de inimputabilidad el sonambulismo?
10. ¿Qué institución es la encargada de la atención de los menores infractores?
11. ¿El invidente es imputable?
12. ¿Cómo se acredita un trastorno mental transitorio?

8 La culpabilidad y su aspecto negativo

Ya se dijo que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica; aquí se estudiará el otro elemento necesario para que el delito se integre en su totalidad: la culpabilidad.

8.1 Noción

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, la cual provocará un juicio de reproche por parte del Estado.

Para Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta".[1]

Para Luis Jiménez de Asúa, culpabilidad es "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".[2]

Se debe insistir en que para ser culpable, antes hay que ser imputable.

8.2 Naturaleza

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías: la psicológica y la normativa.

[1] Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito,* Trillas, México, 1985, pág. 337.

[2] Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito,* 2ª ed., Temis, 1954, pág. 379.

- Teoría psicológica. Funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo.

  El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace al elemento volitivo.

- Teoría normativa. Según esta teoría, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma, a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

  En virtud de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, esta teoría excluye a los inimputables. El art. 8o. del CPDF prevé dos posibilidades de reproche: dolo y culpa (la preterintención subsiste en algunas legislaciones locales).

El CPDF establece en su art. 18:

> **Artículo 18** (Dolo y culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.
>
> Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.
>
> Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

El art. 19 señala:

> **Artículo 19** (Principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

Dolo

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. También se conoce como *delito intencional* o *doloso*.

Elementos. Los elementos del dolo son dos: ético, que consiste en saber que se infringe la norma, y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

Un enfermo mental no puede ser culpable, por carecer de imputabilidad.

Clases. Fundamentalmente, el dolo puede ser directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado.

- Directo. El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico; por ejemplo, el agente desea violar y lo hace. Hay dolo directo cuando la voluntad va encaminada en forma directa hacia el resultado.
- Indirecto o eventual. El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes; por ejemplo, alguien quiere lesionar

a un comensal determinado, para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, sabiendo que podrían resultar afectados otros sujetos.

- Genérico. Es la intención de causar un daño o afectación, o sea, la voluntad consciente encaminada a producir el delito. Hay penalistas que niegan la existencia de este dolo.
- Específico. Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba. Jiménez de Asúa critica esta denominación y considera más apropiada la de *dolo con intención ulterior*. Para ejemplificar el dolo genérico y el específico, puede servir el caso de homicidio en razón del parentesco o relación: existe un dolo de querer matar y un dolo específico de querer matar al ascendiente, descendiente, cónyuge, etc. En lo personal, opino que en esta hipótesis el dolo específico absorbe al genérico.
- Indeterminado. Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado; por ejemplo, colocar una bomba para protestar por alguna situación de índole política: el sujeto sabe que causará uno o más daños, pero no tiene intención de infligir alguno en particular.

Cabe insistir en que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico. Celestino Porte Petit elabora una clasificación más amplia al respecto.[3]

Culpa

La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, cuando pudo ser previsible y evitable. La doctrina le llama *delito culposo, imprudencial* o *no intencional*.

Ignacio Villalobos sostiene que hay 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 no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo.[4]

Elementos. Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra:

- Conducta (acción u omisión).
- Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes.

[3] Véase su *Programa de la parte general del derecho penal*, UNAM, México, 1958.

[4] Ignacio Villalobos, *Derecho penal mexicano*, 3ª ed., Porrúa, México, 1975, pág. 309.

- Resultado previsible y evitable.
- Tipificación del resultado.
- Nexo o relación de causalidad.

Cada elemento de la culpa se explica por sí mismo, de modo que no se detallarán, por ser entendibles.

Clases

- Consciente. También llamada *con previsión* o *con representación*, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.
- Inconsciente. Conocida como *culpa sin previsión* o *sin representación*, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser lata, leve y levísima:
  - *Lata*. En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño.
  - *Leve*. Existe menor posibilidad que en la anterior.
  - *Levísima*. La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

Punibilidad en los delitos culposos. Las reglas para punir estos delitos están previstas en los arts. 60, 61 y 62 del CPF, y 76 y 77 del CPDF.

Preterintención

Este tercer grado de culpabilidad, como ya se ha anotado, fue suprimido en las reformas del 10 de enero de 1994 del código penal aplicable entonces para el Distrito Federal y de fuero federal.

Algunos autores como Jiménez Huerta llaman a la preterintención también *ultraintención*, la cual consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia.

El tercer párrafo del art. 9o. del anterior código penal establecía: "Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."

En cada código penal local se establece la noción del delito preterintencional; sin embargo, hay que aclarar que no todas las legislaciones penales estatales lo contemplan.

Elementos. En el delito preterintencional se encuentran los elementos siguientes:

- Intención o dolo. De causar un resultado típico; de manera que el sujeto sólo desea lesionar.

- **Imprudencia en la conducta.** Por no prever ni tener cuidado; la acción para lesionar ocasiona un resultado distinto.
- **Resultado mayor que el querido.** La consecuencia del actuar imprudente ocasiona la muerte, de modo que se produce un homicidio preterintencional.

Punibilidad. La fracc. VI del art. 60 del código anterior, ya derogada, señalaba: "En caso de preterintencionalidad, el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuera intencional."

Justificación de la punibilidad. Se cuestiona por qué si en los delitos culposos (imprudenciales) el agente no tiene intención de causar un daño o afectación a un bien jurídico, existe una pena. La respuesta es que el sujeto deja de tener la cautela o precauciones exigidas para evitar una consecuencia dañosa a otros.

Por ello se sanciona al responsable del delito aunque no haya intención delictuosa, pero es reprochable su falta de previsión y cuidado; por otra parte, se protege a la sociedad, que quedaría en estado de abandono jurídico si no se castigaran los delitos culposos.

Delitos que pueden revestir la forma culposa. Dada la naturaleza de cada delito, sólo algunos de ellos admiten la forma culposa, mientras que otros, por su propia naturaleza, únicamente son intencionales. Aunque en la segunda parte de esta obra se verá qué delitos admiten la culpa y cuáles no, en el cuadro 23 se presentan algunos ejemplos ilustrativos.

Cuadro 23 Configuración de la culpa.

Delitos en que se puede configurar la culpa	Delitos en que no es configurable la culpa
Homicidio	Violación
Lesiones	Estupro
Daños	Aborto *honoris causa* (CPF)
Daño en propiedad ajena	Robo

El CPF indica qué delitos pueden ser culposos en el art. 60, párrafo segundo. El CPDF lo establece en el art. 76, párrafo tercero.

8.3 Aspecto negativo: inculpabilidad

Noción

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Causas de inculpabilidad

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento:

- Error esencial de hecho invencible (error de tipo y de prohibición).
- Eximentes putativas.
- No exigibilidad de otra conducta.
- Temor fundado.
- Caso fortuito.

Clases de error. El error puede ser de hecho o de derecho:

- Error de hecho. Puede ser esencial (vencible e invencible) o accidental: *aberratio ictus* (en el golpe), *aberratio in persona* (en la persona) y *aberratio delicti* (en el delito).
- Error de derecho. Ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo. No puede decirse que es inculpable quien comete un ilícito por error de derecho, ni puede serlo por ignorar el derecho, ya que su desconocimiento no excusa de su cumplimiento. En el error de derecho no existe causa de inculpabilidad.

Error invencible

Error. Es la falsa concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto.

Ignorancia. Es el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento.

a) Error de hecho. El error recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero es un error respecto de los elementos del tipo; en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.

b) Error esencial. Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo.

- *Error esencial vencible*. Cuando subsiste la culpa a pesar del error.
- *Error esencial invencible*. Cuando no hay culpabilidad. Este error constituye una causa de inculpabilidad.

c) Error accidental. Cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.

- *Aberratio ictus*. Es el error en el golpe. De todas formas se contraría la norma. Por ejemplo: alguien quiere matar a una persona determinada,

pero a quien priva de la vida es a otra, a causa de imprecisión o falta de puntería en el disparo. A pesar del error, el delito existe.

- *Aberratio in persona*. Es el error sobre el pasivo del delito. Igual que en el anterior, se mata, pero en este caso, por confundir a una persona con otra. El delito existe.
- *Aberratio in delicti*. Es el error en el delito: se produce otro ilícito que no era el querido. Por ejemplo, Juan quiere lesionar a Pedro, pero lo priva de la vida. El delito existe.

Conclusión: es causa de inculpabilidad únicamente el error de hecho esencial invencible.

Resulta más común y también más exacto hablar de *error de tipo* y *error de prohibición*, en vez de *error de hecho* y *error de derecho*.

El error de tipo consiste en que el agente obra bajo un error sobre alguno de los elementos del tipo penal; el error de prohibición se refiere a que el agente cree, erróneamente, que su actuación está amparada por una causa justificativa.[5]

El texto vigente del CPF establece, en su art. 15, fracc. VIII, lo siguiente:

> VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;
>
> A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
>
> B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.
>
> Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

El art. 29, fracc. VIII, del CPDF, establece lo siguiente:

> **Artículo 29** (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:
>
> [...]
>
> VIII. Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de:
>
> *a)* Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
>
> *b)* La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. [...]

Eximentes putativas

Son los casos en que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho) que está amparado por una circunstancia justificativa.

[5] *Cfr.* Fernando Castellanos Tena, *op. cit.*, págs. 239-241.

- Legítima defensa putativa. El sujeto cree obrar en legítima defensa por un error esencial invencible de hecho. Por ejemplo: en una calle solitaria, alguien se acerca de manera sospechosa a otra persona y ésta, creyendo que va a ser agredida, le da un golpe severo; después se sabe que el individuo sospechoso sólo quería preguntar la hora.
- Legítima defensa putativa recíproca. Dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho, ante la creencia de una agresión injusta, y obrar cada una de ellas en legítima defensa a causa de ese error.
- Legítima defensa real contra la legítima defensa putativa. Puede ocurrir también una conducta típica resultante de obrar una persona en legítima defensa real contra otra que actúa en legítima defensa putativa. Habrá dos resultados típicos y dos excluyentes de responsabilidad: al primero le beneficiará una causa de justificación y al otro, una causa de inculpabilidad.
- Estado de necesidad putativo. La comisión de un delito puede existir cuando el agente, por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad. Para algunos autores, cuando los bienes jurídicos (el sacrificado y el salvado) son de igual jerarquía, se trata del estado de necesidad como causa de inculpabilidad.
- Cumplimiento de un deber putativo. El sujeto puede creer que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un error esencial de hecho invencible.
- Ejercicio de un derecho. Esta figura será factible si se produce un delito por un error de la misma naturaleza de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

No exigibilidad de otra conducta

También llamada inexigibilidad de otra conducta, se presenta cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc., de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento (art. 15, fracc. IX, CPF).

El art. 29, fracc. IX, la prevé denominándola *inexigibilidad* de otra conducta.

Un ejemplo sería el siguiente: una persona que conduce su automóvil advierte que hay una persona tirada en la calle y requiere auxilio, pero no se detiene a ayudarla porque en su auto lleva a su madre gravemente enferma hacia el hospital.

Temor fundado

Contemplado antes de las reformas del 10 de enero de 1994 en la fracc. VI del art. 15 de aquel código penal, consistía en causar un daño por creerse el sujeto fundadamente amenazado de un mal grave, por lo que actuaba por ese temor, de modo que se originaba una causa de inculpabilidad, pues se coaccionaba la voluntad. Actualmente, puede verse como una hipótesis de no exigibilidad de otra conducta

(arts. 15, fracc. IX, CPF y 29, fracc. IX, CPDF). No confundir miedo grave con temor fundado; el primero es causa de inimputabilidad, mientras que el segundo es causa de inculpabilidad.

Caso fortuito

Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas. Ésta es la noción legal prevista en la fracc. X del art. 15 del CPF; el CPDF no la incluye dentro de la hipótesis de exclusión del art. 29.

En realidad, para algunos penalistas el caso fortuito es una causa de inculpabilidad, mientras que para otros es una excluyente de responsabilidad ajena a la culpa, pues se obra con precaución y al realizar un hecho lícito se produce un resultado sólo por mero accidente, lo cual deja absolutamente fuera la voluntad del sujeto.

Conforme al criterio de Carrancá y Rivas, que compartimos, el caso fortuito no debiera ser considerado una excluyente de incriminación, ya que se causa un daño por mero accidente.[6]

Actividades

1. Complete el cuadro 24 a efecto de realizar un estudio comparativo entre la imputabilidad y la culpabilidad.

Cuadro 24 **Estudio comparativo entre la imputabilidad y la culpabilidad.**

	Noción	Aspecto negativo	Causas de inimputabilidad / Causas de inculpabilidad	Artículo del Código Penal
Imputabilidad				
Culpabilidad				

2. Ejemplifique con delitos que puedan ocurrir en las siguientes formas o grados de culpabilidad: doloso, imprudencial o culposo.
3. Elabore un cuadro sinóptico en el que se distinga cada elemento y las clases de dolo.
4. Mencione varios ejemplos en los que se advierta la presencia de la inculpabilidad.
5. Proponga un ejemplo sobre la inexigibilidad de otra conducta.

[6] Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, *Código penal anotado*, Porrúa, México, 1998, pág. 131.

Autoevaluación

1. ¿Cuál es la noción de culpabilidad?
2. ¿Cuáles son los tipos o grados de culpabilidad?
3. ¿Qué es el dolo y cómo se clasifica?
4. ¿En qué consiste la culpa?
5. ¿Qué era el delito preterintencional?
6. Mencione tres delitos que no admitan la forma culposa.
7. Explique las causas de inculpabilidad.
8. ¿Cuál es el error que constituye causa de inculpabilidad?
9. ¿Qué son las eximentes putativas?
10. Establezca la diferencia entre el *aberratio ictus*, *in persona* e *in delicti*.
11. Precise la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad.
12. Distinga el aspecto negativo de la antijuridicidad y el aspecto negativo de la culpabilidad.
13. En su opinión, ¿el caso fortuito debe ser previsto en la legislación penal?
14. Precise la diferencia entre temor fundado y miedo grave.
15. Cite los códigos penales que contemplen la preterintención.

9 La punibilidad y su aspecto negativo

Con frecuencia se confunden las nociones que en seguida se estudiarán, porque, a pesar de emplearse indiscriminadamente como sinónimos, cada una de ellas tiene un significado propio. Tal distinción servirá para manejar, de manera adecuada, la terminología respectiva. Dichas nociones son: punibilidad, punición, pena, sanción y castigo.

9.1 Punibilidad

Es la amenaza de una pena que establece la ley, para, en su caso, ser impuesta por el órgano jurisdiccional, una vez acreditada la comisión de un delito. Cuando se habla de punibilidad, se está dentro de la fase legislativa. Por ejemplo: se está ante la noción de punibilidad cuando el CPDF establece que a quien cometa el delito de homicidio simple se le impondrán de ocho a 20 años de prisión.

9.2 Punición

La punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.[1]

Cuando se está ante la punición, nos encontramos en la fase judicial. Por ejemplo: cuando un juez penal, al dictar sentencia condenatoria, establece que al procesado se le imponen 10 años de prisión (respetando, claro, el mínimo y máximo de la punibilidad establecida en la norma).

[1] *Cfr.* Luis Rodríguez Manzanera, *Penología*, 3ª ed., Porrúa, México, 2003, págs. 87 y siguientes.

9.3 Pena

Pena es la restricción o privación de derechos que se ejecutan de manera efectiva en la persona del sentenciado; la pena es, entonces, la ejecución de la punición. Ésta será la fase o etapa ejecutiva. Es cuando el sentenciado queda a disposición de las autoridades administrativas para ser internado en el Centro de readaptación social correspondiente. Aquí se está ante la etapa ejecutiva (administrativa).

9.4 Sanción

De manera genérica, el término *sanción* se usa como sinónimo de *pena*, pero, propiamente, ésta corresponde a otras ramas del derecho y es un castigo o carga que se impone al merecedor de ella, quien quebranta una disposición legal no penal. Sin embargo, el Título Tercero del Libro Primero del CPF se refiere a la aplicación de las "sanciones". El CPDF hace referencia a penas y medidas de seguridad.

La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa; por ejemplo, multa, clausura, etc. Debe tenerse presente que no se podrá imponer una pena si previamente no existe una ley que la establezca (*nulla poena sine lege*).

Respecto de la punibilidad como elemento del delito, algunos autores sostienen diversas posturas; así, para unos es un auténtico elemento de delito, mientras que para otros es sólo una consecuencia del delito. Recuérdese que el art. 7o. del CPF enuncia: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." Independientemente de la postura que se adopte, se incluye su análisis como elemento, a fin de conocerlo y manejarlo correctamente. En lo personal, no considero la punibilidad como elemento del delito (conducta típica y antijurídica), sino como consecuencia legal del mismo.

9.5 Castigo

Este vocablo obedece a la concepción antigua del derecho penal, cuando no se consideraba al delincuente merecedor de ser tratado como una persona digna para readaptarla y reinsertarla a la sociedad, cuando no se veía en la pena función alguna más que la de castigar para lograr el arrepentimiento del sujeto y escarmiento para los demás (ejemplaridad). De ahí que las penas fueran verdaderos castigos inhumanos (véanse las penas corporales, capitales e infamantes antiguas en el cuadro 30).

Dentro de la fase humanitaria, esta concepción de pena-castigo-retribución empezó a cambiar, y ya para la etapa científica, la pena es considerada un medio para lograr la adaptación o readaptación social del delincuente (art. 18, CPEUM), al tiempo que se le separa del grupo social para, posteriormente, reinsertarlo. De hecho, los organismos de tutela de derechos humanos vigilan que a los procesados y sentenciados no se les impongan más penalidades o sufrimientos que atenten contra sus derechos humanos.

9.6 Variación de la pena

En principio puede decirse, a manera de fórmula, que a delito igual corresponde una pena igual. Si *A* mata, la pena imponible será igual a la que se impondrá a *B*, quien también mató; sin embargo, existen tres variantes que modifican la penalidad: arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes.

Arbitrio judicial

El arbitrio judicial deriva de los márgenes señalados por la norma penal que establece una punibilidad, al considerar que ésta tiene una dimensión que va de un mínimo a un máximo, dentro de la cual el juez podrá imponer la que estime más justa y apegada al caso concreto.

Lo anterior significa que el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considere más adecuada. Para ello, tendrá en cuenta lo establecido en los arts. 51 a 55, CPF y 70 a 72, CPDF. Al respecto, véase el cuadro 25. Del arbitrio judicial se desprende la individualización judicial.

Cuadro 25 **Arbitrio judicial.**

	CPDF Pena		CPF Pena	
Delitos	**Mínimo**	**Máximo**	**Mínimo**	**Máximo**
Homicidio simple	8 años	20 años	12 años	24 años
Estupro	6 meses	4 años	3 meses	4 años
Violación simple	6 años	17 años	8 años	24 años
Homicidio agravado	20 años	50 años	30 años	60 años
Aborto *honoris causa*			6 meses	1 año
Homicidio en riña	4 años	12 años	4 años	12 años

El arbitrio judicial se ubica entre el mínimo y el máximo de la punibilidad, siguiendo el criterio personal del juez para individualizar la punibilidad que es general.

Circunstancias atenuantes o privilegiadas

Las circunstancias atenuantes o privilegiadas son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se vea disminuida; por ejemplo, homicidio en riña, duelo, por emoción violenta, con consentimiento de la víctima, robo de uso, robo por mínima temibilidad, etcétera.

Circunstancias agravantes

Las circunstancias agravantes son las consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena agravándola; por ejemplo, homicidio con premedi-

tación, saña, alevosía, ventaja, odio, traición, etc. En el delito, el legislador señala casos de agravamiento según determinadas circunstancias.

Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta para variar la pena, con lo cual procura que la pena se ajuste al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y, de modo que la pena sea más justa.

Tanto en el caso de atenuantes como de agravantes se señala un mínimo o un máximo. En ningún caso el juez podrá imponer una pena menor a la señalada como mínimo ni una mayor de la establecida como máximo.

9.7 Aspecto negativo: excusas absolutorias

Noción

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que se presenta una conducta típica y antijurídica realizada por una persona física imputable y culpable; pero, por disposición legal expresa, no es punible, esto es, carecerá de castigo.

Excusas absolutorias en la legislación mexicana

Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas o razones, como se verá en cada caso concreto.

- Por estado de necesidad. Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad; por ejemplo: robo de famélico (art. 379, CPF) y aborto terapéutico (arts. 334, CPF, y 148, fracc. II, CPDF).
- Por temibilidad mínima. En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (art. 375, CPF).
- Por ejercicio de un derecho. El caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación (arts. 333, segunda parte, CPF, y 148, fracc. I, CPDF).
- Por culpa o imprudencia. Un ejemplo de este tipo de excusa absolutoria es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada (arts. 333, CPF, y 148, fracc. IV, CPDF). También se encuentra dentro de esta hipótesis el caso de lesiones u homicidio previsto en los arts. 321 *bis* del CPF y 139 del CPDF, que se refiere a las lesiones u homicidios culposos en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado.

- Por no exigibilidad de otra conducta. Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas (arts. 400, CPF, y 321, CPDF).
- Por innecesariedad de la pena. Esta excusa se presenta cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona por senilidad o por precario estado de salud, que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena (arts. 55, CPF, y 75, CPDF). Este último precepto considera innecesaria la aplicación de la pena en los casos siguientes: *a*) por haber sufrido el agente consecuencias graves en su persona; *b*) por senilidad avanzada, y *c*) por padecer enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado de salud.

9.8 Condicionalidad objetiva y su aspecto negativo

Aunque en este caso se trata de otro elemento del delito, dada su naturaleza controvertida, pues la mayoría de los autores niegan que se trate de un verdadero elemento del delito, se ha incluido en el tema de la punibilidad por su relación estrecha con ésta. Al igual que la punibilidad, la condicionalidad objetiva no es propiamente parte integrante y necesaria del delito; éste puede existir sin aquélla.

Noción

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito.

Jiménez de Asúa, quien los denomina *condiciones objetivas de punibilidad*, afirma que "... son presupuestos procesales a los que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras de delito".[2]

Cabe mencionar que Franco Guzmán, en sus clases y conferencias, critica esta expresión de *perseguir el delito*, ya que lo perseguible es el delincuente, crítica con la cual estoy totalmente de acuerdo.

En realidad, las condiciones objetivas son elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la conducta, la perseguibilidad, etc. Un ejemplo es el tipo penal de aborto *honoris causa*, donde el CPF exige la concurrencia de tres requisitos (art. 332).

[2] Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pág. 425.

Ausencia

La ausencia de condicionalidad objetiva es el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue. De hecho, constituye una especie de atipicidad.

Como comentario final a este gran tema de los elementos del delito, sólo restaría destacar la importancia del adecuado manejo de los mismos. Conocer, identificar y distinguir cada uno de ellos y, sus correspondientes aspectos negativos, harán posible no sólo el conocimiento teórico que servirá para reconocer cuándo estamos en presencia de un delito y no confundirlo con otro, sino también, en la práctica y desde el punto de vista del derecho procesal penal, nos será útil para saber si se presentan los elementos del tipo penal o cuerpo del delito. Se menciona indistintamente "elementos del tipo penal" y "cuerpo del delito", ya que existe una gran indecisión por parte del legislador y constantemente cambia de opinión sobre si debe ser una u otra la expresión adecuada.

Antes de 1994 era *cuerpo del delito*; de 1994 a mayo de 1999 fue *elementos del tipo penal* y, a partir de esta última fecha, se regresó a *cuerpo del delito.* Con las reformas constitucionales de 2008 y 2009 el art. 16 cambia dicha terminología por "datos que establezcan que se ha cometido ese hecho (delito)", noción esta que me parece más ambigua.

Actividades

Complete los cuadros 26, 27 y 28.

Cuadro 26 La pena.

	Noción y ejemplo
Punibilidad	
Punición	
Pena	
Sanción	
Arbitrio judicial	

Cuadro 27 Circunstancias modificadoras.

	Noción y ejemplo
Circunstancias atenuantes	
Circunstancias agravantes	

Cuadro 28 **Aspecto negativo de la pena.**

	Noción y ejemplo
Aspecto negativo de la punibilidad	
Excusas absolutorias especiales	
Condicionalidad objetiva	

Autoevaluación

1. ¿Qué se entiende por punibilidad?
2. ¿Qué son las circunstancias atenuantes?
3. ¿Qué son las excusas absolutorias?
4. Mencione tres casos de excusas absolutorias especialmente tipificadas en la legislación penal mexicana.
5. ¿Qué se entiende por condicionalidad objetiva?
6. Mencione un caso en que la ley exija la existencia de una condicionalidad objetiva de punibilidad.
7. Relacione las columnas siguientes:

a) Pena	1. Castigo o carga a que se hace merecedor quien quebrante una norma no penal.	( )
b) Sanción	2. Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se infrinja la norma.	( )
c) Punición	3. Es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito.	( )
d) Punibilidad	4. Requisito que la ley señala, eventualmente, para que el delito sea sancionable.	( )
e) Condicionalidad objetiva	5. Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.	( )
f) Arbitrio judicial		
g) Castigo		

8. Proporcione la noción que, de acuerdo con las recientes reformas constitucionales, se da a lo que era el “cuerpo del delito” .

10 Teoría del delincuente

10.1 Generalidades

No todos los textos de derecho penal incluyen un capítulo dedicado al estudio del delincuente; sin embargo, si se considera lo expuesto al inicio de este libro respecto de que el derecho penal gira en torno de la ley, el delito, el delincuente y la pena, no se podrá pasar por alto al protagonista del delito, esto es, a la persona física que lo comete.

Sería absurdo tratar sólo el punto de vista jurídico como si el delito fuera una abstracción, cuando en realidad se trata de un acontecimiento que existe a causa del sujeto activo que lo realiza.

Aunque corresponde a la criminología analizar a fondo al criminal desde su enfoque interdisciplinario (sociología, biología, antropología y psicología, principalmente), también es cierto que desde el punto de vista del derecho penal se pueden apreciar ciertos aspectos necesarios para comprender los problemas que ofrece esta ciencia jurídica, en torno al sujeto que infringe la norma jurídico-penal.

10.2 El delincuente

Recordamos la constante afirmación de Quiroz Cuarón, quien decía: "no existen enfermedades, sino enfermos, de la misma manera que no existen delitos, sino delincuentes", aseveración que compartimos.

Noción

Delincuente es la persona física que realiza (por acción u omisión) la conducta delictiva y cuya responsabilidad penal ha sido probada y, consecuentemente, ha sido

sentenciado. Cabe insistir en que se trata de una persona física, para erradicar el error de creer que también la persona jurídica o moral puede serlo. Asimismo, se reitera que los animales sólo son un instrumento que eventualmente utiliza el hombre, pero la responsabilidad recae en el ser humano, por ser él el único con capacidad y voluntad.

Antiguamente, dada la investidura de ciertas personas, cuando cometían un delito se les llegaba a representar con un animal o cosa para que se aplicara la justicia y el delito no quedara impune, pero a la persona responsable se le exoneraba de sufrir la humillación del castigo; de ahí la conocida expresión de *chivo expiatorio*, porque con dicho animal se expiaba la culpa del delincuente; un chivo era sacrificado en la hoguera.

También existió la llamada *pena en efigie*, cuando se hacía un muñeco que ocupaba el lugar del delincuente y ese muñeco era colgado o quemado.

Rafael Márquez Piñero hace referencia, al tratar del castigo a animales, a situaciones por demás interesantes como éstas:

> La Edad Media fue la fase histórica en la que con mayor vigor se manifestó la tendencia en responsabilizar penalmente a los animales; así, se instruyeron procesos célebres contra ratones (en el siglo XVI en Autun, Francia), contra sanguijuelas (en el siglo XV en Berna, Suiza), contra las langostas (en España). El gran Jiménez de Asúa, en tiempos más cercanos, señaló tres casos: en Troyes, Francia, en 1845, se condenó a un perro por cazador furtivo; en Gran Bretaña, en 1861, en la localidad de Leeds, fue condenado un gallo por picotear a un niño en un ojo; y en Londres, en 1897, un elefante fue absuelto por un jurado que estimó que el animal había actuado en legítima defensa.[1]

Durante la década de 1930, en diversas poblaciones del estado de Querétaro se llevaba al "Concejo", que era una cárcel especial para animales y que se encontraba a un costado de la destinada a personas, a los burros o animales que invadían y causaban daño en terrenos ajenos (animales dañeros); los perros que tenían dueño, cuando mordían a alguna persona, eran encerrados en la cárcel y los dueños tenían que llevarles de comer mientras estaban "privados de su libertad", la cual recuperaban una vez que se pagaba la multa correspondiente.

Al respecto, Michel Pastoureau desarrolla un interesante recuento de juicios contra animales en la Edad Media. En muchos de ellos se aprecia un elevado grado de crueldad hacia el animal en cuestión, así como el simbolismo y la culpabilidad de éstos en relación con brujería y bestialismo (gatos, perros, chivos, burros y cuervos). Afirma este autor que el animal más llevado a juicio era el cerdo (nueve de cada diez

[1] Rafael Márquez Piñero, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Trillas, México, 1999, págs. 147 y 156.

casos) y que los teólogos hacían hincapié en que la Biblia recomendaba matar a "los animales homicidas, pues son a la vez, culpables e impuros".[2]

Diversas denominaciones

Antes de iniciar este apartado cabe precisar de manera categórica que es impropio llamar *delincuente* al inimputable, pues éste no delinque, ya que por su especial situación de incapacidad queda al margen del derecho penal.

En la terminología jurídico-penal, también se conoce al delincuente como *sujeto activo* o *agente*; en criminología se le llama *criminal* o *antisocial*, e incluso *sujeto desviado*; en el derecho procesal penal se le conoce como *arrestado, detenido, querellado, denunciado, imputado, juzgado, acusado, enjuiciado, demandado, reo, culpable, convicto, criminal, indiciado, sospechoso, sujeto activo del delito, probable sujeto activo del delito, probable responsable, presunto responsable, sujeto pasivo del proceso, procesado, encausado, apelante, apelado, recurrente, recurrido, bandido, encartado, sentenciado, preliberado*, etc.[3] La distinción entre cada uno de estos últimos términos atiende a cada fase del proceso penal, incluida la pospenal, o sea, aquella en la que el sujeto está cumpliendo la pena o ya la ha cumplido.

En derecho penal (sustantivo) al sujeto activo del delito se le llamará, de manera indistinta, *delincuente*, *agente* o *sujeto activo*.

Tampoco la persona moral o jurídica puede ser considerada responsable de delito, pese a que el art. 27 del CPDF hace referencia a las consecuencias jurídicas del delito cuando se trata de las personas morales (responsabilidad de las personas morales).

Los medios de difusión e información indistinta e indebidamente se refieren a sospechosos, indiciados o procesados como *delincuentes*, e incluso llaman *asesinos* a quienes el agente del Ministerio Público todavía no declara probables responsables y el juez penal aún no sentencia. Los vocablos *asesino*, *asesinato* y el verbo *asesinar* tienen su origen en la lengua árabe y han sido incorporados al derecho anglosajón y norteamericano.

Como dato interesante se presenta el siguiente: narra Cicerón que durante la República romana, los jueces utilizaban tres tablillas para el momento de resolver un caso, cada una con una letra distinta: *A, C* y *N.L.* La *A* significaba absuelto; la *C,* condenado, y *N.L.*, *Non Liquet*, que significaba que el delito no estaba probado. Cicerón decía que a la letra *A* se le conocía como *letra salvadora* o *saludable*.[4]

[2] Michel Pastoureau, *Una historia simbólica de la Edad Media occidental,* Kats, Buenos Aires, 2006, págs. 32-47.

[3] Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho procesal penal,* 2ª ed., Oxford University Press, México, 1996, pág. 179.

[4] *Cfr.* Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario jurídico universitario,* t. I, Heliasta, Buenos Aires, 2000, pág. 11.

Cuadro 29 **Denominaciones empleadas en los derechos penal, procesal penal y ejecutivo penal respecto del sujeto.**

Antes de dictarse la sentencia	Acusado Denunciado Indiciado Procesado Presunto o probable responsable Querellado Inculpado Enjuiciado Encausado
Al dictarse la sentencia	Sentenciado Criminal Delincuente
Durante el cumplimiento de la sentencia	Reo (convicto) Interno
Ya cumplida la sentencia	Ex reo Liberto o libertado (ex convicto)

Teoría del delincuente nato

Se hizo una referencia breve a este tema al estudiar las escuelas jurídico-penales. En la positiva, se destacó la importancia de las aportaciones de Cesare Lombroso, Ferri y Garófalo.

Cesare Lombroso fue un antropólogo y médico italiano nacido en 1835; entre sus innumerables y valiosas aportaciones históricas, médicas, literarias y antropológicas, legó al derecho penal, y sobre todo a la criminología, su teoría sobre el delincuente nato.

Dicha teoría ha sido muy criticada, en parte por interpretaciones inadecuadas, malas traducciones y personas que no aceptan reconocer los aciertos en los estudios de este gran hombre. Si bien la teoría referida tiene sus aspectos criticables, se debe reconocer que se trata del primer estudio científico realizado sobre el tema y aporta interesantes conclusiones que logran fortalecer el derecho penal y permiten el surgimiento de la ciencia criminológica.

De manera concreta, la teoría lombrosiana del criminal nato se resume así:

Lombroso, preocupado por el comportamiento humano, sobre todo por la conducta criminal, se dedicó a estudiar, en especial, a los criminales de su época. Trató con enfermos mentales y elaboró una serie de notas de las que extrajo, entre otros

aspectos, las características de distintos tipos de delincuentes, a quienes clasificó de acuerdo con sus características antropológicas y psicológicas.

Influido por Charles Darwin y con base en el estudio de un famoso delincuente de su época, cuyo cráneo presentaba ciertas anormalidades, semejantes a las de los simios, Lombroso concluyó que el delincuente era el "eslabón perdido", pues en la evolución de las especies el simio se convierte en hombre, pero queda un espacio que, según él, corresponde al "hombre delincuente"; es decir, un ser que no llegó a evolucionar adecuadamente y se quedó en una etapa intermedia entre el simio y el hombre: no es propiamente ni uno ni otro. Así, algunos aspectos psicológicos y antropológicos corresponden al hombre y otros al mono.[5]

Desde luego, dicha postura ha sido superada, pero muchas de las ideas de Lombroso son rescatables y necesarias, para los propósitos del estudio del criminal, en materia penal y criminológica.

Diversas nociones que actualmente se manejan en ciencias penales y afines a éstas parten de los estudios de Lombroso, como la peligrosidad, los factores criminógenos, la predisposición criminal, el concepto del delincuente como ser biopsicosocial, la clasificación del delincuente, los tratamientos para éste, etcétera.

Por último, cabe aclarar que Lombroso se refirió a la predisposición y no a la predestinación, como malamente le atribuyen algunos.[6]

Clasificación del sujeto activo

Para precisar en cada tipo penal al protagonista del delito, esto es, al sujeto activo, la doctrina lo clasifica en dos: indiferente y calificado. En el caso del *indiferente*, cualquier persona física puede ser sujeto activo, porque la ley no exige características específicas para serlo; ejemplos de ello serían el homicidio, lesiones y robo, entre otros. En el caso del *calificado*, la norma exige ciertas calidades para poder ser sujeto activo; en este caso, los ejemplos serían el homicidio en razón del parentesco o relación, infanticidio, algunos tipos de aborto, delitos cometidos por servidores públicos, etcétera.

10.3 Frecuencia del comportamiento delictivo

En esta sección abordaremos la periodicidad y el número de ocasiones en que el delincuente infringe la ley. En este aspecto no existe regla, pues hay sujetos que en toda su existencia no cometen ningún delito, otros que cometen varios y otros más que hacen del ilícito su forma de vida.

---

[5] *Cfr.* Luis Rodríguez Manzanera, *Manual de criminología*, SUA, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1979.

[6] Para mayor información acerca del tema, consúltese la obra de Cesare Lombroso, *L'Uomo Delinquente*, Fratelli Bocca, Turín, s. d.

Primodelincuencia

En este caso se encuentran los sujetos que por primera vez cometen un delito. El juez debe tener en cuenta esta circunstancia, para aplicar una pena más justa. El primodelincuente, de llegar a prisión, es quien más la padece por su falta de experiencia en la vida intramuros.

Reincidencia

La reincidencia se presenta cuando un sujeto delinque por segunda vez, siempre que haya sido sentenciado por el primer delito.

La reincidencia puede ser de dos tipos: genérica o específica.

- Reincidencia genérica. Se produce cuando el agente delinque por segunda vez, al cometer un delito de naturaleza diferente de la del primero; por ejemplo, el primer delito fue patrimonial y el segundo, sexual.
- Reincidencia específica. Se presenta cuando el primero y el segundo son delitos de la misma naturaleza; por ejemplo, ambos son delitos contra la salud (arts. 20 a 23, CPF).

El art. 65 del CPF establece que la reincidencia se tomará en cuenta "para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé".

Habitualidad

La habitualidad existe cuando el sujeto reincide en cometer dos veces más un delito de la misma naturaleza, siempre que los tres delitos se cometan en un periodo que no exceda de 10 años.

Para la criminología, la delincuencia es habitual cuando el sujeto hace de su conducta criminal una forma habitual de actividad; por ejemplo, el carterista que vive de robar carteras, el delincuente de cuello blanco, quien pertenece a la mafia, etcétera.

Ocasionalidad

La ocasionalidad se produce cuando el sujeto comete el delito en función de habérsele presentado la ocasión propicia. Puede tratarse de un delincuente primario o de un reincidente. Si su actuación criminal llega a ser muy frecuente, caerá en la habitualidad.

Delincuencia profesional

Actualmente existe la noción de "profesión" del crimen; se trata de desarrollar el comportamiento como una profesión, e incluso el sujeto trata de perfeccionarse y llega a haber especialidades, como en la comisión de algunos delitos patrimoniales, en materia internacional, de cuello blanco o cuello dorado, etc. Para su ejercicio se requiere una capacidad intelectual superior a la común, además de toda una organización que lleva implícita una gran capacidad económica y, en ocasiones, apoyo de personas dedicadas a la política. La llamada *delincuencia organizada* entraría en este rubro.

10.4 Identificación del delincuente

Cuando se detiene a un sujeto como probable responsable del delito imputado, la autoridad procede a identificarlo.

Nada es tan delicado como las acusaciones infundadas y los testimonios falsos o imprecisos. Ello da origen a innumerables injusticias, a pérdida de tiempo y dinero y, sobre todo, al menoscabo en la credibilidad de la ley y las autoridades.

De lo anterior se infiere que no bastan los datos e informaciones aportados por la víctima y los testigos, sino que es necesaria la intervención de los especialistas para lograr la identificación del delincuente.

Cabe señalar que la identificación se puede presentar tanto con detenido como sin él (en este último caso se emplean técnicas como el retrato hablado). Actualmente son de gran ayuda los programas de computadora para este efecto.

- Criminalística. Esta disciplina, que reúne conocimientos técnicos y científicos para la investigación del delito y del delincuente, resulta sumamente útil en el derecho penal, pues disipa los cuestionamientos formulados.

  Fundamentalmente, existen los sistemas de identificación siguientes:

  - *Dactiloscópico*. Mediante el examen de las impresiones dactilares se puede identificar a un sujeto. Cabe aclarar que no existen huellas digitales idénticas, pues todas son diferentes; por tanto, se trata de un sistema muy eficaz.
  - *Antropométrico*. Consiste en una serie de medidas, proporciones y características del cuerpo humano que sirven para distinguir a las personas y lograr su identificación.
  - *Retrato hablado*. Es la técnica por medio de la cual un sujeto (víctima o testigo) aporta los datos, rasgos o características del delincuente, mientras que un dibujante especializado en este ramo realiza la descripción gráfica, conforme a la información aportada. La validez y eficacia de un retrato hablado dependerá de la exactitud con que el informante proporcione los datos descriptivos.

    Existen técnicas más modernas en las cuales se manejan dibujos base, con micas transparentes sobrepuestas con distintos rasgos, formas y tamaños de ojos, bocas, anteojos, etc., que permiten combinaciones múltiples. Como hemos señalado, es invaluable la ayuda que ofrecen los programas de las computadoras.
  - *Química y biología forenses*. Mediante el análisis de sangre, semen, cabello, ropas y diversas sustancias orgánicas e inorgánicas, etc., se puede identificar a un sujeto. También resulta muy útil el uso del ADN en investigaciones forenses.

Paulatinamente, los avances en materia criminalística han superado los obstáculos que dificultaban o impedían la identificación. Por supuesto, se requieren técnicos o profe-

sionales de alto nivel en constante capacitación y actualización y un verdadero interés por parte de las autoridades, sin olvidar lo fundamental: la ética de dicho personal.

10.5 Concurso de personas

Al igual que en el delito, en el cual se vio que se puede presentar el concurso, respecto de las personas también ocurre el fenómeno de la concurrencia, esto es, la reunión de dos o más personas como sujetos activos del delito.

En principio, muchos delitos son cometidos por una sola persona. A veces, dos o más los cometen, mientras que en otras ocasiones la propia ley exige la concurrencia de dos o más sujetos para que pueda existir el delito.

Delito plurisubjetivo

Es aquel en el que la propia norma exige la concurrencia o participación de dos o más sujetos; por ejemplo, adulterio, incesto y delincuencia organizada.

- Noción de participación. La participación es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma; por ejemplo, homicidio o robo cometido por dos o más sujetos activos.
- Naturaleza de la participación. La participación ha sido tratada por diversas teorías, a fin de explicar su naturaleza:

  a) Teoría de la causalidad. Trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad. Quienes coadyuvan con su unión a causar el resultado son coautores, partícipes o codelincuentes.

  b) Teoría de la accesoriedad. El autor es quien realiza el acto delictivo o conducta típica; así, hay una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los partícipes.

  c) Teoría de la autonomía. Afirma que cada sujeto realiza una conducta autónoma, por lo cual se producen varios delitos. Respecto de sus conductas, existe autonomía.

La teoría más adecuada es la de la causalidad, siempre que se haga un análisis profundo de cada elemento del delito, considerando los objetivos y los subjetivos. En cualquier caso, cada partícipe debe responder por el daño causado.

- Grados de participación. En la participación existen diversos grados, según la forma y la medida en que participe cada sujeto:

  a) Autoría. Autor es la persona física que realiza la conducta típica, y puede ser material o intelectual.

  - *Autor material.* Es quien, de una manera directa y material, realiza la conducta típica.
  - *Autor intelectual.* Es quien idea, dirige y planea el delito.

b) Coautoría. En este caso intervienen dos o más sujetos en la comisión del delito.

c) Complicidad. La producen las personas que de manera indirecta ayudan a otras a cometer un delito.

d) Autoría mediata. Existe cuando el sujeto activo se vale de un inimputable para cometer el delito. El autor será el sujeto imputable, mientras que el medio o instrumento del que aquél se valió para cometer el ilícito será el inimputable.

e) Instigación. Consiste en incitar a otra persona a cometer el delito.

f) Provocación o determinación. Consiste en utilizar y aprovechar la idea que otra persona tiene, propiciando el reforzamiento para que cometa el delito.

g) Mandato. Consiste en ordenar a otros que cometan un delito, con beneficio sólo de quien lo ordena.

h) Orden. Es una especie de mandato, en el que el superior ordena al inferior la realización de un delito, en abuso de su autoridad.

i) Coacción. Se ordena la comisión de un delito, pero con algún tipo de amenaza hacia el sujeto.

j) Consejo. Se instiga a alguien para que cometa un delito en beneficio del instigador.

k) Asociación. Es un convenio que celebran varios sujetos para cometer un delito en beneficio de todos.[7]

Encubrimiento

El encubrimiento es el auxilio posterior que se brinda al delincuente. Propiamente no hay participación en el delito, sino ayuda posterior a él, para evitar la acción de la justicia o proteger al sujeto activo. Se pueden presentar las tres situaciones siguientes:

- Encubrimiento de otro delito. Consiste en la ayuda posterior a la ejecución del delito, que se da al delincuente previa promesa de hacerlo. En este caso se contempla una responsabilidad de quien ayuda en el delito cometido (arts. 13, fracc. VII, CPF; 22, fracc. VI, y 81, CPDF).
- Encubrimiento como delito autónomo. El art. 400 del CPF contempla el delito de encubrimiento, que abarca varias hipótesis, y también considera, como se mencionó en la parte relativa, varios casos de excusas absolutorias.

[7] *Cfr.* Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 42ª ed., Porrúa, México, 2001, págs. 293 y siguientes.

- Comisión de un delito distinto del convenido. En ocasiones, el acuerdo se da acerca de la comisión de un delito (por ejemplo, el robo), pero si alguno de los partícipes comete otro, no convenido (por ejemplo, violación), todos serán responsables de este segundo delito, a menos:

  I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
  II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
  III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y
  IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo. (Art. 14, CPF.)

  El art. 25 del CPDF hace referencia a esta hipótesis y denomina a esta figura *delito emergente*.

  Artículo 25 (Delito emergente). Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, todos serán responsables de éste, según su propia culpabilidad, cuando concurran los siguientes requisitos:

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

El art. 26 del CPDF contempla la autoría indeterminada, que se refiere al caso en que no pueda precisarse el daño que produjo cada uno.

- Encubrimiento por receptación. Con este nombre reconoce el CPDF la conducta consistente en adquirir, poseer, desmantelar, vender, enajenar, comercializar, traficar, pignorar, recibir, trasladar, usar u ocultar los objetos o productos del delito, si se hace con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en él (art. 243, CPDF). El art. 244 del propio ordenamiento establece que si quien recibió la cosa objeto del delito en venta, prenda o cualquier otro concepto, no tomó las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de aquélla, se hará merecedor a la pena prevista en el art. 243 en la proporción correspondiente al delito culposo.

  El tercer párrafo del art. 255 del CPDF establece una presunción legal sobre la existencia de asociación delictuosa o delincuencia organizada, cuando las mismas tres o más personas tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos.

Asociación delictuosa

La asociación delictuosa (conocida también como *banda*) se integra por un grupo o banda de tres o más personas que se organizan con el propósito de delinquir. Se castiga por el simple hecho de ser miembro de dicha asociación (arts. 164, CPF, 253 y 255, CPDF). Se agravará la pena si un miembro de la asociación o banda es o ha sido servidor público de alguna corporación policial o de las Fuerzas Armadas mexicanas.

Finalmente, cabe preguntarse si la asociación delictuosa es una especie de delincuencia organizada y si la delincuencia organizada es una especie de asociación delictuosa.

Pandilla

La pandilla es la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que, sin estar organizadas con el propósito de cometer delitos, cometen en común alguno (arts. 164 *bis*, CPF, y 252, CPDF).

La principal diferencia entre asociación delictuosa y pandilla es que la primera lleva el propósito de delinquir y la segunda no.

Se aplicará hasta una mitad más de las penas que correspondan por los delitos cometidos. Se agravará la pena si el miembro de la pandilla es o fue servidor público de alguna corporación policiaca.

El CPDF ubica los delitos de asociación delictuosa (banda) y a la pandilla bajo el rubro de Delito contra la Seguridad Colectiva; el CPF lo contempla como Delitos contra la Seguridad Pública.

Muchedumbre delincuente (delincuencia grupal)

Esta noción la maneja Jiménez de Asúa, quien identifica esta forma de delinquir como *delito de las muchedumbres* o *delito multitudinario*, porque "surge sin previo acuerdo, no es forma de la codelincuencia".[8] En lo personal, prefiero denominarla delincuencia grupal.

Expresa también que existe abundante bibliografía sobre la psicología de las muchedumbres y la naturaleza de sus delitos. Entre los problemas más delicados de las muchedumbres, turbas o grupos delictivos se encuentra el determinar la motivación y el contagio que los lleva a delinquir, así como precisar y delimitar la responsabilidad penal de cada uno de los que participan en la comisión del delito.

La muchedumbre delincuente o grupo delincuencial es la reunión de individuos en forma desorganizada y transitoria, que en ciertas condiciones cometen algún delito; incluso puede ser una sola vez. Un ejemplo de este tipo de crímenes sería el de Canoa, cuando habitantes de un pequeño poblado, enardecidos ante un reducido grupo de universitarios a quienes consideraban comunistas, los atacaron

[8] Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, págs. 510-526.

salvajemente hasta matarlos. También quedan comprendidos aquí los ataques tumultuarios por venganza primitiva, donde grupos de personas se hacen justicia por propia mano, evitando que la persona a quien consideran responsable de un delito llegue ante la autoridad; o bien, en otros casos el supuesto culpable es "arrancado" de manos de la autoridad para ajusticiarlo, porque no se confía en la procuración o administración de justicia.

Existen estudios muy interesantes acerca de la psicología de la delincuencia grupal, pues el sujeto individual reacciona de manera diferente, pero en grupo adquiere un comportamiento distinto, influido por otros, ya sea por sugestión, miedo o contagio. Un ejemplo de esto es el caso Canoa, ya citado. Otro, verdaderamente alarmante, fue el de Tláhuac (Distrito Federal), donde un grupo numeroso de personas quemaron vivos a dos agentes policiacos y lesionaron a otro.

Tal parece que los impulsos instintivos más primarios surgen y las normas culturales más elementales pasan a un segundo término.

Son varios los penalistas a quienes no satisface este término.

Secta criminal

La secta criminal es una especie de la delincuencia grupal. Sus integrantes comparten creencias y propósitos y actúan para lograr el fin que persiguen; ejemplo de ella son las sectas religiosas o narcosatánicas. Recuérdese el caso del suicidio en masa en la Guyana Francesa, en 1978, cuando los casi mil seguidores del reverendo Jim Jones aceptaron suicidarse bebiendo cianuro (otros fueron asesinados).

Delincuencia organizada

El 7 de noviembre de 1996 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*. En su art. 2o. establece lo que propiamente es su concepto:

> Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

Posteriormente se enuncian los delitos a que se refiere el precepto antes transcrito: terrorismo; delitos contra la salud; falsificación o alteración de moneda; operaciones con recursos de procedencia ilícita; asalto, tráfico de menores y robo de vehículos, previstos en el CPDF; acopio y tráfico de armas previstos en la *Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos*; tráfico de indocumentados, previsto en la *Ley General de Población,* y tráfico de órganos, previsto en la *Ley General de Salud*.

Compartimos las opiniones de todos los penalistas que se han manifestado en contra de esta ley, especialmente las consideraciones expresadas por Franco Guzmán, cuando se refirió a la versión del proyecto del 6 de noviembre de 1995:

> Para combatir a la delincuencia organizada, no es necesario elaborar una ley especial; basta perfeccionar el concepto de delincuencia organizada y aplicar los principios fundamentales de Derecho penal y de Derecho procesal penal vigentes en México, para tener un instrumento apropiado en contra del citado fenómeno.[9]

Nos adherimos también a otras opiniones que, en general, afirman lo innecesario de esta ley que repite conceptos y figuras jurídico-penales ya existentes, relacionados con la práctica de actos violatorios de derechos humanos, etcétera.

Para concluir, cabe destacar la importancia de que el juzgador considere los aspectos sociales, psicológicos y médicos principalmente, a fin de aplicar de manera más justa una pena, ya que quien comete un delito es, ante todo, un ser humano, el cual en muchas ocasiones es considerado en un segundo plano por dar mayor relevancia a aspectos meramente normativos.

El art. 254 del CPDF prevé el delito de delincuencia organizada.

Actividades

1. Escriba un resumen acerca de la noción de delincuente y de sus distintas denominaciones.
2. Elabore un cuadro que contenga las principales ideas de Lombroso respecto del delincuente y conclúyalo con un criterio personal.
3. Extraiga de los códigos penales federal y del Distrito Federal los preceptos que tratan lo referente a la frecuencia del comportamiento delictivo.
4. Forme un grupo de discusión en el que cada participante exponga la naturaleza, los grados y las reglas acerca de la participación.
5. Esquematice el tema referente a las distintas maneras de participar en el delito, y señale las características de cada una y su disposición legal.
6. Proponga diversos ejemplos relativos a la secta criminal.
7. Refiera varios ejemplos de crímenes provenientes de delincuencia grupal.
8. Haga una crítica sobre la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.*
9. ¿Qué es la asociación delictuosa?
10. Precise las diferencias entre la delincuencia organizada federal y local.

[9] Ricardo Franco Guzmán, "Comentarios al Proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada...", en *Criminalia,* México, septiembre-diciembre, 1995, págs. 218-261.

Autoevaluación

Escriba una *F* o una *V* en el paréntesis, según se trate de una aseveración falsa o verdadera:

1. Se llama *sujeto pasivo* al delincuente. ( )
2. Con el nombre de *agente* se conoce también al sujeto activo. ( )
3. *Criminal* es el término que emplean el derecho penal y el código penal. ( )
4. Las aportaciones de Lombroso se basan tanto en estudios médicos como antropológicos. ( )
5. La teoría lombrosiana se vio reflejada en la denominada escuela clásica del derecho penal. ( )
6. La reincidencia se clasifica en genérica y específica. ( )
7. La habitualidad consiste en que un sujeto comete el delito porque se le presentó la ocasión. ( )
8. Los sistemas de identificación criminal tratan de identificar al sujeto pasivo del delito. ( )

Conteste las preguntas siguientes:

1. ¿Qué se entiende por concurso de personas?
2. Explique cada uno de los grados de participación.
3. ¿Cuáles son las reglas de la participación?
4. ¿Qué se entiende por asociación delictuosa?
5. ¿Cuál es la diferencia entre encubrimiento y coautoría?
6. Distinga al sujeto activo indiferente del calificado.
7. ¿Qué es la secta criminal?
8. Establezca la diferencia entre pandilla y banda.
9. Defina la delincuencia organizada.
10. Explique el encubrimiento por receptación.

11 Teoría de la pena

11.1 La pena

La consecuencia última del delito es la pena. En el capítulo 9 se estableció la diferencia entre nociones similares (punibilidad, punición y pena, sanción y castigo), por lo que en éste se estudiará exclusivamente la pena.

Noción

Por *pena* se entiende la ejecución real y concreta de la punición que el Estado impone a través del órgano jurisdiccional correspondiente (juez penal), con fundamento en la ley, al sujeto del cual se ha probado su responsabilidad penal por la comisión de un delito.

Tanto la norma que prevé el delito como la pena y el tribunal deben existir previamente.

Ius puniendi. Esta noción significa "el derecho que tiene el Estado de imponer y aplicar penas". Ello en función de un acuerdo de voluntades entre los gobernantes y los gobernados, contrato social por el que se establece que el derecho a castigar reside en aquél. Esto se debe a la evolución que tuvieron las ideas penales desde la etapa de la venganza hasta nuestros días.

La idea de que sea el Estado quien goce de ese derecho debe ofrecer a los gobernados la tranquilidad y seguridad de que en un verdadero estado de derecho, quien resulte presumiblemente responsable de un delito sea enjuiciado con todos los derechos que la ley le concede para poder defenderse de la imputación, y que se acredite su culpabilidad, partiendo de un principio de inocencia.

Antecedentes

El estudio de la pena corresponde a una de las ramas de la criminología: la penología, la cual profundiza en su estudio e incluye sus antecedentes históricos hasta llegar a conclusiones sobre la efectividad o inutilidad de las penas. En este apartado únicamente se mencionarán algunas ideas al respecto y se recordará lo expuesto en el capítulo referente a la evolución del derecho penal, teniendo presentes sus etapas evolutivas.

Como se vio, la pena nace como venganza y con el tiempo se transforma y adquiere diversos caracteres y propósitos, más acordes con las necesidades sociales y con la evolución del pensamiento de la época.

En la Antigüedad importaba castigar con el fin de reprimir, eliminar al delincuente y provocar una reacción de escarmiento dirigido a los demás. Se creía que cuanto más cruel fuera una pena, más eficaz sería. Actualmente en algunos sectores ha resucitado este pensamiento: se cree que aumentando las penas disminuirá el delito. La realidad ha estado demostrando que no es así. Ello se debe a que los legisladores no son criminólogos y piensan que las penas, mientras mayor duración tengan, disminuirán el delito; incluso creen que la pena de muerte resolvería el tremendo problema de la delincuencia. La pena fundamental era la capital (de muerte), porque eliminaba al delincuente y algo era seguro: ese sujeto no volvería a delinquir.

Luego surgieron otras penas, como los trabajos forzados, las corporales (latigazos, mutilaciones, etc.), que causaban dolor físico y afectación psicológica, y las infamantes, que causaban descrédito social, desprecio y deshonor frente a los demás (pintar el rostro o vestir con ropas ridículas al delincuente); así, se creía que con la vergüenza escarmentaría el sujeto. También existió la pena pecuniaria, pero generalmente como accesoria.[1]

Cuando las ideas humanistas empiezan a influir en quien imparte justicia, la pena tiende a corregir más que a castigar severamente. La influencia de Cesare Beccaria, quien rechazó la crueldad y la larga duración de la pena, entre muchas otras cosas, fue decisiva.[2]

Hoy en día la pena se encuentra en un periodo científico. Se intenta castigar no sólo para causar afectación a bienes jurídicos del sujeto (patrimonio, libertad, etc.), sino también con el fin de readaptarlo y proteger a la sociedad; así, en la pena se ve un tratamiento.

No obstante, existen en la actualidad pueblos que por sus costumbres, creencias religiosas y cultura en general tienen un derecho penal que a otros pueblos, como el nuestro, les parece arcaico, intolerante e injusto y que, consecuentemente, no se ajusta a la etapa de evolución en que nos encontramos. Un ejemplo de ello es el derecho musulmán.

[1] *Cfr.* Luis Rodríguez Manzanera, *Manual de criminología, op. cit.*

[2] Cesare Beccaria, *op. cit.*

> El derecho penal islámico, dado su carácter religioso, no hace una distinción entre pecado y delito. El castigo del culpable sigue siendo, en el Derecho musulmán, en parte un asunto de derecho privado. [...]
> *Delitos contra la religión*. Los delitos son: la apostasía o sea el acto por el cual el musulmán abjura de su fe, y la blasfemia o injuria contra dios, un ángel o un profeta; si el apóstata no se retracta, es condenado a muerte. La fornicación, esto es, la relación sexual no legitimada, es castigada por una pena que varía de 100 azotes a la lapidación. La calumnia (entendida como falsa imputación de fornicación de parte de una musulmana capaz) es castigada con 80 azotes. El hurto, con la amputación de la mano derecha, y, en caso de reincidencia, amputación del pie y mano alternativamente. La ingestión de bebidas embriagantes, con 40 azotes. El bandolerismo es castigado con penas que varían de la fustigación (azotes) a la pena de muerte.[3]

Reacción social. Se dijo antes que el estudio científico de la pena corresponde a la penología, y uno de los temas fundamentales de esta disciplina es la reacción social. Éste es un tema necesario para entender cómo el grupo social reacciona ante los comportamientos desviados. Es recomendable, por no ser éste el momento ni el lugar, que el estudioso de estas áreas del conocimiento consulte este tema en las obras especializadas, para tener un panorama más completo del problema de la criminalidad y la pena.

Características

La pena tiene las características siguientes:

- Intimidatoria. Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que, al intimidarlo, no delinca.
- Aflictiva. Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos. Se trata de restringir, de afectar o suspender ciertos derechos.
- Ejemplar. Debe ser un ejemplo en los planos individual y general para prevenir otros delitos, tanto en el propio sujeto que delinquió, como en terceros, para evitar que incurran en una conducta semejante.
- Legal. Siempre debe provenir de una norma legal; previamente debe existir la ley que le da existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad ya referido: *nulla poena sine lege*.
- Correctiva. Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito, modificando su conducta y evitando su reincidencia.
- Justa. La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en la medida del caso de que se trata. Tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa.

[3] Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 5ª ed., Porrúa, México, 2003, págs. 144 y 145.

Recuérdese que las escuelas jurídico-penales describían la proporcionalidad de la pena; la clásica señalaba que debía ser proporcional al delito, en tanto que la positiva se refería a la peligrosidad. En relación con este tema, consúltese la obra del maestro Ignacio Villalobos.[4]

Fines

La pena debe cumplir con determinados fines:

- De corrección. La pena, ante todo, debe lograr corregir al sujeto; actualmente se habla de *readaptación social*; erróneamente se le llama *rehabilitación*, pero ésta es otra situación que prevén los arts. 99 y 101 de los códigos penales federal y del Distrito Federal, respectivamente.
- De protección. Debe proteger a la sociedad, manteniendo el orden social y jurídico. Cuando un sujeto peligroso se encuentra en prisión, el grupo social se siente seguro.
- De intimidación. Debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir (función preventiva).
- Ejemplo. Debe ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad.

11.2 Clasificación

Existen diversos criterios según los cuales se clasifica la pena: por sus consecuencias, por su aplicación, por la finalidad que persigue y por el bien jurídico que afecta.

Por sus consecuencias

- Reversible. La afectación permanece el tiempo que dura la pena, pero después el sujeto recobra su situación anterior y las cosas vuelven al estado en que se encontraban; por ejemplo, la pena pecuniaria.
- Irreversible. La afectación derivada de la pena impide que las cosas vuelvan al estado anterior; por ejemplo, pena corporal (en su verdadero sentido: mutilación, marca, etc.) o de muerte.

Por su aplicación

- Principal. Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia; es la pena fundamental.
- Accesoria. Es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal.
- Complementaria. Es adicional a la principal y deriva también de la propia ley.

[4] Ignacio Villalobos, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 5ª ed., Porrúa, México, 1990.

Cuadro 30 **Clasificación de la pena.**

- Pena
  - De muerte o capital
    - Antigua[5]: · colgamiento · decapitación · abandono a las aves · asfixia · emparrillamiento · aplastamiento · despeñamiento · lapidamiento · desollamiento · emparedamiento · apaleamiento · ahogamiento · empalamiento · *culleus* · enterramiento · reventamiento · trituramiento · hoguera · rueda · descuartizamiento · arrastramiento · desmembramiento · crucifixión · jaulas · *damnatio ad bestias* · *iron maiden* · la sierra
    - Moderna: · guillotina · horca · garrote vil · fusilamiento · silla eléctrica · cámara de gas · lapidamiento · inyección letal
  - Corporal
    - Antigua[6]: · colgamiento · mutilación · péndulo · aplastapulgares · escalera (potro) · cuna de judas · azotes · mordaza · horquilla del hereje · rompecráneos · aplastacabezas · la cigüeña · bastones · golpes · fracturas · marcas · declaración · flagelación · silla de interrogatorio · extracción de los ojos · sujeción · pera · collar · quebrantarrodillas · garras de gato · potro
    - Moderna: · celda oscura · restricción de agua · restricción de alimento · *Box sweat* · azotes · tortura · genitales · lengua · manos · castidad · erasmo · rectal · vaginal · oral · espinas · púas · con peso · física · psicológica
  - Pecuniarias: Confiscación · reparación del daño · multa · decomiso
  - Centrífugas: Destierro · deportación · degradación
  - Laborales: Trabajos forzados · minas · galeras · trabajos públicos
  - Mixtas: Combinación de dos o más
  - Infamantes: Picota · marcas · exposición · máscara · pintura · rape · amonestación · publicación especial de sentencia
  - Imaginarias: Suplantación · chivo expiatorio · efigie
  - Privativa de libertad: Prisión[7]

[5] *Cfr. Instrumentos de tortura desde la Edad Media a la época industrial.* Guía bilingüe de la exposición, Florencia, Italia, 2000.

[6] *Idem.*

[7] *Cfr.* Luis Rodríguez Manzanera, *Manual de criminología,* t. 2, *Penología,* SUA, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1979, págs. 161-166.

Por la finalidad que persigue

- Correctiva. Es aquella que procura un tratamiento readaptador para el sujeto; tiende a corregir su comportamiento, para después reinsertarlo.
- Intimidatoria o preventiva. Es aquella con la cual se trata de intimidar o inhibir al sujeto para que no vuelva a delinquir; funciona como prevención.
- Eliminatoria. Es la que tiene como finalidad eliminar al sujeto, ya sea de manera temporal (prisión) o definitiva (capital).

Por el bien jurídico que afecta

- Pena capital. Aunque el estudio de las penas y medidas de seguridad corresponde a la criminología, y en particular a una de sus principales ramas, la penología, aquí únicamente mencionaremos algunos aspectos generales.

  Conocida también como *pena de muerte*, y considerada como la más grave de cuantas penas existen, consiste en afectar el bien jurídico de la vida del delincuente.

  Antiguamente era la pena por excelencia y la más efectiva, ya que se eliminaba al criminal, evitando con ello problemas como la reincidencia y el gasto económico para el Estado durante la pena privativa de libertad. Se consideraba más efectivo, práctico y barato eliminar al sujeto que corregirlo.

  Con el transcurso del tiempo, y en distintos países, esta pena ha ido cayendo en desuso debido, principalmente, a reflexiones filosóficas en torno de ella, al avance que han tenido los derechos humanos y al rechazo por parte de criminólogos que aseguran que la pena de muerte no inhibe el crimen; ellos han demostrado que, en algunos países, al implantarla o reimplantarla aumenta el índice de delincuencia, por lo que es inexacto que funcione como prevención general.

  Existe abundante bibliografía acerca de los antecedentes de la pena capital y las investigaciones hechas desde diversos ángulos o materias; así, existen estudios jurídicos, religiosos, éticos, económicos, filosóficos, criminológicos y antropológicos, principalmente.

  Hasta hace poco, en México, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en su art. 22, tercer párrafo, prohibía la pena de muerte por delitos políticos y establecía que únicamente podría imponerse a delincuentes que hubieran cometido los siguientes ocho delitos: traición a la patria en guerra extranjera; parricidio; homicidio con alevosía, premeditación y ventaja; incendiario; plagiario; salteador de caminos; pirata y a reos de delitos graves del orden militar.

  Nótese que se mencionaba el parricidio, el cual desapareció de nuestra legislación con motivo de las reformas del 10 de enero de 1994 (no así en algunas legislaciones locales); además, respecto del homicidio agravado, solamente se

contempla el cometido con alevosía, premeditación o ventaja, pero no se señala el cometido con traición, a pesar de que ésta es la más grave de las circunstancias calificadas, ya que se refiere a personas unidas por nexos familiares, de amistad o confianza. Habrá que tomar en cuenta también que esta agravante lleva implícita, además, la alevosía, lo que hace más grave esta circunstancia.

Ahora bien, los códigos penales estatales no contemplan ya la pena de muerte: el de Sinaloa la derogó en 1962 y el de Sonora en 1975.

El *Código de Justicia Militar* (CJM) establecía también la pena de muerte en su art. 142.

Actualmente se discute mucho sobre las ventajas y desventajas de la pena de muerte. Al respecto, el doctor Rodríguez Manzanera señala las siguientes:

- *Ventajas*. Es barata, irrevocable, previene actos de justicia popular; es intimidatoria y ejemplar; el sufrimiento es mínimo; es selectiva; es un derecho del Estado; representa el interés social; logra la prevención especial; satisface la indignación pública; resulta fácilmente aplicable y es retributiva, necesaria, cristiana, de orden divino.
- *Desventajas*. Es antieconómica e irrevocable; produce en la colectividad deseos de venganza; no intimida; no ejemplifica; tortura al delincuente *in capilla*; es desigual; no es un derecho del Estado; no es de interés social; no es preventiva; la indignación pública se confunde con venganza pública; su facilidad de aplicación no la justifica, ya que su función retributiva se cumple difícilmente; es innecesaria; afirmar que es cristiana o de orden divino es un barbarismo; es supresiva, no correctiva; carece de las condiciones de divisibilidad y proporcionalidad, ya que muchos delitos son cometidos por desequilibrados, algunos de los cuales escapan, por ello, al castigo supremo.[8]

En épocas recientes, debido al desproporcionado aumento de la delincuencia y ante la impotencia, por parte del Estado, para reducir los índices de criminalidad, aunados a la fuerza de la opinión pública y de los medios de información, se cree que una manera de solucionar dicho problema sería la reimplantación de la pena de muerte; incluso, algunos partidos políticos recurren a esta propuesta en sus campañas políticas.

A continuación se transcribe un fragmento de la obra de Juan Federico Arriola, con el cual estamos de acuerdo:

> La pena de muerte significa impotencia para enfrentar la compleja naturaleza humana. Mientras continúa el debate acerca de esta terrible pena en diversos países y por

[8] Luis Rodríguez Manzanera, *Manual de criminología*, t. II, "Penología", págs. 161-166.

diferentes causas, millares de personas esperan un veredicto que decidirá su vida o su muerte.

¿Cuántos de ellos serán inocentes? ¿Cuántas injusticias se consumarán? ¿Cuántas declaraciones absurdas apoyarán la constante violación de los derechos inalienables? ¿De qué servirá la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, si en realidad imperará la brutalidad y no la razón?

La pena de muerte marca un retroceso por ir en contra de la naturaleza humana y por no resolver la delincuencia...[9]

Personalmente, no creemos que la solución al desmedido crecimiento de la delincuencia esté en la aplicación de la pena capital. Este problema se ha presentado en muchos países, se han buscado fórmulas y remedios, y los que funcionan en unos no necesariamente resultan útiles en otros. Se trata de una amplia variedad de problemas que hay que atacar antes, esto es, prevenir: desmedido crecimiento poblacional, pobreza, falta de educación, corrupción, leyes que deben mejorarse; pero sobre todo, mejores personas que las apliquen con verdadero sentido de justicia y con apego a la ética.

Los graves riesgos de implantar esta irreversible pena en México son, entre otros, el del error judicial (aplicarla a un inocente), la inmoralidad y la falta de ética de algunos servidores públicos dentro de la procuración y administración de justicia, etcétera.

El pueblo mexicano aún no está preparado, quizá ningún pueblo lo esté nunca, para tan drástica medida, además de que esta pena no ha demostrado que inhiba al delincuente, como ha sucedido en algunos estados de la Unión Americana, donde al implantarse ha aumentado considerablemente la delincuencia.

Éste es un tema que requiere mucha mayor reflexión; en tanto, deben aplicarse verdaderas medidas preventivas en la sociedad.

Por último, se sugiere una reflexión cuidadosa del movimiento actual que existe con motivo de las sentencias a muerte de mujeres de países africanos, a quienes por haber cometido adulterio o tener relaciones sexuales, siendo viudas, les imponen la pena de muerte por lapidación (se las entierra dejando únicamente su cabeza en el exterior, para después ser apedreadas hasta morir).

Actualmente Amnistía Internacional y organismos de derechos humanos están dando difusión a estas situaciones y proporcionando ayuda a estas mujeres.[10]

- Pena corporal. Es la pena que causa una afectación directa al cuerpo del delincuente, además de ser rudimentaria y dolorosa. Comúnmente se dice que la pri-

[9] Juan Federico Arriola, *La pena de muerte en México*, Trillas, México, 1989, pág. 104.

[10] Derechos Humanos de la Mujer, "La mutilación genital femenina: Hoja de datos", www.amnestyusa.org.

sión es una pena corporal, pero no lo es, sino que se trata de una pena privativa de libertad, mas no corporal. En la Antigüedad dichas penas estaban constituidas por las mutilaciones, el flagelamiento y todo tipo de causación de dolor físico. Actualmente las prohíbe el art. 22 constitucional.

> Cabe mencionar que actualmente en algunos países se practica la mutilación genital femenina (del clítoris) y, aunque no se aplica como pena impuesta por la autoridad, es una costumbre que también preocupa a pueblos ajenos, y de igual modo que en el caso de la pena de muerte, organismos de derechos humanos se preocupan por erradicar esa primitiva e inhumana práctica. Este procedimiento se presenta actualmente en 28 países norafricanos y se estima que 135 millones de niñas y mujeres han sido sometidas a ese tipo de mutilación (clitoridectomía: corte del clítoris, excisión: remoción del labio menor o infibulación: remoción del clítoris, labio y su cierre con sutura). Esta mutilación obedece a un ritual que marca la entrada de la mujer en la sociedad y establece su legitimidad para casarse, con la convicción de que se vuelven sumisas. Existe también la creencia de que los recién nacidos pueden morir si al nacer tocan el clítoris, que mejora la fertilidad y protege la castidad. Otra creencia es que así disminuye el apetito sexual en la mujer y no tendrá, por tanto, relaciones prematrimoniales.[11]

- Pena pecuniaria. Implica el menoscabo patrimonial del delincuente; por ejemplo, multa y decomiso.
- Pena laboral. Consiste en castigar al sujeto mediante la imposición obligatoria de trabajos. Antiguamente estaba constituida por los trabajos forzados, hoy prohibidos en el sistema jurídico mexicano.

  Vale aclarar que la Constitución, en su art. 5o., párrafo tercero, habla indebidamente de *trabajo impuesto como pena* al referirse a la libertad de trabajo; en cambio, el art. 18 constitucional establece que para lograr la reinserción del sujeto, el tratamiento penitenciario deberá basarse en el "trabajo", entre otros medios.

  Actualmente, el art. 24, punto 2, del CPF prevé el trabajo en favor de la comunidad, con una significación diferente de lo que era el trabajo como castigo. El art. 30, fracc. IV, del CPDF, también lo contempla, pero lo denomina *trabajo en beneficio de la víctima del delito* o *a favor de la comunidad*.
- Pena infamante. Causa descrédito, deshonor y afectación a la dignidad de la persona. Antiguamente esta pena era muy común y consistía en la exhibición pública con ropas ridículas (sambenito en la Inquisición), pintura, rape, letreros denigratorios con la inicial del delito imputado, máscara, etc. También las prohíbe la Carta Magna en su art. 22.

[11] *Idem.*

- Pena privativa de libertad. Afecta directamente el bien jurídico de la libertad. El ejemplo por excelencia es la prisión.

  A pesar de la información difundida por los medios de comunicación, en México no existe la cadena perpetua. Por cuanto hace a la eficacia de la prisión, ésta es muy relativa; pero, por lo pronto, no se ha encontrado una pena más adecuada, la cual, al mismo tiempo que trata de readaptar para reinsertar al delincuente, protege a la sociedad. Lamentablemente, debido a muchos factores, afirman criminólogos y penitenciaristas que la prisión está en crisis.

- Condena condicional. Cuando el sujeto no sea reincidente por delito doloso y la pena no exceda de cuatro años, el juez podrá dejarlo en libertad si se presume que el sentenciado no volverá a delinquir y previo otorgamiento de una garantía (arts. 90, CPF, y 89, CPDF).

- Libertad preparatoria. La libertad preparatoria se concede al reo que ha cumplido tres quintas partes de su condena respecto de delitos intencionales, o la mitad si fuere delito culposo, cuando haya observado buena conducta, se presuma su readaptación, esté en condiciones de no reincidir y haya reparado el daño o, por lo menos, se comprometa a repararlo (art. 84, CPF).

  El art. 85 del citado ordenamiento indica en qué casos no se concede la libertad preparatoria y el 86, aquellos en que la autoridad puede revocarla.

- Libertad provisional mediante caución. También conocida como *libertad bajo fianza*, consiste en que mediante un fiador del procesado o probable procesado, éste goce de libertad con la condición de que si incumple las obligaciones impuestas por el Estado, perderá el monto con que aseguró el cumplimiento de aquéllas, esto previa satisfacción de los requisitos legales señalados en el Código Penal adjetivo.[12]

Individualización

La individualización de la pena consiste en imponer y aplicar la pena según las características y peculiaridades del sujeto, así como circunstancias particulares en torno al hecho criminal, para que la pena se ajuste al individuo y sea realmente eficaz. Se trata de adaptar la pena prevista en la norma al caso concreto para que sea realmente justa. Para ello deberán tomarse en consideración los arts. 51 a 55 del CPF y 70 a 74 del CPDF.

Indeterminación

Ya en la escuela positiva y en algunas eclécticas se planteó la necesidad de que la pena fuera indeterminada. Esto significa que no debe tener un término fijo, sino que

[12] *Cfr.* Jorge Alberto Silva Silva, *op. cit.*, pág. 519.

ha de durar el tiempo que sea necesario para lograr la readaptación del delincuente. En la legislación penal mexicana no existe tal indeterminación. La pena es determinada y el sujeto sentenciado sabe cuánto durará.

Se considera que la indeterminación atentaría contra las garantías constitucionales del individuo, pues éste sabría cuándo comenzaría a cumplir su pena, pero no cuándo terminaría, y ello se prestaría a innumerables afectaciones, voluntarias o involuntarias.

En principio, es lógico y conveniente pensar que la pena sea indeterminada, pues al igual que en medicina, el tratamiento debe durar el tiempo necesario para lograr la cura del paciente, pero en derecho se puede decir que no se está preparado para ella por los abusos que podrían presentarse y porque no habría seguridad jurídica.

Conmutación

La conmutación de la pena significa que una pena impuesta en virtud de una sentencia irrevocable podrá cambiarse por otra, lo cual corresponde al Ejecutivo (arts. 73 a 76, CPF).

Sustitución

La sustitución de la pena consiste en la libertad del juez de sustituir una sanción por otra, siempre que se cumplan los requisitos que la propia ley señala (arts. 70, 71, 72, 74, 75 y 76, CPF, y 84 a 86, CPDF).

Ejecución

Una vez que el juez impone una pena a través de sentencia en el caso concreto, aquélla deberá cumplirse. La ejecución de sentencias corresponde al Ejecutivo Federal, de manera que el derecho ejecutivo penal se encarga de ello.

Para Ojeda Velázquez,

> el derecho de ejecución de penas es el conjunto de normas jurídicas que se encuentran insertas en diferentes disposiciones legislativas o reglamentarias, que tienen por objeto regular el estado restrictivo de la libertad personal, sea en el ámbito de un establecimiento carcelario creado para tal efecto; o bien, una vez que el individuo ha compurgado parte de su pena y se encuentra en libertad.[13]

- Consecuencias jurídicas para las personas morales. La pena, como ha quedado establecido, sólo puede imponerse a personas físicas, en atención a que son las únicas que pueden reunir las cualidades exigidas para ello, como ser imputables y culpables. Sin embargo, el CPDF contiene un Título Tercero denominado "Consecuencias jurídicas del delito", Capítulo I, "Catálogo de penas y medidas de seguridad y de consecuencias jurídicas para las personas morales", y en su art. 32 se establece:

[13] Jorge Ojeda Velázquez, *Derecho de ejecución de penas,* Porrúa, México, 1985, pág. 3.

Las consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas morales que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 27 de este Código, son:

I. Suspensión;
II. Disolución;
III. Prohibición de realizar determinadas operaciones;
IV. Remoción; y
V. Intervención.

Esto no debe crear la confusión de que se trate de una "punibilidad para las personas morales", pues ello es incorrecto.

11.3 Medidas de seguridad

A la comisión de un delito corresponde la aplicación de una pena, pero en algunos casos, además o en lugar de ella, se aplica una medida de seguridad.

Noción

La medida de seguridad es el medio por el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad; incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena, que sólo podrá imponerse después de cometido y comprobado el delito.

La medida de seguridad puede ser educativa, médica, psicológica, pecuniaria, mixta, etc., y se impone tanto a imputables como a inimputables.

El art. 24 del CPF enumera las medidas de seguridad mezclándolas con las penas. El art. 31 del CPDF establece las siguientes: supervisión de la autoridad, prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él, tratamiento de inimputables o imputables disminuidos y tratamiento de deshabituación o desintoxicación. Los siguientes son algunos ejemplos de medidas de seguridad que establece la legislación penal mexicana: prohibición de ir a un lugar determinado, caución de no ofender y tratamiento psiquiátrico, tratamiento de menores infractores. Actualmente se piensa en la castración química en el caso de violadores para inhibir su libido.

El criterio para imponerlas debe ir de acuerdo con la peligrosidad del sujeto y su duración puede ser indeterminada.

11.4 Extinción penal

En este apartado se estudiará cómo puede terminar la acción penal o la pena. En seguida se verá qué es la acción penal.

- Acción. La acción penal es una atribución del Estado, consistente en hacer que las autoridades correspondientes apliquen la norma penal a los casos concretos.
- Extinción penal. La extinción penal es la forma o el medio por el cual cesa o termina la acción penal o la pena.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal, ya que representa los intereses de la sociedad; por tanto, a él compete ejercer o no la acción penal una vez concluida la fase de averiguación previa.

- Formas de extinción. Cumplimiento de la pena. Es la principal forma de extinción. Se trata de cumplir con la pena o medida de seguridad impuesta, de modo que, una vez consumada, se extinguirá (arts. 116, CPF, y 97, CPDF).
  - *Amnistía.* Es un medio por el cual se extinguen tanto la acción penal como la pena, excepto la reparación del daño. Se aplica en caso de delitos políticos (arts. 92, CPF, y 104, CPDF).
  - *Perdón.* Es la forma de extinción penal que concede el ofendido (víctima) o su representante legal. Opera sólo en los casos de delitos que se persiguen por querella necesaria, y debe ser absoluto e incondicional, otorgarse antes de dictada la sentencia en segunda instancia y siempre que el procesado no se oponga (arts. 93, CPF, y 100, CPDF).
  - *Indulto.* Es una causa de extinción de la pena, que procede únicamente de sanción impuesta en sentencia irrevocable y no extingue la obligación de reparar el daño (arts. 94, 95, 97 y 98, CPF, y 103, CPDF).
  - *Muerte del delincuente.* Resulta lógico que si el delincuente (procesado o sentenciado) muere, la acción o la pena cesa automáticamente por ese hecho natural (arts. 91, CPF, y 98, CPDF).
  - *Innecesariedad de la pena.* Cuando el juez lo considere pertinente, podrá prescindir de la pena debido a la afectación o menoscabo de salud que haya sufrido el delincuente, por senilidad, etc., y que haga innecesaria aquélla (arts. 55, CPF, y 75 y 75 *bis*, CPDF).
  - *Prescripción.* Extingue tanto la acción como la pena. Consiste en el transcurso del tiempo que la ley establezca, siempre que existan los supuestos legales señalados y, por ese simple hecho, prescribe la acción o la pena (arts. 100 a 115, CPF, y 105 a 120, CPDF).
  - *Reconocimiento de inocencia.* Se presenta cuando se prueba la inocencia del sentenciado (arts. 96, CPF, y 99, CPDF).
  - *Supresión del tipo penal.* El art. 117 del CPF lo establece. El CPDF señala que cuando la ley suprima (derogue) un tipo penal se extinguirá la acción penal (art. 121). Se trata en realidad del criterio de aplicación de la ley en beneficio del inculpado, procesado o sentenciado, tema correspondiente a los ámbitos de validez de la ley penal (temporal).

11.5 Rehabilitación

Noción

La rehabilitación se confunde frecuentemente con otras nociones, como la readaptación. La rehabilitación consiste en reintegrar al sentenciado tanto en sus derechos civiles como políticos y de familia, que estaban suspendidos o había perdido a causa de la sentencia o por un proceso cuyo ejercicio estuviere suspenso (arts. 99, CPF, y 101, CPDF).

11.6 Readaptación

La readaptación fue el propósito plasmado en la Constitución por muchos años respecto del sujeto sentenciado. Se trata de adaptar o readaptar (según el caso) al sujeto para que pueda, posteriormente al cumplimiento de su sentencia, vivir en sociedad. El art. 18 constitucional, reformado en 2008 y 2009, establece las bases para el logro de este propósito, que son la educación, el trabajo, la capacitación para el trabajo, el respeto a los derechos humanos, la salud y el deporte.

En dichas reformas se eliminó la noción de "readaptación" y en su lugar se incluyó el término "reinserción". Considero que ha sido un error, pues la reinserción sólo se dará en la medida en que el sujeto se haya readaptado. Deben tenerse presentes también las disposiciones de los reglamentos internos de las prisiones, la *Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados* e, incluso, los tratados internacionales.

Actividades

1. Elabore un cuadro que incluya los elementos siguientes: definición de pena, medida de seguridad, penología, individualización de la pena, condena condicional, libertad preparatoria, libertad provisional, conmutación de la pena y sustitución de la pena.
2. Resuma las diferencias entre pena y medida de seguridad.
3. Analice los arts. 24 del CPF y 30 del CPDF, y precise cuáles son penas y cuáles medidas de seguridad.
4. Con base en el art. 22 de la CPEUM y 24 del CPF, exponga su punto de vista respecto de la pena de muerte y fundamente su criterio.
5. Localice en los códigos penales del Distrito Federal y federal los artículos relativos a las formas o medios de extinción penal y haga un resumen de ellos.
6. Complete el cuadro 31.

Cuadro 31 **Formas de extinción penal.**

Formas de extinción penal	Noción	Artículos del Código Penal CPF CPDF	Extingue la pena	Extingue la acción
Cumplimiento de la pena				
Muerte del delincuente				
Amnistía				
Indulto				
Perdón				
Prescripción				

Autoevaluación

1. ¿Cuáles son los fines de la pena?
2. ¿Cómo se clasifica la pena?
3. ¿Qué diferencias hay entre libertad preparatoria y condena condicional?
4. Señale, según su opinión, cuál sería la justificación para implantar la pena de muerte.
5. Indique cuáles serían, en su opinión, las desventajas que ocasionaría la pena de muerte.
6. Correlacione las columnas siguientes:

a) Pena	Multa	( )
b) Medida de seguridad	Prisión	( )
	Confinamiento	( )
	Prohibición de ir a un lugar determinado	( )
	Trabajo en favor de la comunidad	( )
	Castración química	( )

7. ¿Cuándo se extingue la acción penal?
8. ¿Cuándo se extingue la pena?
9. Explique cada medio extintivo de la pena.
10. ¿Qué consecuencia produce el perdón?
11. ¿Cuál es la diferencia entre indulto y amnistía?

12. ¿Cuál es la diferencia entre perdón e indulto?
13. ¿En México es aplicable la pena de muerte?
14. ¿Quién debe otorgar el perdón y en qué tipo de delitos?
15. ¿Qué es la rehabilitación?
16. ¿Qué es la readaptación?
17. ¿Qué se entiende por reinserción?
18. ¿Cuáles son los medios que la Constitución establece para el tratamiento penitenciario?

12 Sistemas doctrinales y tendencias relacionadas con el delito

En la actualidad han surgido diversas ideas en torno al delito y, en general, acerca del derecho penal. Algunas tienen que ver con corrientes extranjeras ya conocidas; otras son relativamente contemporáneas, pero todas aportan algo interesante que nos hace reflexionar sobre nuestra materia.

12.1 Los principales sistemas doctrinales

Para el estudio del derecho penal existen distintos sistemas o corrientes creados por la doctrina, esto es, por los estudiosos del derecho penal. Desde luego, independientemente del que cada quien elija o hacia el cual sienta afinidad, habrá que partir de la norma jurídico-penal (ley o código especial). Estos sistemas o corrientes son el causalismo, la acción social, el finalismo, el modelo lógico-matemático y el funcionalismo; presentamos además una breve concepción sobre el derecho penal del enemigo, el derecho penal indígena y las nociones de minimalismo, extensionismo y abolicionismo penal.

12.2 El causalismo

Esta corriente o sistema surge con la obra de Franz von Liszt, cuyo punto de partida es la noción de *acción* como un acto humano. Aquí se verá la acción como un movimiento corporal que produce un efecto y que provocará una consecuencia, o sea, un cambio en el mundo material; por tanto, existirá una relación directa entre acción y efecto. Dentro de esta acción cabe perfectamente la omisión, aunque algunos autores lo niegan. Entre las denominaciones que se han formulado están: acción, acto, conducta, comportamiento, hecho, acontecimiento, etcétera.

Esta conducta debe ser voluntaria respecto del movimiento corporal (u omisión) que causa el efecto. No importa el fin de esa acción; a esta corriente le interesa sólo

la fase externa, pues la interna corresponde a la culpabilidad (dolo o culpa). Los elementos de la acción serán entonces la manifestación de voluntad, el resultado y el nexo causal que une a la conducta con el resultado.

12.3 La acción social

Esta corriente hace referencia a la importancia de la sociedad y la interpretación que de ella se haga para establecer la exacta valoración, jurídicamente dañosa, de la acción. "El concepto de acción en cuanto concepto jurídico-penal debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables, no sea una mezcolanza de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino una unidad conceptual."[1]

12.4 El finalismo

Esta corriente fue iniciada por Welzel. Consiste en ver en la acción, el ejercicio final de la actividad humana. Esto es, la acción tiene el sentido de "fin"; dicho de otra manera, si un sujeto realiza una conducta prevista en la norma jurídico-penal, aunque sin el propósito final del "dolo", no habrá realizado una acción jurídico-penal. En este sistema, el dolo (intención) desempeña el papel más importante.

12.5 El modelo lógico-matemático

Esta corriente o modelo se inició en 1966 y sus principales exponentes en México son Olga Islas de González Mariscal, Elpidio Ramírez y Rafael Márquez Piñero. Se funda en la lógica matemática (cálculo de primer nivel y lógica formal) y su estructura se basa en la distinción de los niveles del lenguaje. Según Olga Islas de González Mariscal,

> el punto de partida del modelo lógico del derecho penal es la distinción entre el conocimiento analítico y el conocimiento sintético. La teoría del derecho penal se sitúa en el área del conocimiento sintético. Esto obliga al teórico a señalar previamente el objeto de conocimiento que se propone explicar, objeto que para el iuspenalista está constituido por las normas penales, los delitos, las puniciones, las penas y todo lo inherente a las medidas de seguridad.[2]

Quienes se adentren en este interesante modelo de estudio del derecho penal advertirán de inmediato un lenguaje propio; habrá qué conocer su terminología y expresiones simbólicas, como las que mostramos a continuación:

[1] Günter Jakobs, *Moderna dogmática penal*, Porrúa, México, 2002, págs. 45 y 46.

[2] Olga Islas de González Mariscal, *op. cit.*

Estructuralmente, un tipo penal es definido por esta postura teórica a partir de los siguientes elementos:

N = Deber jurídico legal	J1 = Voluntad dolosa
B = Bien jurídico	J2 = Voluntad culposa
A = Sujeto activo	I1 = Actividad
A1 = Voluntabilidad	I2 = Inactividad
A2 = Imputabilidad	R = Resultado material
A3 = Calidad de garante	E = Medios
A4 = Calidad específica	G = Referencias temporales
A5 = Pluralidad específica	S = Referencias espaciales
P = Sujeto pasivo	F = Referencias de ocasión
P1 = Calidad específica	W1 = Lesión del bien jurídico
P2 = Pluralidad específica	W2 = Puesta en peligro del bien jurídico
M = Objeto material	V = Violación del deber jurídico penal[3]

12.6 El funcionalismo

Sabemos que en otras disciplinas, como la sociología y la criminología, el término *funcionalismo* se emplea para referirse al conjunto de hechos fisiológicos que se producen en un organismo, noción que parte de la biología y la fisiología. En materia penal se refiere al estudio del delito, no de manera independiente, sino en relación con la política criminológica y, por tanto, con la punición y el mantenimiento del orden social. Claus Roxin destaca la importancia de la política criminológica y su estrecha y útil relación con el derecho penal.

Orellana Wiarco afirma con mucho acierto: "En el campo social, la teoría y los métodos de este tipo de sistema dan primordial importancia al estudio y al papel de las funciones sociales orientadas a la conservación de la estructura social, e implica en mayor o menor grado, una concepción más bien estática que dinámica y generalmente conservadora de la realidad social."[4]

12.7 El derecho penal del enemigo

En 1985, Günter Jakobs presentó un estudio sobre lo que denominó *Derecho penal del enemigo* (*Feindstrafrecht*), refiriéndose al código penal alemán. Esta noción trata de los individuos que representan un peligro para la estabilidad del orden social; de hecho, se tiene un pronóstico de su peligrosidad, ya sea porque han cometido un de-

[3] Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*, UNAM, México, 1998, págs. 43 y 44.

[4] Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del delito*, 15ª ed., Porrúa, México, 2005, págs. 165 y 166.

lito previo y existe la fundada creencia de que delinquirán nuevamente, ya por otros rasgos y actitudes que hacen suponer que cometerán delitos. Sobre este supuesto, las políticas criminológicas son más represivas; se está en presencia de un derecho penal autoritario y antiliberal.[5]

El derecho penal del enemigo busca su justificación en la necesidad de dar fortaleza a las normas para mantener el orden y el respeto dentro del grupo social. Se trata de que los ciudadanos no pierdan la confianza en las normas. Con tal de lograr este propósito, el derecho penal del enemigo anticipa la punición, reduciendo algunas garantías procesales e individuales en prevención de conductas lesivas, ante la evidente peligrosidad de determinados sujetos y grupos, que vienen a ser los *enemigos*. "La existencia de un derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe."[6]

Puede afirmarse que esta aparentemente novedosa teoría no es tal. Ya en otras épocas, en varias naciones y bajo determinadas circunstancias, han existido medidas radicales semejantes. Por ejemplo, el nazismo ante los judíos, algunas medidas tomadas contra el movimiento estudiantil de 1968 en México, donde los estudiantes eran "el enemigo", y también en ciertos países de Centro y Sudamérica, por el hecho de pensar diferente al poder.

La Escuela Positiva de derecho penal, a través de Ferri, Lombroso y Garófalo, principalmente, ya había establecido como uno de sus postulados el sancionar a quien resultara peligroso incluso antes de que cometiera un delito, precisamente como medida de prevención. No vemos factible la aceptación oficial de esta corriente, que aunque tiene algún punto aceptable, se prestaría, sobre todo en nuestro país, a la corrupción en el ámbito de la justicia penal, a excesos y más violaciones a las garantías individuales, lo que significaría una involución en materia de derechos humanos.

12.8 Tendencias contemporáneas

En la época actual, penalistas y criminólogos han creado distintos términos para referirse a ciertas tendencias en materia de solución al problema penal. Entre las más importantes se encuentran las siguientes:

Minimalismo o reduccionismo penal

Esta corriente parte de la idea de que el derecho penal sólo intervenga cuando sea imprescindible a fin de no desestabilizar el orden social. Es la tendencia de reducir

[5] Octavio R. Acedo Quezada, "Derecho penal del enemigo. ¿Resurgimiento del derecho penal autoritario?", en *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán*, Inacipe, México, 2008, págs. 13-25.

[6] Günter Jakobs, *Moderna dogmática penal*, Porrúa, México, 2002, pág. 430.

al mínimo posible las punibilidades en la norma penal, de reducir el número de tipos penales y de leyes, dejando la solución de conflictos a otras ramas del derecho.

Extensionismo, maximalismo o expansionismo penal

Esta tendencia es opuesta a la anterior: se trata de extender cada vez más los ámbitos de competencia del derecho penal. Pretende resolver los problemas y conflictos mediante el derecho penal, aun cuando pudieran resolverse por otros medios y vías como el derecho civil, administrativo, laboral, etcétera.

En lugar de buscar soluciones a través de la prevención, por ejemplo, el legislador penal prefiere crear tipos penales, leyes, y aumentar punibilidades. Dentro de muy poco tiempo abundarán en nuestros códigos penales los numerales *bis, ter, quáter, quintus, sextus*, pues se está llegando a la exageración en hipótesis casuísticas. El actual legislador ha olvidado que la norma jurídica debe referirse a generalidades y no a particularidades; se ha llegado al extremo de duplicar y triplicar figuras típicas por medio de distintos cuerpos legales, algunos de los cuales resultan inoperantes. Esta tendencia propone el aumento en el rigor punitivo.

Abolicionismo penal

Es una tendencia que trata de ver la solución al problema penal recurriendo y buscando la solución por vías distintas. Propone, entre otras cosas, la abolición de la cárcel y del sistema de justicia penal.

Consideramos que esta tendencia no es factible, dado su radicalismo, pero también creemos que el sistema penal en México ha llegado a una exageración que lo ubica dentro del expansionismo penal, lo cual dista mucho de ser la solución.

12.9 Derecho penal indígena

En la actualidad se ha planteado la inquietante pregunta sobre la existencia de un auténtico derecho penal indígena. Sabemos que en algunos países, sobre todo latinoamericanos, y más específicamente en México, existen muchos grupos que conservan su cultura y tradiciones, incluyendo el respeto a sus creencias, que se traducen en la aplicación de verdaderas normas y/o costumbres penales. En Chihuahua, los tarahumaras; en Oaxaca, los triquis; en Chiapas y otros estados, distintos grupos conservan lo que conocemos como *usos y costumbres*. Resulta muy delicado determinar la existencia de un derecho penal indígena, ya que dichos pueblos o grupos forman parte de la nación mexicana, son ciudadanos de México, pero ellos sienten mayor identidad con sus propias tradiciones que con las externas, a las cuales no se sienten integrados.

Emiliano Borja Jiménez ha realizado una profunda investigación sobre el tema y destaca, entre otras cosas, que en grupos indígenas de Latinoamérica existe un conjunto normativo que reprueba cierto tipo de comportamientos similares a los del

derecho estatal y nacional. Destaca que ese conjunto normativo, salva raras ocasiones, no está escrito, y se obedece la costumbre y la tradición. A esto se le conoce como *sistema de justicia de los pueblos indígenas*. Dentro de estos sistemas existe un catálogo de comportamientos considerados como delitos, la forma de establecer la responsabilidad y la manera de castigarlos.[7]

El investigador de la Universidad de Valencia, tras sus estudios en Guatemala, Ecuador, Colombia, Bolivia y otros países de Latinoamérica, concluye que sí existe un derecho penal indígena, pues en dichos pueblos existe conciencia de su condición, de su deseo de mantener sus costumbres, tradiciones, modos de vivir, forma de pensar, actuar y contemplar el mundo material y espiritual.

Debemos reflexionar sobre este aspecto a partir de lo que establece la CPEUM; su inserción en los códigos penales, dentro del rubro de criterios para la aplicación de penas; considerar los *usos y costumbres* y, sobre todo, conocer directamente la forma de organización de los pueblos indígenas, sus criterios de justicia y la función que desempeñan los jueces de pueblos indígenas en nuestro país.

Actividades

1. Elabore un resumen sobre las corrientes causalismo, finalismo y funcionalismo, y destaque la propuesta de cada una de ellas.
2. Organice un debate en torno al tema "Derecho penal del enemigo" en el que se comenten las ventajas, aciertos o desventajas e inconsistencias que tenga esta corriente.
3. Elabore un breve ensayo sobre el tema "Derecho penal indígena".
4. Diseñe un cuadro sinóptico sobre el minimalismo, maximalismo y abolicionismo penal.

[7] Emiliano Borja Jiménez, *¿Existe el derecho penal indígena?* Conferencias magistrales 13, Inacipe, México, 2005, págs. 13-24.

Autoevaluación

1. Explique en qué consiste el causalismo.
2. Diga en qué consiste la corriente de la acción social.
3. ¿De qué trata el finalismo?
4. Diga en qué consiste el modelo lógico-matemático del derecho penal.
5. Explique brevemente el abolicionismo penal.
6. Diga en qué consiste la noción de minimalismo penal.
7. ¿En qué consiste el extensionismo penal?
8. ¿De qué trata la corriente del derecho penal del enemigo?
9. ¿Qué se entiende por derecho penal indígena?
10. Diga en qué consisten los "usos y costumbres" a que se refieren los arts. 52 y 72 de los códigos penales federal y para el Distrito Federal.

2

Parte especial

Delitos en particular



Uno de los más grandes frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de las mismas.

Cesare Beccaria

Sección 1

Delitos de daño contra la vida y la integridad corporal

La vida

Iniciamos el estudio de los delitos en particular, empezando con los que tienen por bien jurídico a tutelar el más importante, que es la vida humana.

Cuando los delitos de daño se diferencian de los de peligro, se hace referencia a la afectación que sufre el bien jurídico tutelado (daño) o al riesgo en que se puso a aquél (peligro).

En algunos casos, el objeto jurídico es dañado como consecuencia de la conducta típica del sujeto activo. Esta afectación destruye o menoscaba el bien tutelado y, por tanto, el reproche penal es de mayor intensidad. En otros casos, la conducta del agente no llega a dañar el bien jurídico, sino que lo pone en peligro o riesgo de ser dañado; esto es, se presenta la posibilidad de que pudiera afectarse, sin que esto llegue a ocurrir; así, pese a no haber daño, la ley considera necesaria una sanción, pues el sujeto activo denota peligrosidad y el pasivo es colocado ante el posible riesgo de ser afectado.

En ese orden de ideas, los delitos de daño contra la vida son los que afectan directamente el bien jurídico de la vida humana; es decir, la conducta del agente extingue la vida, la destruye. De hecho, tales delitos son los más graves de cuantos existen en cualquier legislación penal, ya que, una vez extinguida la vida, carece de sentido y lógica tutelar otros bienes.

Dichos delitos son: homicidio, participación en el suicidio, aborto, infanticidio,* parricidio,* homicidio en razón del parentesco o relación, violencia familiar y feminicidio.

La integridad corporal

La figura típica cuyo bien jurídicamente tutelado lo constituye la integridad corporal es el delito de lesiones.

* Derogados en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, pero vigentes en varios estados.

13 Homicidio

Sin lugar a dudas, el homicidio es el más grave de los delitos. Contemplado en todas las legislaciones, constituye la más grave ofensa a la sociedad, ya que la vida humana es el bien tutelado de mayor jerarquía.

Desde los tiempos más antiguos, la vida se ha protegido castigando a quien atenta contra ella, excepto cuando se consideraban aspectos diversos, como la calidad de las personas (esclavos), ciertas características (recién nacidos deformes), la edad (ancianos), etc., situaciones superadas en la actualidad en la mayoría de las legislaciones.

13.1 Noción legal

El art. 302 del CPF, en una fórmula sencilla y clara, precisa la noción de homicidio al señalar: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro."

Como se ve, no podía ser más simple dicha definición, la cual inicia mencionando al sujeto activo, pues en vez de referirse propiamente al verbo constitutivo de la conducta, hace referencia a quien realiza ésta. La mayor parte de los códigos penales estatales sigue la misma línea del CPF, pues lo define exactamente igual, salvo algunos que lo hacen de manera distinta.

A pesar de su claridad, tal noción ha sido criticada por algunos autores y estudiosos, quienes señalan que al mencionar el código "... priva de la vida a otro", no precisa "a otro" qué. En lo personal, no encuentro confusa esta expresión, pues se entiende que la norma jurídica está dirigida a seres humanos; así, cuando dice que priva de la vida a "otro", sin duda se refiere a otro ser humano.

Quienes argumentan que puede interpretarse en el sentido de referirse a un animal llegan al absurdo, ya que resulta evidente y lógico que el destinatario de la ley es el ser humano; incluso, de matar a un animal, se estaría en presencia de un delito patrimonial (daño en propiedad ajena o daño a la propiedad). Sin embargo, existen códigos como el del estado de Jalisco que, al referirse al homicidio, en su art. 213 lo hace así: "... a la persona que prive de la vida a otra."

El art. 123 del CPDF se refiere al delito de homicidio de la manera siguiente: "Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión."

Nótese que este código incluye la punibilidad en el propio precepto que hace referencia al tipo penal de homicidio. Con el surgimiento del CPDF el 16 de julio de 2002 se separan los códigos en competencia local (Distrito Federal) y federal, pues se abroga el Código Penal de 1931 que se aplicaba en toda la República por delitos del fuero federal y en el Distrito Federal por delitos del fuero común. Cabe destacar que el delito de homicidio será federal sólo en el caso de que se satisfaga lo dispuesto en el art. 50 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial Federal* cuando establece cuáles son los delitos federales.

13.2 Sujetos y objetos

Sujetos

Por supuesto, los sujetos requeridos como mínimo para que exista el delito de homicidio son dos: el activo o agente y el pasivo o víctima, si bien pueden ser varios los activos o los pasivos, pero no lo exige el tipo, pues se trata de un tipo penal unisubjetivo.

- Activo. A la pregunta: ¿quién puede ser sujeto activo en el homicidio?, se responde que, como la ley no precisa ni exige determinadas características, cualquiera puede serlo, siempre que se trate de personas físicas. Dicho de otra manera, sólo la persona física puede ser sujeto activo en el homicidio. El servidor público federal en funciones cabría en este supuesto.

  No importa cuáles sean las características, peculiaridades o circunstancias de la persona (sexo, edad, estado civil, salud, etc.). Se sabe que antiguamente tales circunstancias podían tenerse en cuenta para efectos de castigo, pero hoy en día no ocurre así.

  Por otra parte, en la Antigüedad solía castigarse a los animales que causaban la muerte de alguna persona, pero la legislación mexicana vigente sólo considera responsable a la persona física (art. 13, CPF).

- Pasivo. Del mismo modo, sólo puede ser sujeto pasivo en el homicidio una persona física, de manera que la muerte causada a un animal constituye el delito de daño en propiedad ajena o daño a la propiedad, según sea federal o del

Distrito Federal, pero no homicidio; tampoco la persona jurídica o moral puede serlo, pues carece del bien jurídico tutelado, que es la vida, aun cuando tenga existencia jurídica. Evidentemente, un cadáver tampoco puede serlo, pues al carecer del bien tutelado, a pesar de producirse la conducta típica, la intencionalidad y los demás elementos del delito, sólo se presentaría la figura del delito imposible, pero nunca la consumación del homicidio, ni siquiera en grado de tentativa.

Objetos

Como se vio en la primera parte, los objetos que se presentan en todo delito son dos: el material, que es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño o peligro, y el jurídico, que es el bien jurídicamente tutelado por la ley.

- Material. El objeto material es la persona física sobre quien recae el daño, esto es, la privación de la vida. En este caso, coinciden el objeto material con el sujeto pasivo. Dicho de otra manera, el objeto material en un homicidio será la persona física privada de la vida. Cabe aclarar que es frecuente, en quienes no conocen bien el derecho penal, cometer el error de afirmar que el objeto material en el homicidio es el arma de fuego, el instrumento punzocortante, etc.; éstos son instrumentos, pero no objetos materiales.
- Jurídico. El objeto jurídico es el bien jurídicamente tutelado por la ley, que en el caso del homicidio lo constituye la vida humana.

13.3 Clasificación

El homicidio se clasifica de la manera siguiente:

- Por su ordenación metodológica: básica o fundamental.
- Por la conducta: de acción o de comisión por omisión.
- Por su composición: normal.
- Por el resultado: material.
- Por el daño: de lesión o daño.
- Por su duración: instantáneo.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de actos de la conducta: unisubsistente.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por su perseguibilidad: de oficio.
- Por su formulación: de formulación libre o amplia.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.

13.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Los arts. 302 del CPF y 123 del CPDF, al definir el homicidio, se refieren a la conducta cuando expresan: "priva de la vida" y "al que prive de la vida". En este sentido, privar de la vida es la conducta típica en el homicidio. Es el núcleo del tipo, el verbo que se traduce en la acción u omisión realizada por el sujeto activo.

Formas y medios de ejecución

En algunos delitos, la propia norma precisa de qué forma deberá ejecutarse, o los medios que el sujeto activo deberá emplear para cometer el delito, de manera que, de no realizarse éstos, habrá atipicidad; por ejemplo, para que se integre el delito de despojo la conducta típica deberá realizarse mediante violencia, amenaza, furtividad o engaño (CPF). De no emplearse alguno de esos cuatro medios, la conducta será atípica y, por tanto, no habrá delito de despojo. Otro ejemplo es el relativo al delito de estupro, para el cual los tipos penales, tanto federal como para el Distrito Federal, exigen que el medio ejecutivo sea el engaño.

En el caso del homicidio, la ley no exige ninguna forma o medio especial, de modo que puede cometerse por cualquier medio, siempre que sea idóneo para causar la muerte.

La conducta típica podrá llevarse a cabo mediante una acción (actuar positivo) o por medio de una omisión (no hacer).

Los medios de ejecución pueden ser físicos, químicos, mecánicos, mediante la utilización de animales o de inimputables, etc. Se excluyen los medios morales y las fuerzas de la naturaleza, a menos que la persona influya directamente y de manera material cause el daño.

No se puede atribuir a alguien un homicidio, cuando con la esperanza de que un rayo en medio de una tormenta mate a una persona, lo coloque en despoblado bajo un árbol, pues dicho acontecimiento, aun cuando ocurra conforme al deseo del supuesto sujeto activo, es un hecho derivado de la naturaleza, en el cual la voluntad del hombre no interviene de manera material y directa. Al respecto, Jiménez Huerta afirma: "La forma comisiva típica regular y propia de perpetrar un homicidio implica el ejercicio de la violencia o la puesta en marcha de medios insidiosos de inequívoca potencialidad material lesiva, cuyos efectos el hombre puede aquilatar y controlar."[1]

Si bien es cierto que el empleo de sustos, disgustos, impresiones intensas, etc., puede ocasionar la muerte, sobre todo cuando el agente sabe que la persona está enferma del corazón o es diabética o altamente impresionable, el problema consiste en probar que el efecto muerte es consecuencia directa, material e imputable al sujeto activo.

[1] Mariano Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano*, t. II, Porrúa, México, 1979, pág. 40.

Resultado típico

En el homicidio, el resultado típico, consecuencia de la conducta, es la privación de la vida. Una vez que cesa la vida humana, se consuma el delito de homicidio. De no producirse dicho resultado, se estará en presencia del grado de tentativa o del delito imposible, según el caso.

Nexo de causalidad

El nexo de causalidad es el ligamen que une la conducta con el resultado típico.

Para que el resultado se pueda atribuir a la conducta típica, se requiere un nexo material de causalidad que los una.

Quizá exista la conducta y se produzca un resultado (la muerte), pero tal vez esa muerte se deba a otra causa, en cuyo caso no habrá nexo causal. Por ejemplo: *X* dispara a *Y* por celos para matarlo; sin embargo, la necropsia demuestra que, horas antes del disparo, *Y* había muerto de un paro cardiaco. En este caso no hay nexo causal entre la conducta típica (dolosa) y el resultado.

La ley penal señala las reglas para determinar cuándo se presenta el nexo causal y cuándo no.

Los arts. 303 y 304 del CPF indican cuándo existe nexo causal, y el 305 del mismo ordenamiento precisa cuándo no existe.

> **Artículo 303.** Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:
>
> I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;
>
> II. Se deroga (DOF, 10 de enero de 1994).
>
> III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.
>
> Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.
>
> **Artículo 304.** Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:
>
> I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;
>
> II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y

III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Artículo 305. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

Opinamos que el CPF ofrece una noción excesivamente detallada de lo que debe entenderse por nexo causal y cuando no lo hay, lo cual llega a causar confusión.

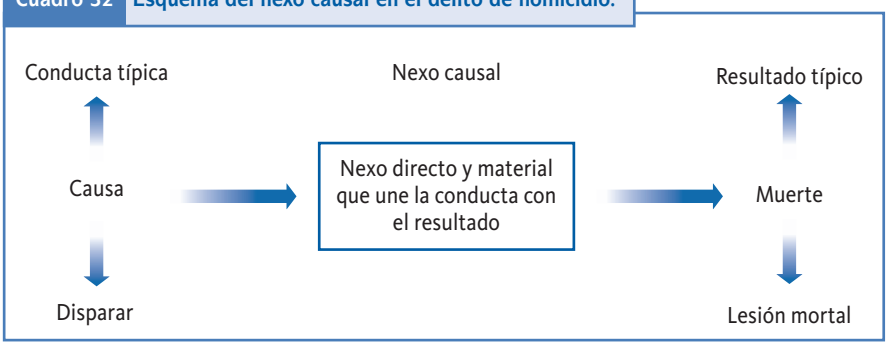
Vale destacar que, antes de las reformas del 10 de enero de 1994, para la existencia del nexo causal se exigía una temporalidad de 60 días que habrían de transcurrir entre el momento de causar la lesión y la muerte del lesionado. La mayor parte de los códigos penales de la República siguen dicha regla, pero hay legislaciones locales que no señalan temporalidad y otras exigen que la muerte ocurra dentro de los 90 días a partir de la lesión inferida.

Por último, el nexo causal debe ser material y objetivo y depender directamente del ser humano. No consideramos que cada legislación local deba contemplar una temporalidad diferente, ya que debe bastar que se acredite que la muerte es consecuencia de la conducta con base en las reglas contenidas en los artículos antes citados, independientemente de la temporalidad que transcurra entre la lesión y la muerte.

En lo referente al CPDF, es el art. 124 el que contempla el nexo causal al establecer: "Se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión."

Consideramos más claro y comprensible el tratamiento que el legislador del Distrito Federal ofrece respecto del nexo causal, y no se pierde, como lo hace el legislador federal, en enunciaciones casuísticas que, como se dijo anteriormente, tienden a confundir y se corre el riesgo de que falte alguna hipótesis.

Cuadro 32 **Esquema del nexo causal en el delito de homicidio.**



Ausencia de conducta

El aspecto negativo de la conducta se puede presentar en el homicidio, de modo que puede existir la *vis mayor*, la *vis absoluta*, actos reflejos, hipnosis, sueño profundo y sonambulismo. En estos casos, como se precisó en la primera parte de este libro, no habrá delito, aunque ocurra la muerte, de acuerdo con las consideraciones a que obedece la ausencia de conducta. Recuérdese que este aspecto negativo de la conducta se encuentra previsto en la fracc. I de los arts. 15 del CPF y 29, fracc. I, del CPDF. Ambos códigos resaltan la ausencia de voluntad o conciencia por parte del agente.

13.5 Tipicidad en el homicidio

Tipicidad

En el homicidio existe tipicidad cuando la conducta de la realidad encuadre en los elementos del tipo penal. Para estar en presencia del homicidio deberán producirse todos los elementos exigidos en la norma, esto es, tendrá que haber una privación de la vida por parte de una persona física, existir un sujeto activo y, desde luego, que haya nexo causal.

Atipicidad

Cuando la conducta no concuerde en la descripción legal, por carecer de alguno de los elementos necesarios para su integración, habrá atipicidad y, por tanto, no existirá homicidio, pues se presentará el caso del aspecto negativo de la tipicidad. El ejemplo sería que una persona, queriendo matar a otra, la lesionara y que no se produjera el resultado típico de la muerte; así, existirá atipicidad respecto del homicidio, y tipicidad en cuanto al delito de lesiones, aunque hay jurisprudencia que establece, para casos como éste, la existencia del homicidio en grado de tentativa.

El art. 15, fracc. II, del CPF, se refiere a la atipicidad: "... la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate." Lo mismo establece el art. 29, fracc. II, del CPDF.

13.6 Antijuridicidad en el delito de homicidio

Antijuridicidad

En el homicidio habrá antijuridicidad cuando, al privarse de la vida a otro ser humano, este hecho sea contrario a derecho, esto es, que no esté amparado por una causa de justificación o licitud.

Los arts. 302 del CPF y 123 del CPDF establecen como delito el homicidio, sin hacer mención al hecho de ser antijurídico, lo cual resulta innecesario. En algunos tipos penales se destaca la antijuridicidad por medio de expresiones como "al que sin derecho", "quien injustificadamente", "sin causa justa", "indebidamente", etcétera.

En este caso, los referidos códigos penales omiten dichas expresiones, pues se entiende que al tutelar la vida la norma penal, nadie tiene derecho a extinguirla. Curiosamente, los códigos penales de Yucatán y Puebla agregan en la definición de homicidio las expresiones "... al que sin derecho...", con lo cual se denota la antijuridicidad, pero esto es innecesario.

Causas de justificación

No será antijurídico el homicidio cuando exista una causa de justificación que constituya el aspecto negativo de la antijuridicidad, que ya se analizó con detalle en la primera parte de este libro.

En el homicidio pueden presentarse todas las causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. Privar de la vida bajo el amparo de cualquiera de dichas causas justificativas elimina la antijuridicidad del hecho y da como resultado la anulación del delito como tal, sin que haya pena para el sujeto activo.

Mención aparte merece la excluyente prevista en el art. 15, fracc. III, del CPF, que señala lo siguiente:

> Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
>
> *a)* Que el bien jurídico sea disponible;
> *b)* Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
> *c)* Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Esta excluyente, surgida con motivo de las reformas de enero de 1994, plantea el problema derivado de actuar con el consentimiento del titular del bien jurídico y, desde luego, previa satisfacción de los tres requisitos señalados en dicho precepto. Cabe una interpretación en sentido extensivo al respecto, y una cuestión importante sería determinar si el bien jurídico de la vida es "disponible". Más adelante se verá que el homicidio con consentimiento de la víctima es punible, pero da origen a una circunstancia atenuante; ello nos lleva a pensar que, para el legislador, la vida no es un bien disponible para el titular de ella, lo cual puede ser cuestionable.

El CPDF, en su art. 29, fracc. III, hace referencia al consentimiento del titular del bien jurídico de la manera siguiente:

> Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:
>
> *a)* Que se trate de un bien jurídico disponible;
> *b)* Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

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

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

Circunstancias modificadoras

1. Atenuantes

Las circunstancias atenuantes son casos específicos en los cuales el legislador consideró que, dadas las condiciones en que se produce el homicidio, se debe aplicar una sanción menor que la correspondiente a un homicidio simple intencional. Se trata de una valoración respecto de la conducta antijurídica del agente en función de situaciones objetivas y subjetivas, sentimientos, relación estrecha con la víctima, etc., como se verá más adelante.

Los homicidios atenuados, llamados también *privilegiados*, que contempla la legislación penal mexicana son:

A. Consentido.
B. En riña.
C. En duelo.
D. Por infidelidad conyugal.*
E. Por corrupción del descendiente.*
F. Por emoción violenta.

Se aclara que algunas de estas circunstancias están derogadas en ciertos códigos, pero existen en otros; por tanto, se analizan todas. El duelo no está contemplado en el CPDF; la infidelidad conyugal y la corrupción del descendiente no existen en el CPF ni en el CPDF; la emoción violenta está derogada en el CPF.

A. *Homicidio consentido.* Es aquel en el que el sujeto pasivo ha otorgado su consentimiento para ser privado de la vida. En principio, puede afirmarse que el consentimiento de la víctima no anula la antijuridicidad de un hecho criminal, pero la propia norma establece una considerable atenuación para quien haya privado de la vida con el consentimiento del sujeto pasivo. Esta figura se contempla en la última parte del art. 312 del CPF.

La primera parte de dicho precepto se refiere a la participación en el suicidio, y la última, a ejecutar la muerte con el consentimiento de la víctima. En este último caso, la pena será de cuatro a 12 años de prisión.

Respecto de la participación en el suicidio, se verá posteriormente como un delito independiente, pero desde ahora cabe precisar que lo que constituye un delito

* Derogado en el código penal de 1994.

es inducir al suicidio o auxiliar a alguien a privarse de la vida, pero el suicidio en sí mismo no es un delito.

Pensar en un caso de homicidio consentido equivale a colocarse en las hipótesis de personas que han resuelto acabar con su existencia, pero que por no atreverse a ejecutar su propia muerte recurren a otro para que realice materialmente la acción extintiva de su vida. En esta situación, generalmente hay personas con problemas de tal magnitud que deciden morir como solución a ellos. El caso común corresponde al enfermo de un padecimiento incurable, o en etapa terminal, quien pide a un familiar o allegado que, dadas las circunstancias y con su pleno consentimiento, lo prive de la vida por resultarle preferible a la agonía de vivir con tan tortuoso padecimiento irreversible. La muerte causada a quien se encuentra en estado de inconsciencia, aunque padezca un mal incurable (eutanasia), ya no se considera homicidio atenuado, puesto que es necesario el consentimiento del pasivo. La eutanasia (la buena muerte, muerte por piedad, muerte suave, sin dolor, etc.) no es contemplada por la legislación penal mexicana, pero existe como circunstancia atenuante en caso de ocurrir como homicidio consentido.

La aminoración de la pena obedece a la consideración de que existe un menor juicio de reproche hacia el activo, con lo cual se denota menor peligrosidad que la de quien mata para robar, después de haber violado a la víctima, o por el sádico placer de matar, etcétera.

Por supuesto, en tales casos intervienen una serie de valoraciones de tipo social, ético, moral y religioso, principalmente. El problema práctico será probar que hubo consentimiento por parte de la persona a quien se privó de la vida.

El art. 313 del CPF prevé que si el pasivo es menor de edad o padece alguna de las formas de enajenación mental, al homicida se le impondrá una penalidad correspondiente a la del homicidio calificado (de 20 a 50 años). Ello obedece a que el legislador considera inválido el consentimiento otorgado, dada la incapacidad del sujeto que lo otorga.

La existencia de esta figura demuestra que el consentimiento de la víctima en el delito de homicidio no funciona como excluyente del delito, hipótesis prevista en el art. 29, fracc. III, del CPDF; esto es, que la vida humana no es un bien disponible, pues aunque atenuado, el homicidio consentido trae aparejada la sanción, ya que pese al consentimiento, este tipo de homicidio es también antijurídico.

Ahora bien, el CPDF prevé dos supuestos de consentimiento en el homicidio. Uno de ellos es similar al analizado anteriormente en el CPF y se encuentra contemplado en el art. 142, segunda parte, del CPDF.

El otro supuesto se halla regulado en el art. 127 del CPDF, que establece: "Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años."

Como se advierte, la conducta típica consiste en privar de la vida a una persona, quien pedirá dicho comportamiento de acuerdo con los requisitos siguientes: en forma expresa, reiterada, seria, inequívoca y siempre que medien razones humanitarias y el pasivo padezca una enfermedad incurable en fase terminal. En realidad, en este caso estamos en presencia de la eutanasia, pero para que opere el beneficio de la atenuante deberán darse todos estos requisitos, pues al faltar alguno de ellos se estaría en presencia de un homicidio simple intencional o incluso agravado. La eutanasia sólo la puede aplicar un médico, así que en el caso de los arts. 142, segunda parte, y 312, segunda parte, de los códigos local y federal, respectivamente, el activo es cualquier persona física. En este tema, es recomendable leer también la *Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal*.

B. *Homicidio en riña.* También se beneficia con pena atenuada o privilegiada a quien en riña priva de la vida a alguien.

El art. 314 del CPF define la riña de la manera siguiente: "Por riña se entiende para todos los efectos penales: la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas."

Como se desprende de la definición legal de riña, ésta tiene que ser de obra y no de palabra. La propia ley señala que puede producirse entre dos o más personas; existe un mínimo señalado por la norma, pero no un máximo, por lo que pueden presentarse riñas tumultuarias, como en el caso de bandas o pandillas.

En relación con la riña, cabe afirmar que se presenta con mucha frecuencia en el medio mexicano, debido a las características socioculturales de nuestro pueblo; lamentablemente, las causas que la originan suelen ser insignificantes y, por tanto, deberían ser intrascendentes, pero no es así y dan como resultado un gran número de lesiones y homicidios.

a) Riña y legítima defensa. Un error muy frecuente es confundir la riña con la legítima defensa. La primera es una circunstancia atenuante en lesiones y homicidio, en tanto que la segunda es una causa de justificación (aspecto negativo de la antijuridicidad); además, aquélla sólo disminuye la penalidad, mientras que la última la elimina (consúltese el tema relacionado en la primera parte).

C. *Duelo.* Curiosamente el CPF no proporciona una definición de duelo. Por tanto, ofrecemos una noción doctrinal:

Es el combate entre dos adversarios, en el que uno desafía a otro por una causa de honor. Presupone la sujeción por parte de los adversarios a un código de honor, que establece las circunstancias y condiciones en las cuales deberá efectuarse el lance (lugar, hora, padrinos, armas y modalidades respectivas, etc.). Al respecto, Garraud afirma que el duelo es el "combate concertado, con armas mortíferas, entre dos o más personas, en reparación del honor ultrajado; combate precedido de un

desafío, que tiene lugar en presencia de testigos, que con anterioridad han escogido las armas, el lugar y el tiempo del encuentro".[2]

La consideración legislativa que otorga tal atenuación se basa en la idea de que los duelistas aceptan tácita o expresamente la lucha y sus consecuencias. En tal caso, los combatientes se encuentran en igualdad de circunstancias; por tanto, la antijuridicidad del hecho es de menor intensidad que en cualquier otro homicidio en el cual no existe circunstancia como la mencionada.

La sanción para el homicidio cometido en riña o duelo la establece el art. 308 del CPF: en caso de riña, será de cuatro a 12 años de prisión, y si se trata de duelo, será de dos a ocho años. El art. 137 del CPDF prevé la riña, pero no el duelo.

Nótese que en el supuesto del homicidio surgido como consecuencia de un duelo, la pena es aún más baja, debido posiblemente a su carácter "más civilizado", pues demuestra menos brutalidad, incluso el cumplimiento de ciertas reglas respetadas por "los caballeros" y la igualdad de circunstancias (como las armas, condiciones, etcétera).

El *Código de Justicia Militar*, en su Título Decimoprimero, entre los delitos contra el deber y el decoro militares contempla el duelo como tal (arts. 410 a 420).

Cabe destacar que la riña y el duelo no son delitos, sino circunstancias atenuantes, que influyen de tal manera que la pena disminuye en los delitos de homicidio y lesiones.

Es importante determinar quién fue el provocado y quién el provocador tanto en la riña como en el duelo, pues esta situación, conforme lo indica el tercer párrafo del art. 308 citado, se tendrá en cuenta al imponer la pena; igualmente, se considerará la mayor o menor importancia de la provocación. Al abordar este tema, y por tratarse de una situación que en el mundo contemporáneo resulta casi excepcional, se recomienda la lectura de obras de la literatura universal que hacen referencia al duelo, como *Los tres mosqueteros* y *El conde de Montecristo*, de Dumas, e *Historia de la Monja Alférez*, de Catalina de Erauso, entre otras muchas.

D. *Homicidio por infidelidad conyugal.* Esta figura fue derogada con las reformas del 10 de enero de 1994. Sin embargo, se incluye su estudio por existir todavía en varios códigos penales estatales.

Este tipo de homicidio se conoció también como homicidio *honoris causa in rebus veneris* o uxoricidio.[3] Esta circunstancia atenuante la establecía el art. 310 del anterior Código Penal; a continuación se transcribe:

[2] Garraud, citado por Francisco González de la Vega, *Derecho penal mexicano,* Porrúa, México, 1983, pág. 63.

[3] Propiamente, el uxoricidio consiste en que el esposo priva de la vida a su mujer, mientras que en el homicidio en estudio, la atenuación existe independientemente de que sea él o ella quien mate a su cónyuge.

Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrán al homicida de cinco a 10 años de prisión.

a) Elementos típicos del delito de homicidio atenuado por infidelidad conyugal.

- Sujetos. En este homicidio atenuado el sujeto activo sólo podía serlo el cónyuge ofendido por la infidelidad de su cónyuge; como la ley no distingue, se entiende que puede ser el hombre o la mujer, pero que estén casados civilmente.

  Una crítica que recibió esta figura era la relativa a limitar la atenuación a las parejas casadas civilmente, cuando otras uniones (como el concubinato) podrían haber quedado bajo el privilegio de esta atenuación, ya que la legislación civil las contempla y les otorga beneficios. Además, hay que considerar que el sentimiento lo presentan tanto quienes están casados como quienes no lo están.

  En esta figura el sujeto pasivo era el cónyuge ofensor (hombre o mujer) o el amante de éste, o bien, ambos. A continuación se desglosa el artículo transcrito:

"sorprendiendo..." La ley exigía que el homicidio ocurriera en el momento en que el cónyuge ofendido por la infidelidad sorprendiera a su cónyuge.

Diversos tratadistas criticaban su redacción en el sentido de que la ley no debía decir "al que, sorprendiendo a", sino "al que se sorprenda", pues la sorpresa debe ser para el cónyuge ofendido y no para el infiel, aunque lógicamente éste también se sorprende. Sin embargo, la atenuación en la pena existía precisamente en función de la sorpresa causada al cónyuge ofendido, por tratarse de un hecho imprevisto, inesperado y sumamente ofensivo y doloroso.

Se entiende que si el cónyuge no se sorprendía porque ya sabía de las relaciones amorosas de su cónyuge o las sospechaba, no había lugar a tal atenuación, pues ésta obedecía a la emoción violenta e inesperada surgida en el momento en que por primera vez se conoce el hecho. Por tanto, "se justificaba" el arrebato de quien lesionaba o mataba, al grado de que la ley disminuía la penalidad.

El legislador consideraba que el impulso o la reacción surgida por tal situación, aun cuando produjera un daño tan grave como la muerte, se explicaba en virtud de lo inesperado del hecho, que afecta emocionalmente al cónyuge y que le impide un tipo de reacción distinta y racional.

"... a su cónyuge..." Con esta expresión, el legislador hacía referencia al sujeto pasivo (hombre o mujer casado por la vía civil). Precisamente el sujeto activo, que en este caso era el cónyuge ofendido por la infidelidad, debía verse sorprendido al encontrar en tal situación al cónyuge infiel.

"... en el acto carnal..." Por acto carnal se entiende la relación sexual o cópula, que consiste generalmente en la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal femenina. Por cuanto hace a la cópula anal o rectal y bucal u oral, éstas pueden presentarse, aunque la ley no lo precisa, pues la noción de acto carnal es muy amplia y en la especie podría tratarse de una cópula normal o anormal, ya que ambas afectan al cónyuge ofendido, a quien no se puede exigir que frene su emoción reaccionando de forma distinta.

"... o próximo a la consumación..." Por cuanto hace a esta expresión, podemos decir lo siguiente: para muchos autores, la proximidad implica el momento antes de que ocurra el suceso, pero esto resulta restringido, pues lo próximo es lo cercano, lo cual implica que pueda ser antes o después.

Por ello, el momento próximo a la consumación del acto carnal puede ser antes o después de la consumación, siempre que sea tan cercano que resulte evidente que el acto está a punto de consumarse o recientemente acaba de consumarse.

"... mate o lesione..." El Código Penal sancionaba con la misma punibilidad tanto el resultado típico de la muerte como el de la lesión. Podía ocurrir que el agente lesionara al cónyuge y matara al amante o viceversa, o que lesionara a ambos, o que matara a los dos. En cualquiera de estos casos, la penalidad era la misma. Obviamente el juzgador, a su libre arbitrio, imponía la que considerara más justa dentro de los límites mínimo y máximo de tres días a tres años.

"... a cualquiera de los culpables o a ambos..." Derivado del punto anterior resultaba éste. La ley no podía exigir al sujeto activo que, ante la sorpresa de descubrir la infidelidad de su cónyuge, en su arrebato sólo matara o lesionara a uno de los culpables porque, debido a las condiciones especiales del caso (proximidad de los cuerpos, luz tenue, etc.) y su ofuscación, no era legítimo exigirle descargar su reacción violenta sólo sobre uno de ellos, o que si se trataba de un arma de fuego, tuviese la precisión de dañar sólo a uno y no al otro. Por tanto, la atenuación se justificaba si lesionaba o mataba al cónyuge, al amante o a ambos.

"... salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge." Lo primero aquí es hacer la crítica correspondiente al término matador que empleó el legislador, el cual hace pensar más bien en la fiesta

brava que en una noción jurídica, cuando podía decir el *agente,* el *activo,* el *cónyuge ofendido,* etcétera.

Al decir matador, el legislador se refería al sujeto activo (cónyuge ofendido) y lo que pretendía era dejar sin el beneficio de la atenuante al sujeto activo cuando hubiera contribuido en la corrupción de su cónyuge. Esta idea es perfectamente clara: no puede atenuarse la pena a quien ha contribuido a corromper a su cónyuge y después, en el momento de hallarle en el acto carnal, le priva de la vida, pues dicha actitud resulta incongruente y contradictoria. Sólo quien se sienta afectado y sorprendido por la infidelidad conyugal podría ubicarse en la hipótesis legal en examen, no así quien hubiera contribuido a corromper a su cónyuge, pues no podría sentirse afectado ni sorprendido de una actitud que él mismo provocó. En este caso, la pena imponible era de cinco a 10 años de prisión.

E. *Homicidio por corrupción del descendiente.* El último caso de homicidio atenuado era el previsto en el art. 311 del código en cita, también derogado, que consistía en lo siguiente:

> Se impondrán de tres días a tres años de prisión al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlo en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro.

a) Elementos típicos del delito de homicidio atenuado por corrupción del descendiente.

- Sujetos. En este caso, los sujetos a que se refería el art. 311 del código citado son los siguientes:
  - *Sujeto activo.* Sólo podía serlo el ascendiente que tuviera bajo su potestad al descendiente encontrado en el acto carnal.
  - *Sujeto pasivo.* Sólo podía serlo el corruptor del descendiente.

La crítica que formulamos es que el beneficio de la atenuación se limitaba al ascendiente y quedaban fuera otras personas que por su nexo, relación o parentesco pudieran encontrarse en la situación descrita, con un sentimiento idéntico al del ascendiente.

En mi opinión, preocupa que quedaran fuera de la previsión legal el padre o la madre adoptivos, quienes podrían encontrarse en esta hipótesis y, sin embargo, no se les aplicaría la pena atenuada, por tratarse de una figura atípica, ya que los padres adoptivos no son ascendientes y seguramente sentirían el mismo dolor y se verían tan afectados como los ascendientes, en un caso similar.

Asimismo, el sujeto podía hallarse en el acto carnal sin ser el corruptor, sino que antes hubiera habido otro que fuera quien realmente corrompió al descendiente. En este artículo también se precisaba lo siguiente: "... que esté bajo su potestad." Por

disposición expresa de la norma, se requería que el descendiente se encontrara bajo la potestad del ascendiente, pues en caso contrario no existiría la atenuación.

Una fórmula mejor hubiera sido "... mate o lesione a la persona con quien el descendiente se encuentre en el acto carnal..."

Por otra parte, el descendiente podía ser tanto hombre como mujer. Cuando el precepto hablaba de "varón con quien lo sorprenda..." se entiende que el corruptor[4] debía ser un hombre. También se excluía de pena atenuada al ascendiente si éste hubiera provocado la corrupción de su descendiente, ya fuera con el varón con quien lo sorprendiera o con otro.

Por otra parte, estamos de acuerdo con la opinión de Jiménez Huerta, quien afirma que al matar al descendiente y no haber atenuación, se exigía al sujeto activo una puntería semejante a la de Guillermo Tell, Aída Román o Luis *Abuelo* Álvarez, entre otros destacados arqueros mexicanos. En una situación real, sería muy difícil que el ascendiente precisara a tal grado su puntería (respecto de armas de fuego que impliquen puntería y precisión), que sólo matara o lesionara al corruptor y no al descendiente, lo cual en la práctica, debido a las condiciones especiales del momento, resulta difícil o imposible.

Por último, existía un vacío legal en cuanto a la pena imponible cuando el ascendiente hubiere procurado la corrupción de su descendiente. En el caso de infidelidad conyugal, se preveía un agravamiento dentro de la atenuante (de cinco a 10 años); consúltese el art. 310 del abrogado código multicitado.

Sin embargo, en el caso del ascendiente, no se señalaba qué pena se impondría. Al respecto, Carrancá y Rivas señala:

> La norma comentada no prevee (*sic*) una solución de penalidad ante tal hipótesis. O sea, si el ascendiente ha procurado la corrupción de su descendiente, ¿qué pena se impondrá? Sin embargo, hay otro tipo que resuelve el problema. Nos referimos, aparte del homicidio, al artículo 201 C.P.[5]

El art. 321 del código penal hoy derogado indicaba que las lesiones y el homicidio a que se referían los arts. 310 y 311 se podrían castigar como delitos calificados cuando se realizaran con premeditación.

Evidentemente, no pueden coincidir al mismo tiempo dos figuras antagónicas: por un lado una conducta atenuada y, por otro, una agravada. En el supuesto de ocurrir las hipótesis legales de causar lesiones u homicidio por infidelidad conyugal o por corrupción del descendiente, y si el delincuente (cónyuge o ascendiente) hubiere premeditado la conducta (reflexionado previamente), a pesar de existir los demás elementos del tipo, la sanción sería la correspondiente a las lesiones u homicidio agravados.

---

4 *Cfr.* Mariano Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano*, t. II, Porrúa, México, 1979, pág. 94.

5 Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *Código penal anotado*, Porrúa, México, 1998, págs. 825 y 826.

F. *Emoción violenta.* Es una circunstancia que atenúa la punibilidad en los delitos de homicidio y lesiones. Consiste en causar alguno de estos delitos cuando el sujeto activo se encuentra bajo una emoción violenta.

Por su parte, el CPF derogó esta circunstancia el 14 de junio de 2012 (DOF); sin embargo, por existir en varios códigos estatales en los mismos términos en que estaba prevista en el CPF, pasamos a explicarla. El art. 310 establecía lo siguiente:

> Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad. Si lo causado fueren lesiones, la pena será de hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión.

Como se advierte, el código federal sólo hacía referencia a "circunstancias que atenúen su culpabilidad" del activo, pero no decía qué debía entenderse por emoción violenta ni precisaba qué tipo de circunstancias eran ésas que atenuaban su culpabilidad. Por otro lado, el CPDF, en su art. 136, establece: "Al que en estado de emoción violenta cometa homicidio o lesiones, se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan por su comisión."

Existe emoción violenta cuando el sujeto activo del delito vive una intensa conmoción del ánimo que provoca un desorden del comportamiento, la pérdida del dominio de su capacidad reflexiva y la disminución de sus frenos inhibitorios que desencadenaron el delito.

El CPDF sí precisa lo que se debe entender por emoción violenta, y como conclusión entendemos que lo que se ve disminuido en el sujeto activo es la imputabilidad. En lo personal considero más apropiada la concepción que de emoción violenta hace el CPDF.

Consideramos que al derogar la emoción violenta el CPF, las conductas que se presenten bajo la hipótesis que preveía dicha atenuante quedarán al amparo de una inimputabilidad transitoria.

2. Agravantes

En algunos casos, el legislador considera que, dadas las circunstancias (condiciones objetivas, subjetivas o ambas) en que se comete el delito de homicidio o lesiones, resulta necesario agravar la punibilidad, pues la antijuridicidad del hecho reviste mayor gravedad.

Las circunstancias calificativas o agravantes en el CPF son: premeditación, alevosía, ventaja y traición. Para que la pena se vea agravada, se requiere sólo una de ellas. La sanción correspondiente, en caso de producirse una o varias circunstancias agravantes, la señala el art. 320 del CPF, que impone de 30 a 60 años de prisión.

A. *Premeditación.* El segundo párrafo del art. 315 del CPF establece: "Hay premeditación: siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer." El CPDF no contempla la premeditación.

a) Elementos de la premeditación

- Intencionalidad. Sólo el delito intencional puede, a su vez, ser agravado por premeditación. No son factibles la culpa con la premeditación, pues una excluye a la otra.
- Reflexión previa a la conducta. La conducta típica realizada por el sujeto activo deberá haber sido reflexionada previamente a su realización.

b) Teorías acerca de la premeditación. Como la naturaleza de la premeditación es cuestionable, los juristas han elaborado diversas teorías que tratan de explicarla y fundar su contenido, mediante diversos criterios. Estas teorías se dividen en dos grandes grupos: de naturaleza objetiva y de naturaleza subjetiva.

En el primer grupo se incluyen la teoría cronológica y la teoría de la defensa disminuida, mientras que el segundo abarca la teoría psicológica (frialdad de ánimo), la teoría de la motivación depravada y la teoría ideológica (reflexión).

Las teorías de naturaleza objetiva consideran que la naturaleza de la premeditación es precisamente objetiva, en tanto que las segundas fundamentan la naturaleza de la premeditación en un aspecto subjetivo.

Cuadro 33 Teorías sobre la premeditación.

Naturaleza	Nombre	Adoptada por el CPF
Teorías objetivas	Cronológica	No
	De la defensa disminuida	No
Teorías subjetivas	Psicológica	No
	Motivación depravada	No
	Ideológica	Sí

Teorías de naturaleza objetiva

- Teoría cronológica. Para que un homicidio se cometa con premeditación, se requiere que haya transcurrido un tiempo "más o menos largo" entre la decisión o determinación del agente y su acción ejecutiva. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido tesis en este sentido. Se trata de una teoría imprecisa, pues no determina qué debe entenderse por tiempo más o menos largo. Se basa en un aspecto meramente objetivo que es la temporalidad, pero no aclara ni precisa los márgenes de ésta. Cabe señalar que el CPF no sigue esta teoría.
- Teoría de la defensa disminuida. Se funda en la mayor dificultad que tiene el sujeto pasivo para defenderse cuando el activo premedita su conducta. Esta teoría trata de justificar el agravamiento de la pena con base en la poca posibilidad que tiene

el pasivo para defenderse, pero no llega al fondo del problema real acerca de la premeditación y su verdadera naturaleza. El CPF tampoco adopta esta teoría.

Teorías de naturaleza subjetiva

1. Teoría psicológica

También conocida como *de la frialdad de ánimo*, funda la premeditación en el ánimo frío y tranquilo del sujeto activo en el momento previo a la comisión del delito. Considera que quien premedita un delito revela mayor peligrosidad por el ánimo o estado psicológico de pensar en el ilícito y la forma de cometerlo, con la tranquilidad de ánimo que correspondería a cualquier otro acto de su vida. El CPF tampoco sigue esta teoría.

2. Teoría de la motivación depravada

Fundamenta la premeditación en un ánimo depravado del sujeto; así, considera que quien premedita tiene sentimientos bajos, viles y perversos. El CPF tampoco adopta esta teoría.

3. Teoría ideológica

También llamada *de la reflexión*, se basa en un proceso interno de tipo intelectual por parte del sujeto activo, antes de cometer el delito.

Según esta teoría, el sujeto planea el delito previa y detenidamente al pensar en los pasos por seguir, con lo cual revela gran peligrosidad, teoría que adopta el CPF, el cual considera que la premeditación es de naturaleza subjetiva.

Desde el punto de vista práctico, el problema principal será probar la existencia de la premeditación, pues como se trata de una situación subjetiva, resulta muy endeble su probanza, excepto cuando se puede advertir claramente; por ejemplo: cuando para matar a alguien el sujeto activo comienza a realizar actos tendentes a cometer el delito, como comprar una sustancia nociva, preparar una bebida, invitar al futuro sujeto pasivo, manifestar expresamente el deseo de matar a esta persona, etcétera.

A. *Presunciones legales de premeditación.* La ley penal establece varias hipótesis en las cuales presume que el delito fue cometido con premeditación; esto es, siempre que el homicidio (o las lesiones) sean cometidos mediante alguna de las formas establecidas en el tercer párrafo del art. 315 del CPF, existirá la presunción legal de que ha sido cometido con premeditación. Se trata de presunciones *iuris tantum* (que admiten prueba en contrario), por lo cual al probable responsable corresponderá destruir dicha presunción cuando pruebe que no hubo premeditación. Estas hipótesis son en realidad medios de ejecución específicos, que dada su naturaleza, la norma penal presume la existencia de premeditación.

Dichas presunciones son las siguientes:

a) Inundación.
b) Incendio.

c) Minas.
d) Bombas.
e) Explosivos.
f) Venenos.
g) Cualquier sustancia nociva a la salud.
h) Contagio venéreo.
i) Asfixia.
j) Enervantes.
k) Retribución dada o prometida.
l) Tormento.
m) Motivos depravados.
n) Brutal ferocidad.

a) Inundación. Gramaticalmente significa "desbordamiento de ríos o lagos que cubre de agua tierras y áreas donde por lo general no hay agua".

La ley penal supone que cuando una persona priva de la vida o lesiona mediante inundación, ya sea por medio de una acción u omisión, debió haber existido la premeditación, pues obrar así implica un tiempo determinado de reflexión para realizar la conducta típica, poner en marcha una serie de actos (u omisiones) tendentes a producir el resultado deseado (muerte o lesión) y, en todo caso, se trata de un procedimiento no común y relativamente complejo.

Sin embargo, aunque en principio y en apariencia es factible haber empleado este medio como idóneo para lograr la muerte de alguien, no necesariamente existirá premeditación. Así, en un momento determinado, sin haberlo reflexionado, podría suceder que se hallara ante una situación "favorable" y aprovechara la ocasión para causar la inundación y de este modo matar a alguien. La idea criminosa surge cuando se presenta la ocasión al sujeto activo y la aprovecha. Incluso podría ocurrir que el delito fuera culposo.

b) Incendio. Consiste en propiciar fuego a fin de hacer arder objetos, personas, extensiones de tierra o animales. Se trata de un medio idóneo para privar de la vida. Aquí cabe reproducir las mismas críticas y comentarios que en el caso de la inundación.

Por otra parte, recuérdese que en el art. 22 constitucional, entre los delitos para los cuales establecía la pena de muerte, estaba contemplado el incendiario, debido a la magnitud de su gravedad.

Innumerables incendios en casas, locales comerciales, empresas, oficinas gubernamentales, bodegas, fábricas y zonas boscosas, principalmente, son ocasionados de manera intencional y, si bien en muchos casos dicha conducta ha sido premeditada, no siempre lo es, y puede tratarse, incluso, de un delito culposo.

c) Minas. La mina es un artefacto bélico cargado de un explosivo activable para que explote. Actualmente no se requiere mucho tiempo para causar la muerte de alguien mediante el uso de minas. En un momento dado puede surgir la idea criminal y el sujeto activo aprovecharía la oportunidad de tener cerca una mina.

La presunción legal de premeditación se puede destruir con las pruebas adecuadas.

d) Bombas. La bomba es un proyectil provisto de explosivo con una espoleta (detonador) que lo hace estallar. Los mismos comentarios hechos anteriormente aplican a este caso.

e) Explosivos. Es un cuerpo que produce una explosión o estallamiento a causa de la expansión de un gas o por el desarrollo repentino de una fuerza.

Respecto de dichos medios de comisión, es aplicable lo expuesto en cuanto a las minas.

f) Venenos. Por veneno se entiende cualquier sustancia que altera o destruye las funciones vitales.

g) Sustancias nocivas a la salud. Podrá serlo cualquiera que afecte la salud, sea de origen vegetal, químico, etc. Así, el veneno es la especie, y la sustancia nociva, el género.

Ambos medios se pueden administrar a la víctima por vía oral (bebida o en alimentos), inyectada (intramuscular o intravenosa), nasal (aspirada), cutánea (dardos, flechas, raspaduras, picadura de animal, etc.). En la historia de la humanidad y en la literatura universal se hallan innumerables ejemplos de homicidios con estos medios. En Roma los higos envenenados fueron un medio eficaz para matar a los enemigos del imperio, por ejemplo.

Cabe destacar que, como en los casos anteriores, un homicidio cometido mediante veneno o sustancia nociva no necesariamente es premeditado: en un momento determinado se puede aprovechar el acceso a dicha sustancia y desear emplearla para matar o lesionar. La sustancia nociva a la salud puede afectar sólo a determinadas personas, por ejemplo, diabéticos y quienes presentan alergias a ciertos productos.

h) Contagio venéreo. Se requiere una relación o contacto sexual como medio para transmitir un mal venéreo. Como apunta Mariano Jiménez Huerta, el problema es que estas enfermedades no causan la muerte dentro de los 60 días, que es el requerimiento temporal exigido por la legislación penal para que exista el nexo causal y pueda atribuirse la muerte a dicha causa. Sólo podrá producirse el delito de lesiones, pero no el de homicidio. Claro, esto sería aplicable en las legislaciones penales locales donde aún se contemplan los 60, 90 y 120 días para que haya nexo causal.

También puede ocurrir que quien transmite la enfermedad ignore que la padece, en cuyo caso no se puede hablar de intencionalidad y menos de premeditación.

Por ser éste un tema muy importante en la actualidad, se analizará el delito previsto en los arts. 199 *bis* del CPF y 159 del CPDF, a pesar de que se trata de un delito de peligro contra la salud pública. Este tema se verá inmediatamente después del delito de lesiones.

i) Asfixia. Es la suspensión o privación de oxígeno que causa la muerte. Formas:

- Por ahorcamiento. Esta asfixia ocurre cuando se cuelga o suspende a la persona con una soga atada al cuello. También la suspensión por sí sola en determinada forma puede ocasionar la asfixia, aunque más lentamente.
- Estrangulación. Con las manos o con cualquier cuerda o lienzo se oprime fuertemente el cuello.
- Sofocación. Se presenta por medio de oclusión de boca y nariz para impedir la respiración, mediante la introducción de objetos en dichas vías o compresión toracoabdominal, al enterrar viva a la persona, por medio de emparedamiento, o al mantenerla confinada en un lugar cerrado.
- Respiración de tipo anormal. Ocurre al aspirar gases o sustancias tóxicas, por sumersión, etcétera.[6]

En estos casos se puede argumentar lo mismo: no toda muerte causada por asfixia implica premeditación. Muchos casos de homicidios intencionales e incluso culposos se ocasionan al emplear como medio de ejecución cualquiera de los descritos. El suicida usa también este medio, básicamente ahorcamiento por suspensión y mediante la inhalación de gas.

j) Enervantes. Cabe precisar que la *Ley General de Salud* (LGS), el Código Penal y diversa bibliografía jurídica y médica hacen referencia a sustancias psicotrópicas, drogas, estupefacientes y fármacos, pero no a enervantes.

Enervante es el participio activo de *enervar*, mientras que *enervación* es la falta de energía nerviosa o agotamiento.

La fracc. II del art. 221 de la LGS entiende por *fármaco* lo siguiente:

> II. *Fármaco*: toda substancia natural, sintética o biotecnológica que tenga alguna actividad farmacológica y que se identifique por sus propiedades físicas, químicas o acciones biológicas, que no se presente en forma farmacéutica y que reúna condiciones para ser empleada como medicamento o ingrediente de un medicamento.

[6] Alfonso Quiroz Cuarón, *Medicina forense*, 7ª ed., Porrúa, México, 1993, págs. 395 y 396.

A su vez, el art. 234 del mismo ordenamiento enumera los estupefacientes. Se sugiere leer dicho precepto, ya que no lo transcribimos debido a su extensión y constantes reformas.

El art. 245 hace referencia a los psicotrópicos. Entre otras sustancias, están el LSD, los hongos alucinógenos y el peyote.

Por su parte, Jiménez Sánchez apunta: "Según el Comité de Expertos en Farmacodependencia de la Organización Mundial de la Salud, droga es toda sustancia que, introducida en el organismo vivo, puede modificar una o más de sus funciones."[7]

Droga es el género en el cual se encuentran en México los estupefacientes y psicotrópicos; a su vez, entre éstos se hallan las subespecies de narcóticos, soporíferos, somníferos, enervantes, tóxicos o sustancias volátiles.

La SCJN ha sentado jurisprudencia respecto de considerar a la *cannabis sativa* como droga enervante. Insistimos en que *enervar* es tranquilizar, esto es, lo contrario de estimular.

Por cuanto hace al comentario acerca de la presunción de premeditación, considero, igual que en los casos anteriores, que privar de la vida o lesionar por medio de enervantes no presupone necesariamente la premeditación.

k) Retribución dada o prometida. Consiste en pagar o prometer pagar a otro para que se ocupe de matar a una persona. Antiguamente se le conoció como *crimen de sicarios* (*inter sicarius*), contemplado en la *Lex Cornelia de sicariis*[8] (sicario era el asesino que cobraba por matar). En la actualidad ha vuelto a cobrar vigencia este término.

La retribución a que se refiere la norma puede ser en efectivo, valores, especie, etc. Aun cuando el sujeto que encarga la muerte de alguien no entregue la cantidad o retribución prometida a quien ejecuta la conducta típica, se considerará la premeditación y, por tanto, la agravación en la pena, pues la ley habla de "retribución dada o prometida", esto es, la simple promesa de pagar ya constituye esta presunción de premeditación.

Se advierte, en este caso, mayor probabilidad de que se trate de una conducta premeditada, pues entre el momento en que el sujeto ofrece el dinero o pago a otro para matar a alguien y la ejecución, debió haber mediado la reflexión previa.

l) Tormento. Tema a la fecha lamentablemente vigente, es una manifestación de instintos primarios, más patológicos que normales. A lo largo del tiempo el

[7] Francisco Fernando Jiménez Sánchez, *Estudio dogmático sobre estupefacientes y psicotrópicos*, tesis de licenciatura, UNAM, México, 1987, pág. 34.

[8] Francisco González de la Vega, *Derecho penal mexicano*, 19ª ed., Porrúa, México, 1983, pág. 79.

tormento ha tenido múltiples formas y manifestaciones y ha desempeñado un papel importante en la historia de la humanidad: ha estado presente en la religión, en el derecho y en la vida privada; se ha utilizado como medio "procesal", como sanción y aun en el ámbito internacional como medio de represión de ideologías diversas.

La legislación penal mexicana, en diversos cuerpos legales, emplea indistintamente los términos *tormento* y *tortura*. La CPEUM, en su art. 22, se refiere al tormento al prohibirlo; el CPF alude también al tormento, y la *Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura* (LFPST) hace referencia a ésta.

Con fines didácticos, se propone la distinción siguiente:

- Tormento. Consistía en la pena capital (muerte), causada mediante procedimientos excesivamente crueles e inhumanos, cuyo propósito era prolongar el mayor tiempo posible el sufrimiento del condenado antes de morir. Esto obedecía a que el ajusticiado debía arrepentirse de su delito y, al mismo tiempo, representar un escarmiento para los demás, pues cabe señalar que las ejecuciones eran públicas. Como ejemplo de esta clase de pena baste recordar los suplicios a que sometía a los condenados el Tribunal del Santo Oficio, la cacería de brujas en la Edad Media, etcétera.
- Tortura. Son los procedimientos mediante los cuales el poder público o la Iglesia causaban o causan sufrimiento innecesario a aquellos de quienes pretenden una confesión, acusación o declaración de algún hecho. Su propósito no es causar la muerte, sino atemorizar y lograr la información deseada.

En alguna época, en las prisiones había médicos y psiquiatras cuya misión consistía fundamentalmente en curar las lesiones físicas y mentales de los torturados y mantenerlos con vida.

Los médicos de las prisiones hasta el siglo XIX tuvieron como misión, entre otras, examinar la salud de los sujetos para comprobar su resistencia al tormento y evitar así que el reo que estaba siendo interrogado se muriera y no se pudiera continuar el juicio. También curaban a los sujetos que habían sido torturados, para poder ajusticiarlos después, o para continuar la tortura hasta la confesión, considerada absurdamente la reina de las pruebas.[9]

Actualmente, es lamentable que la tortura se siga aplicando como mecanismo "procesal", pese a su prohibición constitucional, y a través de la LFPST, el CPF y la CPEUM, que deberían emplear el término *tortura* y no el de *tormento*. En el tema que se trata, se considera un medio de ejecutar el homicidio o

9 Luis Rodríguez Manzanera, *Manual de criminología*, pág. 201.

las lesiones y la ley lo estima, presumiblemente, premeditado. En principio, todo homicidio por medio de tortura se presume premeditado, pero podría no ser así, en cuyo caso tendría que desvirtuarse dicha presunción.

Los casos de lesiones y homicidios precedidos de actos de tortura han sido frecuentes, y muchas veces los sujetos pasivos son mujeres o niños, lo cual revela, *a priori*, algún problema de tipo mental o por lo menos de personalidad en el sujeto activo. Entre 1879 y 1892, Guadalupe Martínez de Bejarano recogía niñas huérfanas y las obligaba a trabajar en labores domésticas pesadas, y si se negaban las quemaba con cigarros y las dejaba solas en el sótano con ratas y alimañas; le decían la *mujer verdugo*, porque torturaba a sus víctimas, y fue llevada dos veces ante el jurado popular.[10]

m) Motivos depravados. Raúl Carrancá y Trujillo indica que los motivos depravados son motivos sexuales reveladores de grave vicio o anormalidad,[11] mientras que para Jiménez Huerta el móvil que genera el delito es oriundo de una superlativa perversión o corrupción moral.[12]

Generalmente, el delito contra la vida o la integridad se combina con actitudes que revelan desviaciones sexuales.

Un ejemplo de este modo de comisión del delito es causar lesiones u homicidio (por lo común este último), en tanto se viola a algún familiar de la víctima de lesiones u homicidio, con lo cual se torna más doloroso el hecho del que se es víctima. Asimismo, cabe afirmar que no necesariamente se requiere la premeditación.

n) Brutal ferocidad. Este tipo de homicidio implica la ausencia de causa racional, cuando el sujeto activo actúa de manera instintiva como animal salvaje. No sólo se priva de la vida, sino que se hace de manera cruel y rudimentaria.

Los ejemplos de descuartizamientos y demás manifestaciones primitivas son clásicos, lo cual hace pensar que se trata de sujetos desquiciados, pues carecen de motivos para matar y lo hacen de forma por demás sanguinaria.

Si se piensa en los matones impulsivos y crueles que, al encontrarse aparentemente tranquilos, de pronto reaccionan con violencia y cometen tan espantoso delito, cabrá concluir que tal caso es el más alejado de la presunción de premeditación, pues ésta implica la reflexión previa; así, el homicidio por brutal ferocidad surge en un momento de ímpetu e irreflexión por parte del sujeto activo, quien se parece, al actuar, a un animal agresivo más que a un ser humano.

[10] Gustavo Casasola, *Seis siglos de historia gráfica de México*, t. IV, México, 1978, págs. 1006 y 1007.

[11] Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pág. 752.

[12] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, t. II, pág. 120.

Otra presunción de premeditación la contiene el art. 339 del CPF, que se estudiará más adelante, por tratarse de los delitos de peligro hacia la vida y la integridad física. Se insiste en que el CPDF no contempla la prevención.

B. *Alevosía.* Esta segunda circunstancia agravante es definida por el art. 318 del CPF, según el cual consiste "en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".

Matar alevosamente implica actuar con insidia, así como poner en juego astucia y engaño; habrá un ocultamiento que dejará en estado de indefensión al sujeto pasivo y le dará mayores probabilidades al activo.

El ocultamiento puede ser objetivo o material y subjetivo o moral:

- Objetivo o material. Para agredir a la futura víctima, el sujeto activo realiza un ocultamiento de su propio cuerpo, la mano armada, los instrumentos con que atacará, etcétera.
- Subjetivo o moral. El agente oculta la intención, de modo que su actitud aparente no es reveladora de su intención criminal, lo cual le da mayor probabilidad de lograr su propósito y lo coloca en un plano de protección respecto de la víctima.

La noción legal de alevosía comprende lo siguiente:

- Sorpresa. El sujeto activo debe sorprender a su víctima y actuar, respecto del pasivo, de manera inesperada o imprevista.
- Intencionalmente. Implica que el ataque del sujeto activo debe ser intencional. Por su propia naturaleza, queda excluida la culpa. Lógicamente, quien emplea engaño, insidia u ocultamiento sólo puede hacerlo de manera intencional.
- De improviso. El ataque debe ser imprevisto; que no se prevé; esto es, sin previsión, que el sujeto pasivo no lo espera.
- Empleando asechanza. Consiste en emplear engaños o artificios para lograr engañar a alguien. Cabe mencionar que la ley emplea el término *asechanza* (con s); *asechar* significa "poner trampas, emplear engaños o artificios"; en cambio, *acechar* (con c) significa "observar o vigilar cautelosamente".[13]

El CPF emplea el vocablo *asechanza*, en tanto que el CPDF utiliza *acechanza*. Se trata de parónimos que significan cosas diferentes. *Acechar* supone un "no actuar" o sólo vigilar, en tanto que *asechar* implica realizar movimientos engañosos, actividades artificiosas, etc., para facilitar el ataque. Cabe decir que generalmente la asechanza requiere la acechanza previa, aunque puede ocurrir independientemente de esta úl-

[13] Ramón García Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse Ilustrado*, Larousse, México, 1980.

tima, y "u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer". En esta expresión quedan comprendidas genéricamente todas las formas y medios que eviten la defensa del sujeto pasivo.

Con la conducta del sujeto activo se anula la posibilidad de defensa del pasivo, debido a lo cual es inevitable que se produzca el mal deseado por el delincuente.

Naturaleza de la alevosía. La discrepancia de los autores al respecto continúa vigente; así, para unos es objetiva y para otros, subjetiva. Al respecto, la consideramos objetiva. Por último, otros autores afirman que la alevosía implica necesariamente la premeditación; sin embargo, creemos que si bien en muchos casos coinciden, no es necesario que una dependa de la otra, pudiendo subsistir independientemente.

Algunos ejemplos de homicidios alevosos tomados de la historia universal son los siguientes: el asesinato de Julio César, el del rey Enrique III de Francia, el de Abraham Lincoln, el del general Emiliano Zapata, el de Francisco Villa, el de Álvaro Obregón, el de John F. Kennedy, el de John Lennon, el de Luis Donaldo Colosio, etcétera.

El CPDF vigente, publicado el 16 de julio de 2002 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal,* como se ha dicho, no contempló la premeditación. No obstante, incluye en su art. 138, entre las circunstancias agravantes en homicidio y lesiones, la retribución, el medio empleado, la saña y el estado de alteración voluntaria. Salvo esta última, las demás no son otra cosa que las presunciones legales de premeditación que contempla el CPF.

Cuadro 34 Elementos de la alevosía.

Sorpresa
Intencionalidad
Ataque de improviso
o
Con empleo de asechanza
o
Cualquier medio que imposibilite la defensa del ofendido y resulte inevitable el mal que se le quiere hacer

C. *Ventaja.* Esta calificativa implica superioridad del sujeto activo. Al respecto, el art. 316 del CPF precisaba cuatro hipótesis de ventaja hasta el 14 de junio de 2012 en que fue reformado este artículo, adicionándose otras tres hipótesis, para quedar de la manera siguiente:

I. Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;
II. Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan;
III. Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido;
IV. Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie;

V. El activo sea un hombre superior en fuerza física y el pasivo una mujer o persona menor de dieciocho años;
VI. El homicidio y las lesiones se ocasionen en situaciones de violencia familiar, y
VII. Exista una situación de vulnerabilidad motivada por la condición física o mental o por discriminación.

Respecto de la fracc. III, considero que no es afortunada la expresión "… quienes lo acompañan", pues podría ser que los acompañantes fueran sólo eso y no intervinieran en el ataque, por lo que sería más apropiado decir "… quienes intervengan".

Considero que las fraccs. V y VI son innecesarias, pues la V está implícita en la fracc. I y la VI en la propia noción de violencia familiar.

En cualquiera de los casos anteriores se entenderá que hay ventaja si se considera el último párrafo del mismo precepto invocado, que excluye como agravante la ventaja en los primeros tres casos si quien la tiene obra en legítima defensa, y en el cuarto si quien estaba armado o de pie fuera el agredido y hubiese peligro por no aprovechar esa circunstancia. Además, el art. 317 del CPF exige que sólo se considerará como calificativa cuando el delincuente no corra riesgo de ser muerto o herido por el sujeto pasivo y que el activo no obre en legítima defensa. Esto significa que el activo debe hallarse en una situación de invulnerabilidad.

En ocasiones la ventaja coincide con la premeditación, pero no es necesaria una para que exista la otra. Por cuanto hace a la alevosía, también suelen concurrir, pero no necesariamente.

Por lo común, además de existir ventaja (que el agente esté armado) el sujeto activo emplea un medio insidioso de ataque (alevosía), e incluso esta acción ha sido reflexionada previamente (premeditación). Si bien pueden concurrir las tres o dos de ellas, también es cierto que pueden existir de manera independiente.

Es frecuente la confusión entre alevosía y ventaja, pero cabe destacar algunos rasgos diferenciadores de la manera que se señala en el cuadro 35.

El art. 138, fracc. I, del CPDF hace referencia a la ventaja en el mismo sentido que el CPF.

D. *Traición.* La traición es propiamente una especie del género alevosía. El art. 319 del CPF señala: "... obra a traición: el que no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza."

Como fórmula, podría decirse que la traición es la suma de alevosía más perfidia. La jurisprudencia determina: "La traición es un caso específico de alevosía, que contiene todos los elementos de ésta y además la perfidia, o sea, la violación de la fe o seguridad expresa o tácita que el muerto hubiera podido recibir del procesado."[14]

[14] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Anales de jurisprudencia*, t. I, México, pág. 303.

Cuadro 35 **Características de la alevosía y de la ventaja.**

Alevosía	Ventaja
Art. 318	*Arts. 316 y 317*
Sorpresa Intencionalidad De improviso o Empleando asechanza o Cualquier medio que impida la defensa del ofendido Es un medio insidioso de ataque; se emplea engaño o artificio	Es superioridad del activo por: Fuerza física Las armas empleadas Su destreza en el manejo de ellas o Por el número de sus acompañantes Valerse de medios que debiliten la defensa del ofendido Hallarse de pie o armado y el ofendido caído o inerme

Es indispensable precisar la relación preexistente entre el homicida y el occiso, a fin de determinar si hubo o no traición. De violarse la fe o seguridad que debe uno al otro (expresa o tácita), se tratará de un homicidio a traición.

La ley refiere relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza.

Como en los casos de las tres circunstancias agravantes anteriores, cabe decir que la traición no requiere la premeditación ni la ventaja, y por cuanto hace a la alevosía, ésta forma parte de la traición; por tanto, se puede afirmar que toda traición implica alevosía, pero no toda alevosía implica traición.

Hace muchos años, al homicidio con traición se le conocía como *proditorio*. "El procurador de Justicia dice en primer término que José de León Toral es responsable de haber privado de la vida al general Álvaro Obregón en circunstancias tales que, dentro del cartabón de la más serena de las justicias, nos lo presentan como un criminal autor de un asesinato."[15]

Respecto de la traición, el CPDF agrega que la relación de confianza debe ser real y actual.

En una reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 10 de septiembre de 2009, se adiciona una circunstancia agravante más: el odio. El art. 138 del referido código queda de la manera siguiente:

> **Artículo 138.** El homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña, en estado de alteración voluntaria u odio.

[15] *Requisitoria del Ministerio Público y alegatos de los defensores en el jurado de José de León Toral y Concepción Acevedo y de la Llata, reos del delito de homicidio proditorio*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1928, pág. 78.

La fracc. VIII incluida en esta reforma establece:

> Existe odio cuando el agente lo comete por la condición social o económica; vinculación, pertenencia o relación con un grupo social definido; origen étnico o social; la nacionalidad o lugar de origen; el color o cualquier otra característica genética; sexo; lengua; género; religión; edad; opiniones; discapacidad; condiciones de salud; apariencia física; orientación sexual; identidad de género; estado civil; ocupación o actividad de la víctima.

Parece que el legislador local incluye esta agravante, de naturaleza tan subjetiva y difícil de probar, por imitación del sistema anglosajón y de otros extranjeros, pues finalmente no es otra cosa que un "móvil", el cual, en nuestra opinión, no debiera incluirse como circunstancia agravante y sí considerarse dentro de los criterios de individualización de la pena, plasmados ampliamente en los arts. 70 y 72 del CPDF. En la fracc. V de este último numeral se hace referencia a "los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir". Por tanto, me parece reiterativo y, en consecuencia, el legislador cae en la duplicidad; es posible que cuando redactó esta nueva agravante haya olvidado que en el mismo código existía el art. 72.

Otra falla es la inútil enunciación casuística, que de todas maneras nunca abarca todas las posibilidades. El CPDF, al precisar cuándo existe odio, señala las siguientes hipótesis: condición social, económica, vinculación, pertenencia o relación con un grupo social definido, origen étnico, social, nacionalidad o lugar de origen, color, cualquier otra característica genética, sexo, lengua, género, religión, edad, opiniones, discapacidad, condiciones de salud, apariencia física, orientación sexual, identidad de género, estado civil, ocupación o actividad de la víctima.

Como se advierte, el legislador emplea más de una veintena de posibles razones por las que el activo puede odiar al pasivo, cuando simplemente pudo expresar en la norma que sería circunstancia agravante en lesiones y homicidio el odio del agente hacia el pasivo por cualquier razón. Si se analiza con cuidado, puede haber otras razones de odio que no están previstas en la fracc. VIII del art. 138 y, por ello, dejaría de ser agravado el delito.

Finalmente, la sanción que corresponde a todo homicidio agravado es de 30 a 60 años de prisión de conformidad con el art. 320 del CPF, mientras que en el CPDF se establece una punibilidad de 20 a 50 años (art. 128), y basta, como ya se ha dicho, con sólo una de las circunstancias calificativas. Recuérdese también que no es posible la existencia simultánea, en un mismo homicidio, de circunstancias atenuantes y agravantes, pues, dado su antagonismo, una circunstancia excluye a la otra.

13.7 Culpabilidad o reprochabilidad

Pueden presentarse tanto el dolo como la culpa. Recuérdese que en las legislaciones donde aún existe la preterintencionalidad, ésta también puede darse en homicidio.

Homicidio intencional o doloso

Ocurre cuando el agente priva de la vida a una persona teniendo la intención de causar dicho resultado. El art. 307 del CPF señala una penalidad de 12 a 24 años de prisión para quien comete homicidio intencional. El art. 123 del CPDF señala de ocho a 20 años.

Homicidio no intencional o culposo (imprudencial)

Se presenta cuando se priva de la vida sin que el sujeto activo hubiera tenido la intención de matar, siempre que este daño haya resultado como consecuencia de alguna imprevisión, negligencia, etc. Los arts. 60 a 62 del CPF señalan la sanción aplicable. En el CPDF son los arts. 76 y 77 los que se refieren a la punibilidad de este tipo de delitos.

Homicidio preterintencional o ultraintencional

Antes de las reformas del 10 de enero de 1994 existía en el Código Penal este grado de culpabilidad. Consistía en querer causar un daño menor, pero se causaba uno mayor por imprudencia en el actuar. Actualmente no existe la preterintencionalidad en el CPDF, ni en el CPF, pero sí en varios códigos penales locales.

Inculpabilidad

El aspecto negativo de la culpabilidad también se puede presentar en el homicidio, en cada una de sus diversas hipótesis, esto es: caso fortuito, error de hecho invencible, etcétera.

13.8 Punibilidad

No es posible hablar de una punibilidad única para el homicidio, pues en torno a este delito existen diversas penalidades, dependiendo de si se trata del simple intencional, atenuado, agravado o culposo; asimismo, habrá que ver que el CPDF, el CPF y cada código estatal señalan penalidades diferentes, incluso tratándose de las mismas circunstancias atenuantes o agravantes.

Diversas penalidades

El cuadro 36 contiene de manera panorámica las distintas penalidades correspondientes al delito de homicidio.

Excusas absolutorias

En el delito de homicidio se presenta una excusa absolutoria. Se trata de los arts. 321 *bis* del CPF y 139 del CPDF, que se refieren a los delitos de lesiones y homicidio culposos respecto de ciertos familiares y parientes señalados en la norma.

Por cuanto hace a la imputabilidad y a su aspecto negativo, que es la inimputabilidad, no se contempla como elemento del delito en ninguna de las figuras típicas

Cuadro 36 **Penalidad en el homicidio (CPF).**

Clase o circunstancia	Artículo	Penalidad
Simple intencional	307	De 12 a 24 años
Culposo	60	Hasta la cuarta parte de la pena que se asigne al tipo básico doloso
Atenuados		
Riña	308, 1er párrafo	De 4 a 12 años
Duelo	308, 2º párrafo	De 2 a 8 años
Emoción violenta	Derogada	Derogada
Homicidio consentido	312, 2ª parte	De 4 a 12 años
Agravados		
Premeditación, alevosía, ventaja o traición	320	De 30 a 60 años
Circunstancias excluyentes del delito	15	No hay pena

estudiadas, porque en todos los casos se trataría de afirmar lo mismo: el sujeto activo debe ser imputable; de no serlo, se hará merecedor a una medida de seguridad y no a una pena.

13.9 Consumación y tentativa

En todos los delitos cabe distinguir entre la consumación y la tentativa, e incluso plantearse si es posible el grado de tentativa, ya que hay delitos en los cuales, dada su naturaleza, no es posible su configuración, como en el caso de los delitos de peligro.

Consumación

En el homicidio, la consumación ocurre en el preciso instante de causarse la muerte del sujeto pasivo, no antes ni después. Aun cuando existan lesiones mortales, pero continúe con vida el sujeto, no podrá hablarse de homicidio. Así, la cesación de la vida señala el momento consumativo.

Tentativa

El homicidio admite la posibilidad de que se presente el grado de tentativa, siempre que el agente realice los actos tendentes a producir el resultado y que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. De este modo se puede presentar la tentativa acabada y la inacabada.

13.10 Concurso de delitos

En el homicidio se pueden presentar tanto el concurso ideal o formal como el real o material.

Ideal o formal

Dada la naturaleza del homicidio, puede ocurrir que con una sola conducta se produzcan varios resultados típicos y que uno de ellos sea precisamente el homicidio; por ejemplo, con la única conducta de incendiar un local comercial o al lanzar un explosivo, se pueden producir lesiones, daños en propiedad ajena (a la propiedad) y homicidios.

Real o material

También puede suceder que con distintas conductas se produzcan diversos delitos y que uno de ellos sea el homicidio; por ejemplo, con una conducta, un sujeto roba en un autobús foráneo de pasajeros; con otra, lesiona a algunos; con otra roba a otros, y con otra más priva de la vida al chofer.

Al respecto, se seguirán las reglas para imponer las penas correspondientes que se señalaron en la primera parte al estudiar el tema del concurso de delitos.

13.11 Participación

En el homicidio también pueden presentarse todos los grados de participación: autoría intelectual, material, autoría mediata, coautoría, etcétera.

13.12 Perseguibilidad o procedencia

El delito de homicidio, el más grave de todos, se persigue de oficio.

13.13 Consideración final

Por último, cabe destacar la importancia y trascendencia del homicidio, por tratarse de un delito que produce una afectación no sólo individual, sino también familiar y sobre todo social, pues al grupo le repugna esta conducta que provoca rechazo, inseguridad e incluso impotencia. Asimismo, cabe señalar el incremento que ha tenido en los últimos tiempos la violencia con la cual se comete y el desprecio que muchos delincuentes muestran ante este bien jurídico, el más importante de todos.

En todos los delitos, pero aún más en el homicidio, reiteramos la conveniencia de unificar los 33 códigos penales en uno solo para su aplicación en toda la República, como ocurre en países desarrollados, pues los bienes jurídicos y en especial la vida humana tienen el mismo valor, independientemente de la zona geográfica y cualesquier otra razón.

Actividades

1. Seleccione cuatro notas periodísticas sobre homicidios recientes y localice lo siguiente:

   a) ¿Quién fue el sujeto activo y quién el pasivo?

   b) ¿Tuvo agravantes o atenuantes el delito de homicidio?

   c) ¿Cuál es el artículo o artículos de los códigos penales federal y del Distrito Federal que deberán aplicarse?

   d) Conforme a los datos aportados por el periódico, ¿cuál deberá ser la pena aplicable?

2. Proporcione un ejemplo en el que no se presente el nexo causal.

3. De la historia y la literatura universal, elija cinco casos de homicidio con alevosía que no sean los propuestos en este libro, y señale la pena imponible conforme a la actual legislación penal mexicana (federal y local).

4. Proponga dos casos de causas de justificación que puedan presentarse en el homicidio, en casos ocurridos en la República Mexicana y dados a conocer por los medios de difusión.

5. Elabore un cuadro en el que esquemáticamente se observen los elementos del homicidio siguientes: sujetos (activo y pasivo), objetos (material y jurídico), medios de ejecución, circunstancias (agravantes y atenuantes), perseguibilidad, artículos del CPDF que lo contemplan y penalidades.

6. Proponga dos ejemplos de homicidio culposo.

7. Idee un caso en el que se aprecie la legítima defensa, otro en el que exista riña y otro más en el que haya estado de necesidad.

8. Proponga un ejemplo con cada presunción de premeditación de las mencionadas en el art. 315 del CPF, en su párrafo tercero.

9. Proponga un ejemplo de homicidio con consentimiento de la víctima.

10. Elabore un cuadro comparativo entre la emoción violenta y la anterior atenuante de infidelidad conyugal.

Autoevaluación

1. Indique quiénes pueden ser sujetos activo y pasivo en el homicidio.
2. ¿Cuál es el objeto material en el homicidio?
3. Señale cuáles son los medios de ejecución en este delito.
4. ¿Qué se entiende por saña?
5. ¿Exige temporalidad el CPF para que haya nexo causal?
6. ¿Qué se entiende por alevosía?
7. ¿Qué es la premeditación?
8. ¿Qué es la ventaja?
9. Defina la traición.
10. ¿Cuáles son las circunstancias atenuantes que contempla la ley penal?
11. ¿Cómo puede ser la reprochabilidad en el homicidio?
12. ¿Qué se entiende por riña?
13. ¿Cuáles son los elementos de la legítima defensa?
14. ¿Es punible el homicidio con consentimiento de la víctima?
15. ¿Pueden ser objeto material de homicidio el animal y el cadáver?
16. Enumere seis de las presunciones de premeditación.
17. Acerca de la premeditación, ¿cuál es la teoría que sigue el código?
18. ¿Quiénes pueden ser sujetos pasivos en el homicidio por emoción violenta?
19. ¿De qué tipo son las presunciones de premeditación?
20. ¿Cuál es la diferencia entre alevosía y ventaja?
21. ¿A qué otra agravante incluye o lleva implícita la traición?
22. ¿Por qué causas puede ser atípico el homicidio?
23. ¿Se puede presentar la tentativa en el homicidio?
24. ¿Existe la premeditación en el CPDF?
25. Explique la circunstancia agravante del odio prevista en el CPDF para los delitos de homicidio y lesiones.

14 Participación en el suicidio

Reviste características muy especiales el suicidio, conducta que adquiere interés para el derecho penal. Ello obedece a la necesidad de tutelar la vida humana contra cualquier ataque o conducta que la lesione. El suicidio es un comportamiento que implica la autoprivación de la vida.

Desde ahora, para que en lo sucesivo no haya duda al respecto, cabe aclarar que el suicidio no es un delito, pero sí lo es participar en el suicidio de otro, en cualquiera de las hipótesis que se verán más adelante.

14.1 Noción

El suicidio es la autoprivación de la vida. Émile Durkheim lo define como "toda muerte que resulta mediata e inmediatamente de un acto, positivo o negativo, realizado por la víctima misma".[1]

El propio autor indica que se trata de una definición incompleta, debido a la dificultad que representa querer definir algo, sobre todo cuando se trata de una situación muy compleja y de matices tan nebulosos como este comportamiento humano.

Durkheim se refiere también a las distintas clases de suicidio, causas, cifras y muchos otros aspectos que en su época (finales del siglo XIX) influían y se hallaban en torno a dichos comportamientos, y aclara que las predisposiciones individuales por sí solas no son causas determinantes del suicidio, a menos que se combinen con factores cósmicos. Por *factores cósmicos* Durkheim entiende el clima y las tempera-

[1] Émile Durkheim, *El suicidio,* trad. Mariano Ruiz Fuentes, UNAM, México, 1983, pág. 57.

turas de las estaciones, y habla de la imitación por contagio: "la idea del suicidio se comunica por contagio."[2] También hace referencia a las causas sociales, a las que atribuye suma importancia.

En sus estadísticas (1856-1878), Durkheim contempla miseria, desgracias familiares, amor, celos, prostitución, enfermedades mentales, remordimientos, dolores físicos, locura religiosa, cólera, etc. El estudio del gran sociólogo francés es de trascendental relevancia, pues además del detalle al que llega en sus investigaciones, muchas de sus ideas, a pesar del tiempo transcurrido y el cambio de las condiciones sociales, permanecen vigentes.

En algunos grupos sociales primitivos y en ciertas culturas orientales el suicidio es un acto ordinario e incluso necesario. Sin duda, se trata de un problema social (en ocasiones obedece a una problemática psicológica o psiquiátrica); no obstante, en cualquier caso se traduce en una conducta que afecta al grupo social, aunque jurídicamente es irrelevante en cuanto a que no se considera un delito, pero repercute de algún modo en los miembros de la sociedad.

Censurado con severidad por la Iglesia católica, institución que no lo justifica, el suicidio ha sido objeto de estudio por parte de teólogos, sociólogos, antropólogos, juristas, psicólogos y psiquiatras.

Otra definición de suicidio es la que proporciona Hilda Marchiori. El suicidio es un comportamiento intencional autodestructivo llevado a cabo por una persona en una etapa de su vida altamente sensible, agravado por un contexto familiar-social vulnerable que no puede impedirlo.

El suicidio es la autodestrucción voluntaria de la propia vida.[3]

Desde los tiempos más remotos el suicidio ha ocupado un lugar importante en la vida de los pueblos; se manifiesta en la mitología, la literatura, y específicamente en la historia universal; es un medio para dignificar a quien ha perdido su honor (Japón), para cumplir con las costumbres ancestrales (esquimales) y para responder a móviles pasionales, sean éstos amorosos, religiosos o políticos. Para ilustrar este tema, a continuación se presentan diversos ejemplos de suicidio, suicidio en cadena, participación en el suicidio y homicidio consentido tomados de la mitología griega, la historia, la literatura universal y la ópera.

Mitología griega

Antígona, hija de Edipo, se ahorcó cuando fue condenada por Creonte a ser enterrada viva; había dado sepultura a su hermano Polinices desobedeciendo una ley que lo prohibía.

[2] *Ibidem*, pág. 177.

[3] Hilda Marchiori, *El suicidio. Enfoque criminológico*, Porrúa, México, 1998, pág. 1.

Hemón, hijo de Creonte y prometido de Antígona, se suicidó cuando supo que ella se había privado de la vida.

Eurídice, esposa de Creonte y madre de Hemón, se quitó la vida al saber que su hijo se había suicidado.[4]

Historia universal

Se privaron de la vida Demóstenes, Diógenes, Nerón, Catón, Bruto, Casio y muchos más.

Cleopatra, reina egipcia, fue mordida por un áspid. Después de tomar un baño, adornarse con sus mejores joyas y con su corona de los ptolomeos, introdujo la mano en una cesta de higos que pidió a un campesino y a su esclava, para ser mordida por el venenoso reptil. Esto, para evitar la humillación a que sería sometida por Octavio.[5] Existen versiones distintas sobre los móviles de esta muerte, pero la más difundida hasta ahora es ésta.

Adolf Hitler, dirigente nazi, en abril de 1945, previo acuerdo con su esposa Eva Braun, con quien había contraído matrimonio días antes, la privó de la vida con su consentimiento, dándole cianuro; inmediatamente después él se suicidó mediante un disparo de arma de fuego. Antes, había dado instrucciones de que incineraran los cuerpos.[6]

Erwin Rommel, "El zorro del desierto", se privó de la vida coaccionado por Hitler. Éste lo había amenazado con matarlo no sólo a él, sino a toda su familia. Le hizo ver que si se suicidaba, tendría un funeral con honores. Rommel se suicidó en octubre de 1944. Oficialmente se dijo que murió a causa de un paro cardiaco.[7]

A Fernando Montes de Oca, uno de los "Niños Héroes", se le atribuye el hecho heroico de haberse lanzado al vacío envuelto en la bandera mexicana para evitar que el enemigo estadounidense la mancillara. Esto ocurrió el 13 de septiembre de 1847 (existe otra versión que atribuye este acto a Juan Escutia).[8]

Antonieta Rivas Mercado, destacada intelectual y vanguardista de su época, hija del reconocido arquitecto Antonio Rivas Mercado, se suicidó el 11 de febrero de 1931 con la pistola de José Vasconcelos, ante la imagen de Cristo crucificado, en una banca de la nave central de la Catedral de Notre Dame.[9]

4 José Luis Arriaga, *Diccionario de mitología,* Mensajero, Bilbao, 1983, pág. 54.

5 Emil Ludwing, *Cleopatra,* Populibros La Prensa, núm. 43, México, 1960, págs. 231 a 233.

6 David Irving, *La guerra de Hitler,* Planeta, Barcelona, 1990, págs. 656 y 658.

7 B. H. Liddell Hart, *Mariscal Rommel. Memorias. Los años de derrota,* Editora Latinoamericana, México, 1957, pág. 284.

8 *Enciclopedia de México,* t. X, SEP, México, 1987, pág. 5810.

9 Fabienne Bradu, *Antonieta,* Fondo de Cultura Económica, México, 1992, págs. 224 a 229.

Literatura universal

En *Cumbres borrascosas*, novela romántica de tintes trágicos de Emily Brontë, la protagonista se priva de la vida por omisión a causa de una infortunada y tortuosa pasión amorosa. Deja de comer y se abandona hasta morir.

Romeo y Julieta, personajes centrales de la trágica obra del mismo nombre escrita por William Shakespeare, se quitan la vida: ella toma un brebaje para parecer muerta y después poder huir con su esposo Romeo; sin embargo, al verla, cree que está muerta y se suicida; ella despierta y, al verlo sin vida, se priva de la vida con la daga de él.

Otelo, personaje de la obra homónima de William Shakespeare, es el celoso personaje que también termina sus días suicidándose.

En *Fausto*, considerada la mejor obra de Goethe, este personaje se mata y, a pesar de su pacto con Mefistófeles, es perdonado en el cielo.[10]

Como dato curioso, existe una larga lista de escritores y poetas que han terminado su vida voluntariamente y por propia mano. Tal es el caso de Gérard de Nerval, Ernest Hemingway, Yukio Mishima, Manuel Acuña, Jaime Torres Bodet, y en el caso de las mujeres, Sylvia Plath, Alfonsina Storni, Virginia Woolf, Concha Urquiza y Sara Teasdale, entre otras.

Ópera

Hay suicidios en *El buque fantasma* y en *Tristán e Isolda*, de Wagner; en *Madame Butterfly* y *Tosca*, de Puccini; en *Aída*, *La fuerza del destino* y *Nabucco*, de Verdi; en *Lucía de Lammermoor*, de Donizetti, y en *Fedora*, de Giordano,[11] entre otros.

Sobre aspectos psicológicos, Pierre Moron desarrolla varios temas en torno al determinismo suicida. Entre ellos se encuentran: el proceso suicida, las funciones suicidas, el sentido del suicidio y aspectos psicoanalíticos, entre otros. Este psiquiatra afirma: "El llamar a la muerte devalúa la vida debido al fracaso, creando un estado depresivo que puede describirse como un hastío de vivir."[12]

El suicidio ante el derecho. Jurídicamente, el suicidio es relevante al estar considerado como muerte violenta junto con el homicidio y la muerte por hechos de tránsito, pero es irrelevante por sí mismo, ya que no se trata de una figura típica; su importancia deriva de la participación de otro en el suicidio de una persona.

Cabe insistir en que el gran número de suicidios no conocidos impide investigaciones específicas al respecto.

[10] González Porto-Bompiani, *Diccionario Bompiani de autores literarios*, t. II, Planeta-Agostini, Barcelona, 1987, págs. 1051-1060.

[11] Alejandro Maldonado Aguirre, *El delito y el arte,* UNAM, México, 1994, págs. 87-95 y 105.

[12] Pierre Moron, *El suicidio,* Publicaciones Cruz, México, 1992, pág. 68.

14.2 El delito de participación en el suicidio

El art. 312 del CPF hace referencia a dos figuras distintas: la participación en el suicidio y el homicidio consentido. La primera parte se refiere a la participación en el suicidio y la segunda, al homicidio consentido.

14.3 Noción legal

> El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.

La última parte de este precepto se refiere al homicidio consentido, analizado en el capítulo anterior entre los homicidios atenuados. Por tanto, sólo interesa la primera parte de dicho artículo, que define este delito autónomo.

14.4 Elementos del tipo

Conducta típica

La conducta típica en este ilícito consiste en dos posibles formas de incurrir en ella: una es inducir a alguien al suicidio y la otra es auxiliarle.

- Inducción. Es una actitud psicológica que consiste en persuadir a alguien para que se prive de la vida. Se trata de instigar, de ejercer poder sobre la voluntad de alguien, de lograr convencerlo para que se suicide. Esta maquinación sobre la voluntad de otro debe ser lo suficientemente poderosa para influir, de tal manera, que se logre el propósito de convencer a la persona.

  Puede ocurrir que el móvil de quien induce se base en sentimientos de piedad (por saber que el sujeto padece alguna enfermedad incurable), o tratarse de sentimientos originados en intereses malsanos (como querer heredar, celos, envidia, odio, etcétera).

  Desde el punto de vista de la psicología, este problema resulta muy interesante, pues no cualquiera puede tener la aptitud de influir en el ánimo de otra persona, sobre todo cuando se trata de una decisión tan trascendente en la que está en juego la vida. Por otra parte, también resulta interesante conocer la personalidad del suicida, pues éste debe tener ciertas características especiales que lo hagan tomar, en un momento dado, la decisión de matarse; además, la influencia psicológica la realizará el activo en un momento y en condiciones propicias que sabe que coadyuvarán en su propósito. Surge un problema complejo al tratar de desentrañar si por presiones familiares, por ejemplo, el padre que exige buenas calificaciones a su hijo, y si éste por dicha presión se privara de la vida, ¿podría hablarse de "inducción"?

Si el suicida fuere menor de edad o padeciera alguna forma de enajenación mental, desaparecerá la benignidad de la pena al considerar su incapacidad intelectual, pues el art. 313 del CPF prevé que, en este caso, la pena sería la correspondiente al homicidio o lesiones calificados.

- Auxilio. Consiste en ayudar al suicida a lograr su propósito de privarse de la vida. En este caso, el sujeto activo no induce ni convence al pasivo, sino que éste ya ha tomado la decisión y le pide ayuda material para matarse (aunque puedan coincidir ambos comportamientos). El auxilio puede consistir en darle el instrumento necesario para quitarse la vida, como proporcionar una pistola, conseguir el veneno o, en general, cualquier tipo de ayuda material tendente a que el sujeto pasivo se suicide.

  Es indispensable que dicha ayuda material no traspase los límites de un mero auxilio, pues si en cualquier forma el sujeto activo interviniera directamente para privar de la vida al agente pasivo, existiría homicidio consentido (art. 312, segunda parte, CPF).

  Puede ocurrir, como ya se dijo, que el mismo sujeto inductor auxilie al suicida. Aun en un caso como éste, la pena será la misma, una intermedia o la máxima dentro del margen legal, que es de uno a cinco años de prisión.

Como puede observarse, el art. 312 del CPF establece tres grados de gravedad ascendente, los cuales pueden denotar una peligrosidad que va de menos a más (aunque es discutible) y se esquematiza en el cuadro 37. Decimos que es discutible o cuestionable, ya que si en principio se considera que es menor la peligrosidad de quien sólo induce, mayor la de quien auxilia y mucho mayor la de quien priva de la vida a otro con su consentimiento, esto puede ser una apariencia errónea.

Cuadro 37 **Suicidio y homicidio (CPF).**

		Tercer grado
		Ejecutar la muerte de otro con su consentimiento
		Homicidio atenuado
	Segundo grado	Pena: de 4 a 12 años
	Auxilio en el suicidio	El sujeto pasivo es occiso de homicidio
	Delito autónomo	
Primer grado	Pena: de 1 a 5 años	
Inducción al suicidio	El sujeto pasivo es el suicida	
Delito autónomo		
Pena: de 1 a 5 años		
El sujeto pasivo es el suicida		

En principio, parecería tener una mínima peligrosidad quien induce y, en cambio, tener una máxima peligrosidad quien comete homicidio consentido. Pero si se analiza a fondo esta situación, podría suceder que ocurriera lo contrario. Debe ser realmente peligroso quien es capaz de convencer a una o varias personas para privarse de la vida. En este tema se recomienda remitirse a la lectura del caso del suicidio colectivo de la Guyana francesa, mencionado en el tema de la secta criminal dentro del "concurso de personas".

En lo personal, considero más peligroso a quien induce que a quien auxilia; sobre todo tratándose de móviles religiosos. A quien auxilia a un enfermo terminal le considero mínima peligrosidad o quizá ninguna, dado el móvil implícito de piedad humana que lo lleva a actuar de esa manera. El CPF no lo ve de la misma manera, lo que se advierte en la penalidad.

El CPDF prevé este delito en el art. 142; básicamente contempla este ilícito en igual forma que el código federal, pero adiciona un aspecto interesante y novedoso. Se trata de lo que ocurre cuando, pese a la inducción desplegada por el agente, el suicidio no se consuma. Esto lo prevé el art. 142, tercer párrafo, que establece:

> Si el suicidio no se consuma, por causas ajenas a la voluntad del que induce o ayuda, pero sí se causan lesiones, se impondrá (*sic*) las dos terceras partes de la pena anterior, sin que exceda de la pena que corresponda a las lesiones de que se trate. Si no se causan éstas, la pena será de una cuarta parte de las señaladas en este artículo.

Se trata, en el caso anterior, de una "tentativa" del delito de inducción o ayuda al suicidio, que antes no estaba contemplado en el código penal, y se castiga con pena menor, tanto si sólo se causan lesiones como si no resulta daño alguno. Aquí el legislador está considerando la peligrosidad del agente y la posibilidad de daño, aunque éste no se cause o se produzca uno menor al querido.

La otra diferencia es que el CPF se refiere a auxilio y el CPDF a ayuda.

Advierto en la práctica un problema serio en el hecho de que el legislador del Distrito Federal incluya el art. 127, que establece que la conducta típica de privar de la vida a alguien debe ser con su consentimiento, pero además, con la satisfacción de los siguientes elementos del tipo:

1. Por petición:
   - A) Expresa.
   - B) Libre.
   - C) Reiterada.
   - D) Seria.
   - E) Inequívoca (del pasivo).
2. Que medien razones humanitarias.
3. Que la víctima padeciere una enfermedad:

A) Incurable.
B) En fase terminal.

En este caso, la punibilidad es de dos a cinco años de prisión. Nótese que esta penalidad es muy menor a la prevista para el homicidio consentido a que se refiere el art. 142, segunda parte. Entiendo que el CPDF contempla dos artículos distintos en relación con una situación similar: en el art. 142, segunda parte, se presenta el homicidio consentido genérico, y en el art. 127, un homicidio consentido específico.

Para la mejor comprensión de este tema habrá que consultar también la *Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal*.

14.5 Sujetos y objetos

Sujetos

- Sujeto activo. Puede serlo cualquier persona física, pues la ley no exige calidades especiales. En esta figura el sujeto activo será quien induzca a otro al suicidio o lo auxilie (ayude) para realizarlo.
- Sujeto pasivo. También puede serlo cualquier persona física.

El art. 313 del CPF establece que si el pasivo es menor de edad o padece algún tipo de enajenación mental, la pena será la correspondiente al homicidio o las lesiones agravadas. El art. 143 del CPDF da el mismo tratamiento. En el caso del CPDF, de conformidad con el art. 127, no se señalan calidades específicas para el sujeto activo; sin embargo, considero que deberá tratarse de un médico, pues esta figura viene a ser la eutanasia; respecto del pasivo, tendrá que ser un enfermo incurable en fase terminal.

Objetos

- Material. Se identifica con el sujeto pasivo que, según quedó asentado, podrá ser cualquier persona física respecto del art. 142 del CPF y, respecto del 127 del CPDF, sólo el indicado en dicho artículo.
- Jurídico. Es el bien jurídicamente tutelado, que en el caso estudiado es la vida.

14.6 Otros aspectos y elementos

Dada la especialísima naturaleza de esta figura típica, de forma somera se destacan los aspectos siguientes:

- Tipicidad. Deben reunirse los elementos exigidos por la descripción típica, pues de no ser así existirá el aspecto negativo: la atipicidad; por ejemplo, la conducta será atípica si el sujeto, en vez de inducir o auxiliar, priva directamente de la vida al pasivo, o bien lo lesiona.
- Antijuridicidad. Esta figura será antijurídica en tanto contraría la ley, que en el presente caso tutela la vida humana. Se discute si puede presentarse el aspecto

negativo de la antijuridicidad, esto es, las causas de justificación. En lo personal, admito que puede presentarse el estado de necesidad cuando para salvar un bien jurídico de mayor valía se induce o auxilia a otro para que se prive de la vida.

- Culpabilidad. Este delito sólo admite la forma dolosa. No es configurable la tentativa en la inducción, pero sí en el auxilio al suicidio.
- Concurso de delitos. Puede presentarse el concurso real o material cuando, con la actitud de auxiliar al sujeto pasivo, se roba el arma de fuego para entregársela, de modo que pueda lograr su propósito de matarse, o que porte un arma prohibida y se la proporcione al sujeto pasivo, pues en este caso realizará distintas conductas que, en consecuencia, originarán diversos delitos.

  También puede ocurrir la participación cuando haya, por ejemplo, más de un instigador o varios sujetos que auxilien al suicida, encubridores, etc. Este delito se persigue de oficio.

Por último, existe una circunstancia agravante: cuando el suicida es menor de edad o padece alguna de las formas de enajenación mental, según lo prevén los arts. 313 del CPF y 143 del CPDF, que ya se vieron. Para concluir este apasionante tema, habría que plantearse si la vida puede ser considerada un bien disponible, a la luz de los arts. 15, fracc. III, del CPF, y 29, fracc. III, del CPDF.

Actividades

1. Considere el caso del suicidio de Cleopatra, soberana de Egipto, e indique si, según la historia, hubo móviles políticos o sentimentales en dicha conducta; manifieste también si la persona que le proporcionó el áspid puede considerarse partícipe en alguna de sus formas.
2. Proponga dos ejemplos en los cuales se observe cada una de las dos formas posibles de incurrir en el delito de participación en el suicidio: inducción y auxilio.
3. Localice en algún periodo un caso de suicidio colectivo y analice los datos aportados a fin de determinar si hubo influencia por parte de alguien y de qué forma contemplaría el derecho penal esa figura.
4. Elabore un cuadro sinóptico en el que se precisen todos los elementos del delito de participación en el suicidio.
5. Argumente si se está de acuerdo con esta figura típica y escriba un breve ensayo acerca del tema, así como otro respecto del suicidio en general.
6. Elabore un resumen del delito de participación en el suicidio comparándolo y destacando los rasgos distintivos del delito de homicidio consentido.
7. Organice un debate en torno al homicidio consentido.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste el delito de participación en el suicidio?
2. Indique quiénes pueden ser sujetos activo y pasivo.
3. ¿Cuál es el objeto material y cuál el jurídico en esta figura?
4. Diga si en la legislación penal mexicana el suicidio es un delito.
5. ¿En qué consiste la conducta típica en la participación en el suicidio?
6. Señale si se trata de un delito de daño o de peligro.
7. ¿Se presentará esta figura si el sujeto ejecuta directamente la muerte del pasivo con su consentimiento?
8. ¿En qué momento se consuma este delito?
9. ¿Puede existir la tentativa?
10. ¿Es menor o mayor la penalidad en la participación en el suicidio que el homicidio simple intencional?
11. ¿Puede haber circunstancias atenuantes en este delito?
12. ¿Se pueden presentar circunstancias agravantes?
13. ¿Qué se entiende por inducir, para efectos de este delito?
14. ¿En qué consiste el auxilio o ayuda?
15. En cuanto a la culpabilidad, ¿pueden presentarse los dos grados que prevé la ley penal?
16. ¿Puede el sujeto pasivo ser menor de edad?
17. ¿Puede presentarse la participación?
18. ¿Cómo se persigue este delito?
19. ¿Puede darse el concurso ideal?
20. ¿Puede presentarse el concurso material o real?
21. ¿Es punible la tentativa de inducción al suicidio?
22. ¿Es punible la tentativa de inducción al suicidio en el CPDF?

15 Aborto

El aborto, delito de permanente actualidad y polémico en todos los ámbitos, ofrece un interesante panorama jurídico, como se verá a continuación.

Existen muchas nociones del aborto, según el punto de partida; así, hay definiciones médicas, religiosas, jurídicas y legales.

Independientemente de las consideraciones filosóficas, éticas, morales, sociológicas, psicológicas, religiosas y posturas de género, en esta obra se aborda el estudio del delito de aborto de acuerdo con una concepción eminentemente jurídica.

15.1 Noción legal

El art. 329 del CPF precisa, de manera breve y concreta, lo que para efectos legales debe entenderse por *aborto*, al definirlo como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

El vocablo *preñez*, aunque suele emplearse para las mujeres, es más usual en términos veterinarios, por lo que es más correcto el empleo de *embarazo* o *gestación*.

El art. 144 del CPDF lo define de la manera siguiente: "Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio."

Crítica personal. Considero que el legislador del Distrito Federal hace referencia a "interrupción" como sinónimo de "privar de la vida", lo cual es incorrecto: no se puede aplicar en este caso porque la vida intrauterina, al ser destruida, no se interrumpe, sino que se extingue. Dicho de otra manera, todo lo que se interrumpe puede continuar, como una conversación, una comida o un trabajo, pero la vida no

puede ser interrumpida para continuar posteriormente. La muerte es la etapa final de la vida. Creo que el legislador local, influido por una fuerte posición feminista, optó por no llamar a las cosas por su nombre; así, en vez de decir "privar de la vida", dice "interrupción del embarazo".

Posteriormente, el propio CPDF establece en el art. 146 lo que denomina "aborto forzado", de la manera siguiente: "Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada." Esta figura resulta contradictoria respecto al contenido del art. 144, pues mientras que este artículo establece que no es delito "interrumpir" el embarazo (privar de la vida al producto de la concepción), el art. 146 señala que SÍ lo es cuando no exista consentimiento de la mujer embarazada; es decir: si hay consentimiento de la mujer, no es delito, pero si no hay consentimiento de ésta, sí lo es.

Francamente, el legislador del Distrito Federal valora en muy poco la vida, aun cuando ésta pertenezca a un ser en gestación (en el que ya existen signos vitales), y lo único que *justifica* su extinción es el consentimiento de la mujer. La conclusión lógica resulta ser, entonces, que el bien jurídico tutelado por la norma no es la vida, sino la libertad de elección por parte de la mujer embarazada, por lo que este artículo debiera ubicarse fuera del Título Primero del Segundo Libro del código penal, que se refiere a los delitos contra la vida.

15.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. De la descripción legal se advierte que el sujeto activo en el aborto puede serlo cualquier persona física, pues la ley no precisa que deba ser alguien con calidades especiales; sin embargo, cuando se estudie la clasificación del aborto se verá que, en cada tipo, la propia ley determina quién puede ser el sujeto activo. Por ahora, de manera genérica, cabe decir que en el aborto cualquier persona física puede ser sujeto activo.

- Pasivo. Sólo puede serlo el producto de la concepción, siempre que la conducta típica se presente en cualquier momento durante la gestación, en el CPF, y en el CPDF a partir de la decimosegunda semana de embarazo.

  De ocurrir la muerte del producto después de la gestación, ya no habrá aborto, pues la figura sería atípica y podría existir infanticidio, homicidio, o bien homicidio en razón del parentesco o relación, dependiendo del sujeto activo y demás modalidades, como se verá más adelante.

Objetos

- Material. Es sobre quien recae el daño, que en este caso se identifica con el sujeto pasivo; es decir, el producto de la concepción en cualquier momento de la gesta-

ción (o a partir de la decimosegunda semana de embarazo). En materia penal, no se habla de persona en caso de aborto, pues el concebido no es, a la luz del derecho civil, una persona; sin embargo, se tutela la vida del ser humano, a partir de su concepción.

- Jurídico. Es el bien jurídico tutelado, que en este caso es la vida y, más propiamente, la vida en gestación o formación, que si bien es cierto depende de la madre, también lo es que constituye una vida autónoma de la de ella y se trata de una unidad biopsicosocial distinta, que lo hace un ser humano diferente y ajeno. Aquí desvirtuamos las posturas feministas radicales, que para justificar el aborto afirman que la madre puede disponer libremente "de su cuerpo". Esta afirmación es una falacia, pues el producto concebido no es una parte del cuerpo de la mujer embarazada, como si fuera una víscera o un órgano; es un ser independiente que durante aproximadamente nueve meses se alberga dentro de la mujer, con un ADN distinto al de la madre y del padre.

15.3 Clasificación

Según el tipo de aborto, éste se clasifica de la manera que se detalla a continuación. Más adelante se hará el estudio de cada uno, de acuerdo con el derecho mexicano.

a) Consentido. Es un delito:

- Por la conducta: de acción o de comisión por omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el resultado: material.
- Por el daño: de daño o lesión.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: libre o amplia.
- Por su composición: normal.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.

b) Procurado. Es un delito:

- Por la conducta: de acción o de comisión por omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el resultado: material.

- Por el daño: de daño o lesión.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: libre o amplia.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por su composición: normal.

En el consentido y procurado *honoris causa*, por su composición, es anormal.

c) Sufrido. Es un delito:

- Por la conducta: de acción o de comisión por omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el resultado: material.
- Por el daño: de daño o lesión.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su composición: normal.
- Por su formulación: libre o amplia.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por su autonomía: autónomo.

15.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica. La conducta típica en el aborto es privar de la vida (igual que en el homicidio) y puede ser por acción o por omisión. Es por acción cuando se realizan actos materiales tendentes a lograr el aborto, mientras que será de comisión por omisión cuando mediante abstenciones o un "no hacer" se logre privar de la vida al producto de la concepción; por ejemplo, no tomar el medicamento necesario para afianzar el producto, abstenerse de ingerir alimentos, etcétera.

Presupuesto básico. No todos los delitos requieren un presupuesto indispensable para que se produzcan. El aborto es de los que exigen dicho presupuesto; es necesaria una situación especial para que pueda existir el delito.

En el caso del aborto, el presupuesto básico es el embarazo, acontecimiento fisiológico estrictamente necesario; dicho de otra manera, no podrá haber aborto, ni siquiera tentativa, si no existe el embarazo.

El estado de gestación, embarazo o gravidez se inicia con la concepción, termina con el nacimiento y tiene una duración de nueve meses (que puede variar en cada caso). No se requiere que el embrión sea viable.

Hay casos de embarazo psicológico en los que la mujer se cree encinta, pues presenta la sintomatología característica de dicho estado. Así, puede realizar maniobras abortivas y dolosamente querer matar al producto y expulsarlo, pero en este caso no habrá delito de aborto ni en grado de tentativa, por faltar el presupuesto básico necesario, de modo que se estaría ante un caso de delito imposible.

Formas y medios de ejecución. La norma penal no señala ninguna forma ni medio específico para realizar este delito, de ahí que pueda serlo cualquiera, siempre que sea idóneo.

Los medios idóneos en el aborto pueden ser físicos, químicos o vegetales.

- Físicos. Estos medios son el legrado (raspado del útero mediante un instrumento quirúrgico llamado *legra*), la succión para atraer y expulsar el producto, la introducción de algún objeto delgado y punzante para destruir el feto o extraerlo, el traumatismo (golpes, puntapiés, aplastamiento, etc.), la descarga eléctrica (empleada como medio de tortura), la radiactividad, el exceso de ejercicios rudos para lograr la expulsión, etcétera.
- Químicos. Son aquellas sustancias que tienen la capacidad de privar de la vida al producto o expulsarlo con el fin de matarlo (quinina, cornezuelo de centeno, arsénico, sales de plomo, mercurio, ergotina, etcétera).
- Vegetales. Los principales son apiolina, perejil, ruda, sabina, cantárida, zoapáxtie (se trata de vegetales tóxicos).[1]

Quedan descartados los medios morales, la brujería y todo medio no idóneo; asimismo, las maniobras para acelerar el parto no son medios para provocar el aborto. En cambio, son idóneos los sustos, corajes e impresiones, pero en la práctica resulta muy difícil la acreditación plena del nexo causal y de la intención.

Resultado típico. En el aborto, el resultado típico es la muerte del producto. De no sobrevenir, se estará en el grado de tentativa. El CPDF establece en su art. 145, primer párrafo, parte final, que sólo se sancionará cuando se haya consumado. Esto nos dice que la tentativa sí existe *de facto*, pero no *de iure*.

Nexo causal. Entre la conducta típica y el resultado debe existir un nexo que los una y que haga que el resultado sea la consecuencia de la conducta (causa). Se puede presentar una conducta, por ejemplo: beber una sustancia abortiva (té de perejil) y ocurrir el aborto, pero que éste obedezca a diferente causa. Mediante pruebas periciales deberá demostrarse la existencia del nexo material de causalidad.

[1] Alfonso Quiroz Cuarón, *op. cit.*, pág. 608.

Ausencia de conducta. En el aborto pueden presentarse todos los casos de ausencia de conducta, con lo cual surgiría el aspecto negativo de la conducta (*vis absoluta*, *vis maior*, actos reflejos, etcétera).

15.5 Tipicidad en el delito de aborto

- Tipicidad. La conducta de la realidad debe encuadrar o adecuarse exactamente a la descripción legal y cumplir todos los requisitos que exige el tipo; así, al ocurrir la muerte, el sujeto pasivo deberá ser producto de la concepción. En cuanto a la temporalidad, la muerte deberá suceder en cualquier momento del embarazo (en el Distrito Federal, a partir de la decimosegunda semana de embarazo).

  En los distintos tipos de aborto que contempla la legislación penal debe precisarse que se presente cada uno de los elementos típicos que conforman o dan vida a este tipo o clase de aborto. Dichos elementos están contenidos en la descripción que la propia norma señala para cada tipo de aborto. Es evidente que el aborto sufrido contiene elementos diferentes del procurado y éste del eugenésico, etcétera.

- Atipicidad. La conducta será atípica cuando no concuerde con la descripción legal por faltar el elemento temporal (gestación), el sujeto pasivo (producto de la concepción) o el resultado típico (muerte), etc. Por ejemplo, si queriendo practicar un aborto se provocan lesiones al producto, se tratará de tentativa de aborto; o si a causa de las maniobras abortivas sobreviene la muerte, pero una vez que nació, se tratará de una conducta atípica de aborto y típica de homicidio, infanticidio u homicidio en razón del parentesco o relación (según quien sea el sujeto activo).

  Aquí, se tendrá presente el tipo de aborto al que en cada caso nos estemos refiriendo. Los elementos típicos comunes a todas las clases de aborto son la conducta típica, y el sujeto pasivo, que siempre será el producto de la concepción; pero en cada tipo de aborto variarán los otros elementos. Por ejemplo, en el aborto procurado se requiere que la propia embarazada practique su aborto. Sin embargo, si ella acude a un médico para que lo realice, habrá atipicidad respecto del aborto procurado, aunque habrá tipicidad en relación con el aborto consentido. Así sucede con los demás abortos.

15.6 Antijuridicidad en el delito de aborto

El aborto es antijurídico, toda vez que se encuentra previsto en un código penal. La privación de la vida contraría al derecho, de ahí que sea antijurídica. No es necesaria una mención expresa, como: es "ilícita la muerte del producto de la concepción..." (ilegal, indebida).

Causas de justificación. El aborto deja de ser antijurídico si se presenta alguna causa de justificación de las señaladas en la primera parte del código penal; dos de ellas cobran vital importancia para el presente caso.

- El estado de necesidad. Da origen al llamado *aborto terapéutico*, el cual se estudiará más adelante en la clasificación de los abortos.
- El ejercicio de un derecho. Surge cuando el embarazo es considerado producto de una violación, en el caso del aborto eugenésico y por inseminación no consentida.

15.7 Culpabilidad o reprochabilidad

- Aborto doloso. El aborto admite la forma dolosa o intencional cuando se realiza con la intención, por parte del agente, de producirlo.
- Aborto culposo o imprudencial. El aborto puede ser no intencional o culposo cuando el agente lo realiza sin intención de privar de la vida al producto, pero por imprudencia o negligencia al actuar provoca la muerte de éste. Curiosamente, el CPF y el CPDF conceden una excusa absolutoria cuando la madre, por su actuar culposo o imprudente, provoca la muerte de su hijo en gestación, no así cuando la culpa proviene del padre o de un tercero. Del mismo modo lo manejan muchos códigos estatales.
- Inculpabilidad. En el aborto puede existir el aspecto negativo de la culpabilidad; presentarse el error de hecho esencial e invencible, coacción sobre la voluntad y las eximentes putativas.

15.8 Punibilidad

El aborto presenta diversos grados, según el tipo de que se trate. Se recomienda consultar el CPF o el CPDF para apreciar la punibilidad en cada caso, pues debido a las constantes reformas que se presentan, sobre todo tratándose de punibilidad, cambian frecuentemente. Así, habrá que ver la punibilidad en cada uno de los tipos de aborto siguientes:

- Consentido.
- Procurado.
- Sufrido sin violencia.
- Sufrido con violencia.
- Forzado.
- Terapéutico o por estado de necesidad.
- Culposo.

- Por violación o en ejercicio de un derecho.
- *Honoris causa* (atenuado, en algunas legislaciones locales).
- Eugenésico.
- Por inseminación no consentida.
- Por razones económicas.
- Dentro de las primeras 12 semanas de gestación (Distrito Federal).

Debe insistirse en que carecen de punibilidad los abortos terapéutico, culposo, por violación, eugenésico y por inseminación no consentida. En el CPDF, dentro de las primeras 12 semanas, aunque haya aborto, no es considerado delito, por lo tanto no es punible.

- Pena adicional. Cuando el aborto lo cause un médico, cirujano, comadrón o partera, además de la sanción correspondiente se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión en materia federal y, según establece el CPDF, se suspenderá al agente por un tiempo igual al de la pena privativa de libertad en el ejercicio de su profesión u oficio. El comadrón no ejerce una profesión, de manera que el legislador federal sólo debió referirse al médico, cirujano o partera.

- Excusas absolutorias. En el aborto, consideramos que sólo se presentan en el caso siguiente:

En razón de la maternidad consciente se presenta la excusa derivada de los arts. 333 del CPF y 148, fracc. IV, primera parte, del CPDF, que contempla el aborto por imprudencia o culpa de la embarazada.

15.9 Clases de aborto

En las legislaciones penales federal y del Distrito Federal se encuentran los tipos de aborto que se presentan a continuación (véase cuadro 38).

Genérico

Se menciona en los arts. 329 del CPF y 144 del CPDF, de los cuales parten los demás tipos. Consiste en privar de la vida al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (embarazo) y a partir de la decimosegunda semana de embarazo, respectivamente.

Procurado o voluntario

Este tipo se contempla en la primera y última partes del art. 332 del CPF, que dice: "Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto..." (puede ser procurado simple o procurado *honoris causa*). También lo prevé el art. 145, primera parte del primer párrafo, del CPDF.

Cuadro 38 **Clasificación del aborto.**

Tipo de aborto	Artículos del CPF (código anterior)	Artículos del CPDF (nuevo código penal)
Genérico	329	144
Procurado: Genérico *Honoris causa*	332	147
Consentido: Genérico *Honoris causa*	332 y 330	145 y 147
Honoris causa: Procurado Consentido	332	No está previsto
Sufrido o forzado: Sin violencia Con violencia	 330, 2ª parte 330, 2ª parte	 145, 2º párrafo 145, 2º párrafo
No punibles: Terapéutico Por violación Culposo Por inseminación no consentida Eugenésico	 334, fracc. I 334, fracc. I 334, fracc. II 334, fracc. III 334, fracc. IV	 148, fracc. I 148, fracc. I 148, fracc. II 148, fracc. III 148, fracc. IV

En resumen, es aborto procurado o voluntario el que la propia embarazada se practica, o sea, cuando ella realiza las maniobras abortivas. Así, el sujeto activo es la embarazada y el sujeto pasivo es el producto de la concepción. El aborto procurado sólo puede ser doloso.

Consentido

A diferencia del procurado, el aborto consentido es aquel en el cual la embarazada consiente en que un tercero le practique el aborto. Así, se tiene lo siguiente:

- Sujeto activo. Cualquier persona física (médico, comadrón, partera, etcétera).
- Partícipe. La propia mujer embarazada.
- Sujeto pasivo. El producto de la concepción.

El art. 330 del CPF lo contempla en su primera parte. El art. 332, segunda parte, del mismo ordenamiento, lo establece al señalar: "... o consienta en que otro la haga abortar". Este artículo hace referencia a la punibilidad para la madre, y el 330 para el tercero que practica el aborto.

El art. 145 del CPDF contempla este aborto con distinta sanción.

Sufrido o forzado

El aborto sufrido consiste en hacer abortar a una mujer sin su consentimiento y puede ser de dos tipos: sin violencia o con violencia.

Este tipo de aborto se halla previsto en la última parte del art. 330 del CPF, que establece: "... Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión."

Sufrido sin violencia. En este tipo de aborto no hay consentimiento de la mujer, pero tampoco media violencia.
Sufrido con violencia. Este tipo de aborto se presenta cuando no hay consentimiento de la mujer y, además, el sujeto activo ejerce violencia, ya sea física o moral.

- Sujeto activo. Cualquier persona física, excepto la embarazada.
- Sujeto pasivo. El producto de la concepción y, para muchos tratadistas, también la embarazada.

En nuestra opinión, la embarazada no puede ser sujeto pasivo de éste ni de ningún aborto, pues si se parte de la noción legal de aborto genérico (arts. 329, CPF, y 144, CPDF), el pasivo lo será sólo el producto de la concepción. En todo caso, la madre será víctima secundaria, pues el bien jurídico tutelado, que es la vida en gestación, sólo pertenece al producto de la concepción y ella resiente indirectamente la pérdida de la vida del producto. Aun si la madre perdiera la vida por las maniobras abortivas, sería sujeto pasivo de homicidio, y su hijo, sujeto pasivo de aborto.

El art. 146 del CPDF se refiere al aborto forzado, cuando la interrupción del embarazo se realice en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada. Reiteramos que es incongruente y contradictorio que el aborto en el Distrito Federal no sea considerado delito cuando la muerte del producto ocurre durante las 12 primeras semanas de gestación y que, sin embargo, cuando se realiza sin el consentimiento de la embarazada en esa misma temporalidad, sí se castigue.

El art. 147 del CPDF se refiere al aborto forzado cuando lo cometa un médico cirujano, comadrón o partera, y establece una punibilidad de cinco a ocho años y, de haber mediado violencia física o moral, de ocho a 10 años de prisión.

No punibles

La legislación penal mexicana considera varios abortos en los que no se impone ninguna sanción, pese a su consumación, atendiendo en cada caso a criterios diversos: por inseminación no consentida, eugenésico, terapéutico, por violación, culposo y en el Distrito Federal cuando se produce en las primeras 12 semanas de gestación.

Terapéutico. Éste es el caso en que se puede presentar el aborto por un estado de necesidad, que hace desaparecer la antijuridicidad. Consiste en que la embarazada corra peligro de muerte, a menos que se provoque el aborto.

El art. 334 del CPF lo establece de la manera siguiente: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada [...] corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

El art. 148, fracc. II, del CPDF se refiere al aborto terapéutico y lo define de la manera siguiente: no se impondrá sanción... "II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

Nótese que la única diferencia entre ambos códigos es que el CPF habla de "peligro de muerte" y el CPDF de "peligro de afectación grave a su salud".

En el aborto terapéutico existe el conflicto de dos vidas, de las cuales sólo una puede salvarse. Desde el punto de vista católico, deberá sacrificarse la vida de la madre para salvar la del producto.

Jurídicamente, se plantea la exclusión de pena cuando se provoca el aborto en las condiciones previstas por el artículo mencionado.

El precepto referido adolece de las fallas siguientes:

- Exige que sea un médico quien provoque el aborto; pero, ¿si no hubiere tal, por carencia económica de la mujer, por tratarse de un lugar alejado o por cualquier otra circunstancia? Jiménez Huerta[2] opina que debe hacerse una interpretación extensiva *in bonam partem* y se parificaría al comadrón o partera con el médico.

  En nuestra opinión, y si se considera que habría atipicidad de no ser un médico quien asistiera a la mujer, podría invocarse el art. 15, fracc. V, del CPF o el art. 29, fracc. V, del CPDF, los cuales, de manera genérica, contemplan cualquier caso de estado de necesidad (de hecho, varios autores consideran innecesaria esta figura de aborto terapéutico, pues argumentan la existencia del estado de necesidad genérico previsto en el referido precepto).

- La norma exige que el médico que asiste a la mujer grávida oiga el dictamen de otro médico. No habrá problema si este segundo facultativo tiene la misma opinión que el primero; pero si su opinión es en sentido contrario y, según él, la vida de la madre no corre peligro y, por tanto, no se le debe practicar el aborto, ¿qué ocurre?, ¿podrá el médico que asiste a la mujer provocar el aborto a pesar de un dictamen diferente del suyo?, ¿deberá abstenerse de hacer abortar a la mujer?

  Dicho problema se resuelve de la manera siguiente: la norma sólo indica que el médico que asiste a la mujer oiga a otro médico, pues establece: "... oyendo éste el dictamen de otro médico", pero no exige que le haga caso. Así, cumplirá

[2] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 195.

lo dispuesto en la ley con el simple hecho de oír, aun cuando no se someta a dicha opinión, y de todas maneras actúe conforme a su criterio. Se entiende que no habrá responsabilidad para el profesional que, en el caso concreto, asista a la embarazada, aunque no haga lo que el otro médico le dice.

Por cuanto hace a la última parte del precepto, sólo se requerirá el dictamen de un segundo médico si ello "fuera posible...". Esto es claro, pues nadie está obligado a lo imposible. En lo referente a que "no sea peligrosa la demora", también es explicable porque, en caso contrario, sería absurdo que la ley exigiera al médico exponer la vida de la mujer para escuchar otro dictamen, dado el peligro que representaría el tiempo que empleara para acudir a otro facultativo. Hay que entender, sobre todo, que un profesional como lo es el médico debe actuar bajo su propio criterio y no por uno ajeno, pues la responsabilidad es suya y no de terceros.

Sólo en los dos casos anteriores se excluye al médico de la obligación de oír una segunda opinión.

Por violación. El aborto por violación es el realizado en ejercicio de un derecho que también, como en el caso del aborto terapéutico, elimina la antijuridicidad.

Para algunos autores, la causa de justificación que se presenta en este caso no es el ejercicio de un derecho, sino la no exigibilidad de otra conducta, que es una causa de inculpabilidad.

Opinamos que se trata de una causa de justificación porque la propia ley lo concede a la embarazada; además, su conducta no es antijurídica en razón de dicha justificativa.

Se trata del aborto que se ocasiona cuando la mujer ha quedado embarazada como consecuencia de haber sido víctima de una violación. Los arts. 333 del CPF y 148, fracc. I, del CPDF lo contemplan. La razón legal de esta causa de justificación radica en la explicable sensación de rechazo experimentada por la mujer que, al ser violada, queda encinta. Por ello, se entiende que no desee al producto de una situación ofensiva y atentatoria de su libertad sexual, la cual, por otro lado, le recordaría constantemente el hecho criminal de que fue objeto.

Algunos autores interpretan que la exclusión de pena sólo beneficia a la mujer que aborta, pero la norma es muy clara cuando establece que "no es punible el aborto". Con ello, al no delimitar su alcance sólo a la embarazada, se entiende que la impunidad se extiende a cualquier persona que ejecute el aborto.

El problema en la práctica es que los médicos no aceptan fácilmente practicar el aborto en esas circunstancias, por considerar que es riesgoso desde el punto de vista jurídico; así, la mujer recurre al aborto clandestino, con los consiguientes peligros para su vida. Otros médicos piden que la mujer exhiba el acta levantada por el delito de violación, pero se debe tener presente que en muchos casos la mujer prefiere abstenerse de denunciar el hecho, lo cual ocasiona un elevado número de cifra negra.

Cabe mencionar que no todos los juristas, médicos, filósofos, religiosos y la opinión pública en general están de acuerdo con la existencia de este aborto, y señalan que nada lo justifica, por tratarse de un atentado contra una vida humana, y que el producto de la concepción carece de culpa al estar indefenso ante el ataque consistente en privarle de la vida. Asimismo, argumentan que la madre es víctima de un *accidente* que no le da derecho de cometer, a su vez, otro crimen; por otra parte, se requiere la voluntad de la embarazada. Puede existir el caso de una mujer que decida tener a su hijo, a pesar de tratarse de la consecuencia de una agresión sexual, y ser los padres de ella quienes deseen el aborto, por ser ella menor de edad.

Sólo el consentimiento de la embarazada valida el aborto, pues la ley le concede ejercer ese derecho, pero no le exige que aborte, y la voluntad de otro es irrelevante, excepto cuando se trate de una menor de edad o de una persona con alguna incapacidad mental.

Culposo. Los arts. 333 del CPF y 148, fracc. IV, primera parte, del CPDF, establecen que no se aplicará sanción cuando el aborto sea resultado de imprudencia (CPF) o conducta culposa (CPDF) de la embarazada.

Con esta figura se advierte que, en cuanto a la culpabilidad, el aborto puede ocurrir también de forma culposa. Se trata de una excusa absolutoria que la doctrina denomina "por razón de la maternidad consciente".

Curiosamente, como es un delito culposo no se aplica la sanción correspondiente a esta clase de delitos (una cuarta parte de la pena), de modo que la mujer goza de un beneficio, consistente en la exclusión total de pena. La consideración legal es que la mujer ya se ve afectada con la pérdida del producto y se estima injusto aumentar su aflicción al imponerle una pena.

Sin embargo, la mujer puede "simular" la culpa o imprudencia, esto es, al querer abortar realiza alguna actividad u omite lo que debe hacer de manera intencional para provocar su aborto, con la apariencia externa de haber cometido una imprudencia, y así escapar al castigo de la ley.

Conviene destacar que si la imprudencia o culpa proviene de un tercero, no se verá beneficiado por esta excusa absolutoria. El beneficio de exclusión de pena en este delito de aborto culposo sólo alcanza a la embarazada.

Cabe el cuestionamiento de por qué al padre no le beneficia dicha excusa absolutoria, si en realidad podría ser que por un actuar imprudente él provocara la muerte de su propio hijo. De igual manera, no ha quedado totalmente estudiado y mucho menos resuelto el conflicto que representa el derecho de paternidad en el tema de aborto; por ejemplo, cómo debe resolverse la situación siguiente: ¿Qué pasa cuando la mujer desea abortar y el esposo, concubinario o novio sí desea que nazca su hijo?

Eugenésico

Este aborto se encuentra previsto en el art. 148, fracc. III, del CPDF. Este tipo de aborto es no punible y consiste en lo siguiente: cuando a juicio de dos médicos

especialistas exista razón para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la embarazada.

El aborto eugenésico, ya existente desde hace tiempo en otros códigos estatales, abarca todas las situaciones en las que el producto tenga problemas o alteraciones genéticas o congénitas que puedan, fundadamente, poner en peligro o riesgo su sobrevivencia.

Nuevamente escapan al legislador situaciones en las que, aunque no se ponga en riesgo la sobrevivencia del infante, las afectaciones pudieran dar lugar a que ese ser careciera de "calidad de vida", como sería el caso del VIH-sida.

Por inseminación no consentida

Esta nueva hipótesis contempla una situación que, aunque es difícil que se presente en la realidad, puede ocurrir. Consiste en el caso de que, sin el consentimiento de una mujer, ésta sea inseminada (podemos pensar en que una persona lo haga mediante amenazas o sometiendo a la mujer a un estado de inconsciencia para lograr su objetivo). En este caso obra el aspecto negativo del ejercicio de un derecho que deja sin sanción a la mujer que desee abortar, según dispone el art. 148, fracc. I, del CPDF.

En ninguno de los casos anteriores el código punitivo hace referencia a una temporalidad, como ocurre en otros códigos estatales que señalan que el aborto deberá efectuarse dentro de los tres meses siguientes al inicio del embarazo.

Honoris causa

En el *Código Penal para el Distrito Federal* este tipo de aborto no fue contemplado, lo que me parece un acierto. En varios estados de la República Mexicana aún existe al aborto *honoris causa*, así como en el CPF.

Este tipo de aborto es el causado por un móvil de honor, consistente en salvaguardar el honor de la embarazada cuando el producto es ilegítimo (madre soltera, entre otros requisitos).

Dicho aborto tiene una punibilidad atenuada. Para algunos, esto es perfectamente explicable y justificado, pero en opinión de otros resulta criticable, en función de que el "deshonor" de la mujer está por encima de una vida humana, aun cuando ésta se halle en gestación.

Algunos otros autores incluso consideran que, lejos de ser una figura privilegiada, debería ser agravada, por las consideraciones siguientes:

- Se trata de la privación de una vida humana.
- No se trata de cualquier persona, sino del descendiente consanguíneo en línea recta.

- Se presentan circunstancias agravantes, por lo menos ventaja y traición (ésta lleva implícita la alevosía y en la mayoría de los casos hay premeditación, que si bien es cierto no está prevista en el CPDF, sí está vigente el agravamiento por el medio empleado).
- En la época actual, los valores sobre la mujer soltera embarazada han cambiado considerablemente. En la década de 1960 era muy mal visto que una mujer se embarazara sin estar casada, pero en la actualidad esa valoración cultural ha dado un giro completo.

El CPF contempla el aborto *honoris causa* como un delito atenuado, de la manera siguiente:

> **Artículo 332.** Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:
>
> I. Que no tenga mala fama;
> II. Que haya logrado ocultar su embarazo, y
> III. Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Este anacrónico aborto *honoris causa* puede ser tanto procurado como consentido. Por otra parte, la ley exige la concurrencia de las tres circunstancias para poder afirmar que se está en presencia del aborto por móvil de honor; una o dos de éstas no son suficientes, pues si falta una de ellas no se considerará *honoris causa* y se considerará consentido o procurado.

En seguida se explica brevemente cada circunstancia enunciada.

I. *Que no tenga mala fama*. Se refiere a que la embarazada goce de buena reputación en el terreno de su comportamiento sexual; se refiere a la buena fama pública sexual.

Si se tratara de una mujer de vida licenciosa o que se presuma que no lleva una vida recatada, etc., la ley no amparará la atenuación en este aborto, pues como el móvil de honor es el criterio a que obedece dicha atenuación, se entenderá que para proteger el honor éste deberá existir, y en el ejemplo mencionado la mujer no es honorable.

II. *Que haya logrado ocultar su embarazo*. Por cuanto hace a este requisito, la ley exige que la mujer no sólo haya procurado ocultar su embarazo, sino también que lo haya logrado. Esta exigencia es congruente con el móvil de honor invocado, pues no se entendería que la mujer que aborte y argumente móvil de honor se haya exhibido públicamente o haya dado a conocer su estado. Si la idea es proteger el honor, el comportamiento de la mujer debe corresponder a dicho móvil.

III. *Que el embarazo sea fruto de una unión ilegítima*. Por *unión ilegítima* se entiende la que no deviene de matrimonio civil, concubinato u otra relación reconocida por la ley civil, esto es, que se trate de madres solteras.

Lógicamente, si el aborto lo efectúa una mujer casada civilmente, no habrá razón para invocar el móvil de honor, pues no existirá deshonor. Aun si el embarazo fuera consecuencia de una relación extramatrimonial, basta que la mujer esté casada para presumir que el producto es del matrimonio, como en derecho civil.

Insistimos en que actualmente, y dada la evolución que han tenido las ideas respecto de las mujeres que son madres solteras, este aborto resulta anacrónico y abominable.

15.10 Consumación y tentativa

- Consumación. El delito de aborto se consuma en el instante de producirse la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la gestación o a partir de las primeras 12 semanas, según el CPDF.
- Tentativa. Es posible su configuración, de manera que puede presentarse la tentativa, tanto acabada como la inacabada. Sin embargo, el art. 145 del CPDF, en la última parte del primer párrafo, establece que el delito de aborto a que se refiere dicho precepto "sólo se sancionará cuando se haya consumado". Entendemos que se refiere únicamente al procurado y consentido, pero por la redacción, la norma, que no es precisa, podría entenderse que alude sólo al consentido.

Nuevamente consideramos un error del legislador eliminar la posibilidad de castigar un comportamiento en grado de tentativa que denota peligrosidad o, cuando menos, intención criminal, para dar paso a una tolerancia que, lejos de ayudar a frenar el crimen, lo propicia cada vez más. Al ser el aborto un delito de resultado material, no hay razón para entender la actitud tibia del legislador.

15.11 Concurso de delitos

- Ideal o formal. Puede existir este tipo de concurso, pues con una sola conducta el activo puede producir diversos resultados típicos, uno de los cuales es el aborto. El ejemplo sería aquel en el cual con un explosivo se ocasionara aborto y daño en propiedad ajena. Otro sería cuando con la misma conducta el activo produce un aborto y lesiones a la madre.
- Real o material. También puede presentarse este tipo de concurso, ya que un sujeto con conductas distintas puede ocasionar resultados diversos, y uno de ellos ser el aborto; por ejemplo, en un asalto a un hospital, donde con una conducta se lesiona al encargado de seguridad, con otra se priva de la vida a una enfermera y con otra más, debido a los golpes inferidos, se hace abortar a una mujer.

15.12 Participación

En el aborto pueden presentarse todas las posibilidades de participación. Habrá que precisar qué papel desempeña la embarazada en cada clase de aborto.

15.13 Perseguibilidad o procedencia

El aborto se persigue de oficio.

Actividades

1. Elabore un cuadro que contenga los elementos siguientes:
   a) Sujetos: activo y pasivo.
   b) Clases de aborto (en cada uno, precise los sujetos).
   c) El bien jurídico tutelado.
   d) Abortos no punibles.
   e) Presupuesto básico.
2. Elabore un resumen del aborto *honoris causa*.
3. Proponga un caso práctico en el cual exista una conducta típica en la que haya privación de la vida de un recién nacido y señale los sujetos, la temporalidad y los artículos aplicables del CPDF.
4. Redacte un breve ensayo en el que exponga su opinión personal sobre la noción "interrupción del embarazo" en el CPDF.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste el delito de aborto?
2. ¿Qué es el aborto procurado?
3. ¿Qué es el aborto consentido?
4. ¿Qué es el aborto sufrido?
5. ¿Puede configurarse el aborto culposo?

6. ¿Quién es el sujeto activo en el aborto procurado?
7. ¿Quién es el sujeto activo en el aborto consentido?
8. ¿Quién es el sujeto activo en el aborto sufrido o forzado?
9. ¿Quién es el sujeto pasivo en el aborto?
10. ¿Cuál es el presupuesto básico en el aborto?
11. ¿Qué abortos no son punibles en la legislación penal del Distrito Federal?
12. ¿Cuáles son los requisitos para que se configure el aborto *honoris causa*?
13. ¿Qué es el aborto en ejercicio de un derecho?
14. Explique el aborto necesario o terapéutico.
15. ¿Puede existir el aborto con violencia?
16. ¿Cuáles son los medios de ejecución en el aborto?
17. Mencione cuándo es atípico el aborto.
18. ¿Se puede configurar el concurso ideal en el aborto?
19. ¿Puede presentarse el concurso material en el aborto?
20. ¿Es punible la tentativa en el aborto?
21. ¿Cómo se persigue el delito de aborto?
22. ¿Pueden configurarse los distintos grados de la participación en el aborto?
23. ¿Cuándo existe la consumación en el delito de aborto?
24. Explique el aborto eugenésico.
25. ¿Qué se entiende por interrupción del embarazo?
26. ¿Puede realizarse el aborto por comisión por omisión?
27. Explique el aborto por inseminación no consentida.

16 Infanticidio (homicidio atenuado)

El infanticidio es un delito muy controvertido. A lo largo de la historia ha sido contemplado por las legislaciones de diversas maneras: para algunas constituye un delito de mayor gravedad que el homicidio, mientras que para otras se trata de un delito de menor antijuridicidad; en alguna época, se sacrificaba a los recién nacidos por motivos religiosos, y en otra se les mataba si nacían con anomalías o deformidades.

No hace muchos años se practicaban infanticidios *honoris causa* a mujeres solteras para "proteger su honor", con mayor frecuencia que en la actualidad.

Hoy día, en la medida en que ha aumentado la práctica del aborto, ha disminuido considerablemente la del infanticidio.

En algunas legislaciones estatales, a este tipo penal se le denomina filicidio.

16.1 Noción legal

Antes de su derogación, ocurrida en 1994, en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el tipo penal de infanticidio estaba previsto en el art. 325, que disponía: "Llámase infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos."

De esta definición se desprende que el infanticidio era, en principio, un homicidio, pero el pasivo debía ser específicamente el descendiente consanguíneo, y ocurrir la muerte dentro de las 72 horas posteriores a su nacimiento.

El CPF, en virtud de las reformas de 1994, ya no contempla el tipo penal de infanticidio. Esta figura ha quedado absorbida por el tipo de homicidio en razón del parentesco o relación, en mi opinión, de manera acertada.

Por su parte, en el CPDF de 2002 surge de nuevo la figura típica de infanticidio, aunque sin darle nombre al tipo penal, y con ello se advierte una regresión legislativa que denota poca sensibilidad y ningún conocimiento jurídico-penal. El CPDF no lo ubica dentro de los delitos contra la vida como un tipo atenuado.

Es así que el art. 126 del CPDF establece: "Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión, el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta." Debe advertirse, por cuanto hace a la redacción, que después de la palabra "prisión" debía haber, en vez de una coma, un punto y coma o, mejor aún, un punto y seguido.

Se aclara desde ahora, que aunque el CPDF no lo denomina infanticidio, por tratarlo como un homicidio atenuado, en este libro, para fines didácticos, le seguiremos llamando infanticidio, pues consideramos más apropiado que cada tipo penal tenga su nombre y así evitar la memorización de artículos de los códigos penales.

16.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. En el código penal anterior a la reforma de 1994, hoy abrogado, sólo podía serlo cualquier ascendiente consanguíneo del recién nacido. Si quien privaba de la vida era una persona distinta del ascendiente, cometía homicidio. La razón de que el activo fuera un ascendiente consanguíneo radicaba en el honor de la mujer que daba a luz, el cual trataba de salvaguardarse, argumento éste bastante discutible.

  De acuerdo con la noción legal actual en el CPDF, únicamente puede ser activo la propia madre del pasivo.

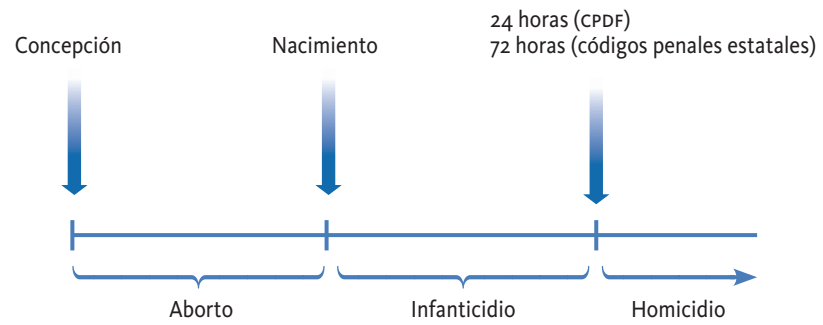
- Pasivo. Sólo podía serlo el niño recién nacido dentro de las 72 horas a partir de su nacimiento, quien debería ser descendiente consanguíneo del sujeto activo; de esta manera existe en varias legislaciones locales. En el CPDF vigente, el sujeto pasivo es el niño recién nacido dentro de las primeras 24 horas.

  Otra diferencia se presenta en el pasivo en el código actual para el Distrito Federal, pues exige que el pasivo sea el niño dentro de las 24 horas siguientes a su nacimiento.

  El marco temporal forma parte sustancial de este delito; el recién nacido, sujeto pasivo del infanticidio, para serlo debe encontrarse dentro de las 24 horas de haber nacido. Pasado este lapso, será delito de homicidio en razón del parentesco o relación u homicidio, dependiendo de quién sea el sujeto activo.

  Es de tal trascendencia dicho aspecto, que de ocurrir la muerte antes del nacimiento, el delito sería aborto, y ocurrido después de las 24 horas del nacimiento, sería homicidio, o bien, homicidio en razón del parentesco o relación. Esquemáticamente esto se muestra en el cuadro 39.

Cuadro 39 **Infanticidio.**



A veces, en la práctica existen casos en los que resulta difícil determinar si se trata de un recién nacido o del producto de la concepción antes del nacimiento. Esto es necesario para saber si se trata de infanticidio o de aborto. Tanto en éste como en muchos otros problemas, la medicina forense ayuda al derecho penal a resolverlos, cuando se aplican los conocimientos de la medicina a las cuestiones jurídico-legales.

Lo primero que debe hacer el médico forense es resolver satisfactoriamente las cuestiones siguientes:

- Determinar si el producto vivió y respiró fuera del seno materno, es decir, si nació.
- Establecer su edad intrauterina.
- Estimar su edad extrauterina, en su caso.
- Establecer la identidad en relación con el desarrollo del producto, o identificar con restos aislados.
- Describir y objetivar la presencia de lesiones.
- Diagnosticar la causa de la muerte.
- Establecer el momento de ésta y el tiempo transcurrido desde entonces.[1]

Por otra parte, puede ocurrir que el producto nazca por parto natural o por la intervención quirúrgica llamada *cesárea*, o bien, que nazca muerto.

Lo que interesa determinar para saber ante qué delito nos encontramos es si nació o no. De haber nacido, habrá aire en sus pulmones; de tratarse del producto de la concepción (no haber nacido), no habrá aire.

[1] Alfonso Quiroz Cuarón, *op. cit.*, págs. 625 y 626.

Respecto del problema de determinar si el sujeto pasivo nació o no, existen estudios especiales que se llaman *docimasias*.

Las pruebas de laboratorio que ayudan a precisar tales cuestiones reciben el nombre de *docimasias*. Propiamente, son las docimasias fetales, de las que hay varios tipos. Las más usuales son la docimasia pulmonar hidrostática, la histológica y la gastrointestinal.

- Docimasia pulmonar hidrostática. Consiste en cortar en pequeños trozos el pulmón, el corazón y el timo, y colocarlos en un vaso de precipitados que contenga agua.

  Si los trozos flotan, significa que hay aire en ellos y que el producto respiró, o sea, que nació y, consecuentemente, el delito cometido sería infanticidio.

  Si los trozos no flotan, significa que el producto no respiró y, por tanto, no nació o nació muerto, pues ello demuestra la ausencia de oxígeno en los pulmones, de modo que el delito sería aborto.
- Docimasia pulmonar histológica. Es un estudio que se realiza con técnicas microscópicas de cortes del pulmón, principalmente en casos de putrefacción y sumersión. Mediante este estudio se detectan modificaciones en la estructura del pulmón en caso de que la criatura haya respirado.
- Docimasia gastrointestinal. Consiste en determinar si hubo aire en el estómago. El procedimiento es similar a los anteriores, pero en este caso el oxígeno se detecta en el estómago.

Existen otras docimasias, como la radiológica, la cual indica, mediante rayos X, una imagen pálida en el pulmón que ha respirado, y oscura cuando no fue así.[2]

Las más confiables son las tres primeras.

Por otro lado, cabe aclarar que existen procedimientos a los que recurren algunas mujeres para hacer parecer como aborto lo que en realidad fue infanticidio u homicidio en razón del parentesco o relación, como colocar un recipiente con agua exactamente en el lugar donde se dará a luz para que, al emerger el producto, se evite su contacto con el ambiente aéreo y ahogarlo en agua. Desde luego, no habrá aire en los pulmones del infante, por lo que se dará la apariencia de aborto.

Objetos

- Material. Es el propio sujeto pasivo, o sea, el recién nacido dentro de las 24 horas de su nacimiento. Cabe destacar que en algunos ordenamientos penales estatales se sigue conservando la regla consistente en que el pasivo deberá encontrarse dentro de las 72 horas a partir de su nacimiento.
- Jurídico. El bien jurídicamente tutelado en el infanticidio es la vida.

[2] *Idem.*

16.3 Clasificación

El infanticidio es un delito:

- Por la conducta: de acción o de comisión por omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el resultado: material.
- Por su ordenación metodológica: especial privilegiado.
- Por el daño: de lesión.
- Por los sujetos: unisubsistente.
- Por su estructura: simple.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: anormal.

16.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Consiste en privar de la vida al infante. Como se mencionó, puede producirse mediante acción o a través de comisión por omisión.

Formas y medios de ejecución

El código penal no señala medios comisivos específicos; por tanto, puede serlo cualquiera, siempre que sean idóneos.

Los procedimientos más usuales son asfixia, golpes, empleo de sustancias nocivas, inanición, deshidratación, etcétera.

Por cuanto hace a las formas omisivas, se incluyen la inanición, no proporcionar el suero o medicamento necesario, o la exposición a la intemperie, a los rayos del Sol, al agua de lluvia, y cualquier otra manera en que se aprovechen los medios de la naturaleza, incluidos los animales.

Resultado típico

Es la muerte del recién nacido.

Nexo de causalidad

La muerte del infante debe ser la consecuencia directa de la conducta empleada. Si la causa de la muerte fuera otra, no habría nexo de causalidad aunque hubiera habido intención. En este caso, son aplicables las reglas estudiadas en el delito de homicidio.

Ausencia de conducta

En este delito puede presentarse el aspecto negativo de la conducta, en opinión de algunos autores.

De aceptar que en el infanticidio genérico está implícito un móvil de honor por ser la madre la única y potencial agente, y dada la reducida punibilidad, debería desecharse la posibilidad de que existiera el aspecto negativo de la conducta. Esto tiene mayor apoyo en el infanticidio *honoris causa*, en el cual existía un dolo específico originado o fundado en el móvil de honor, de manera que el delito resultante sería homicidio.

16.5 Tipicidad en el delito de infanticidio

Para que exista tipicidad en el infanticidio (homicidio atenuado), la conducta debe concordar perfectamente con el tipo legal, o sea, deben darse los siguientes elementos típicos para que la conducta sea típica:

- muerte
- del recién nacido
- dentro de las 24 horas de nacido
- por parte de su madre

Atipicidad

Si falta alguno de los elementos anteriores, la conducta sería atípica; por ejemplo, si faltara la temporalidad (dentro de las 24 horas a partir del nacimiento), la conducta sería atípica de infanticidio, aunque típica de homicidio en razón del parentesco o relación.

16.6 Antijuridicidad en el delito de infanticidio

Radica en la contrariedad al derecho; así, el infanticidio es antijurídico en cuanto se trata de un comportamiento que afecta un bien jurídico protegido por la ley, que es la vida.

Pese a la reducida punibilidad que prevé el CPDF, privar de la vida al infante es un daño al bien jurídico, ya que lo destruye.

Causas de justificación

Para Francisco Pavón Vasconcelos, en relación con la legítima defensa,

> ... puede el ascendiente privar de la vida al recién nacido en el acto de repeler la agresión de un tercero, cuando en ésta se den los requisitos de ilicitud, actualidad y violencia que la caracterizan, y en el acto de defensa su carácter inminente, necesario y proporcional.

> ... Si bien se medita en el problema propuesto, tendremos que aceptar que la muerte del infante queda inmersa en la aludida justificante.[3]

El mismo autor también considera posible el cumplimiento de un deber, y aclara su "difícil" operancia en la práctica judicial, pero afirma que "teóricamente es concebible".[4]

En nuestra opinión, dado el dolo específico que se exige de querer privar de la vida al hijo dentro de las 24 horas de nacido, resulta difícil aceptar cualquiera de las hipótesis de causas justificativas. En todo caso, de presentarse alguna de ellas, el delito surgido sería el homicidio al amparo de la causa de justificación, pero no infanticidio.

Circunstancias modificadoras

Atenuantes. En sí, el infanticidio es un tipo atenuado o privilegiado; sin embargo, el llamado *honoris causa* (existe sólo en algunas legislaciones locales) es aún más benigno en cuanto a su punibilidad.

Con excepción de este caso, no se encuentran circunstancias atenuantes ni agravantes. Sólo se menciona que, en opinión de algunos penalistas, esta figura debería haber sido considerada agravada, por estimar que, dada la reducida edad del infante, existe ventaja y, por otra parte, al ser su ascendiente quien le priva de la vida, habría también traición; además, generalmente se presenta la premeditación (aunque esta agravante no se encuentre como tal en el CPDF). Nos adherimos a esta opinión pues, en efecto, existe ventaja por parte de la madre que priva de la vida a su hijo recién nacido y, en la mayoría de los casos, incluso premeditación; como se dijo antes, el código local no contempla esta última, pero sería agravada en función del medio empleado.

16.7 Culpabilidad

Infanticidio doloso o intencional

En esta figura privilegiada, el reproche penal sólo puede presentarse en forma dolosa.

El infanticidio es siempre intencional, en virtud del doble dolo exigido: uno, privar de la vida, y otro, respecto de que el pasivo sea el hijo dentro de las 24 horas de haber nacido.

En este delito no es posible que se presenten la culpa ni la preterintención; de ocurrir en la práctica la muerte del infante, por descuido o negligencia dentro del margen legal de tiempo, existirá homicidio culposo, pero no infanticidio culposo.

---

[3] Francisco Pavón Vasconcelos, *Lecciones de derecho penal*, Porrúa, México, 1985, pág. 316.

[4] *Loc. cit.*

Con referencia a tal aspecto, Jiménez Huerta afirma: "No es configurable un infanticidio perpetrado por culpa. El delito en examen se caracteriza típicamente por la existencia del elemento subjetivo que liga al resultado con la conducta: matar para ocultar la deshonra."[5]

En la actualidad, el beneficio de atenuación para la madre parece obedecer no al deseo de ocultar la deshonra de la madre, sino a una consideración más apegada a los derechos de las mujeres.

16.8 Clases de infanticidio

La legislación penal del Distrito Federal prevé sólo el infanticidio genérico. Como se ha asentado, antes de las reformas de 1994 existía el *honoris causa*, el cual subsiste en algunas legislaciones estatales.

Genérico

Es el previsto en el art. 126 del CPDF ya estudiado. Se trata de la forma general de analizar dicho delito: existe cuando la privación de vida del infante la realiza la propia madre y dentro de las 24 horas de nacido.

Honoris causa

Era el previsto por el art. 327 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Lo citamos porque en varios códigos estatales se conserva de esta manera:

> Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurran las circunstancias siguientes:
>
> I. Que no tenga mala fama;
> II. Que haya ocultado su embarazo;
> III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil, y
> IV. Que el infante no sea legítimo.

Como puede observarse, se trata de las mismas consideraciones del aborto *honoris causa*. Los requisitos exigidos en este caso son los mismos, con adición del consistente en no haber inscrito al infante en el Registro Civil, previo ocultamiento de su nacimiento.

16.9 Consumación y tentativa

Consumación

Se consuma en el instante de causar la muerte al recién nacido. Al tratarse de un tipo especial, el tipo penal de infanticidio surge del tipo de homicidio, por lo que se siguen las mismas reglas en cuanto a su consumación.

[5] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 181.

Tentativa

Es factible la configuración de la tentativa tanto acabada como inacabada. Se estará en presencia de tentativa de infanticidio cuando la madre realice todos los actos encaminados a privar de la vida a su hijo dentro de las 24 horas de nacido, siempre que no se logre la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad.

16.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Sí se puede presentar el infanticidio bajo este tipo de concurso.

El caso típico es el de la madre de la criatura que, queriendo quitarle la vida, incendia la habitación de éste sin darse cuenta de que en ella hay otras dos personas, de las cuales una resulta con lesiones y otra muerta, además de haber daños en propiedad ajena.

Real o material

También es factible que se presente.

Ocurrirá cuando el activo produzca diversos resultados con distintas conductas; por ejemplo, la madre lesiona con una conducta a la enfermera y con otra priva de la vida al infante.

16.11 Participación

Es posible la participación de otras personas en el infanticidio, en cuyo caso se aplicarán las reglas correspondientes para la imposición de las sanciones en estos casos, pues los terceros no cometen infanticidio, sino homicidio, y sólo les afectará por cuanto hace a aspectos objetivos, mas no subjetivos. Tendría que tomarse en cuenta la regla prevista en el art. 74 del CPDF.

16.12 Perseguibilidad o procedencia

Este delito se persigue de oficio.

Dadas las características de semejanza y confusión que ofrecía el delito de infanticidio con el de aborto, en el cuadro 40 se destacan los rasgos más importantes de ambos.

Cuadro 40 **Cuadro comparativo entre aborto e infanticidio.**

		Aborto	Infanticidio
		Muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (CPF) o embarazo después de la 12ª semana (CPDF)	Muerte causada al hijo dentro de las 24 horas de su nacimiento (CPDF)
Objeto	Material	El sujeto pasivo (producto)	El sujeto pasivo (recién nacido)
	Jurídico	La vida en gestación	La vida del recién nacido
Sujetos	Activo	Cualquier persona física	La madre
	Pasivo	El producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (embarazo)	El hijo dentro de las 24 horas de su nacimiento
Presupuesto básico		Embarazo o gestación	
Marco temporal		Durante la preñez (CPF). Embarazo a partir de la 12ª semana (CPDF)	Dentro de las 24 horas del nacimiento
Conducta típica		Privar de la vida	Privar de la vida
Resultado típico		Causar la muerte	Causar la muerte

Conclusión

A todas luces resulta absurdo que este delito sea una figura típica atenuada si se presenta la muerte dentro de las 24 horas de nacida la criatura, y que pasado un minuto de dicha temporalidad el delito sea agravado, pues constituiría homicidio en razón del parentesco o relación. Por otra parte, es inexplicable que en las distintas legislaciones estatales dicho tipo penal sea agravado y en el CPDF sea atenuado. Es indudable que las legislaciones locales manejan mucho mejor el problema. De aquí se desprende nuevamente la necesidad de llegar a la unificación de la legislación penal, pues no es sostenible que la antijuridicidad cambie de una entidad a otra, cuando se trata de la misma conducta, sujetos, resultado típico y bien jurídico tutelado.

Un delicado problema es el hecho de que sólo la madre se vea favorecida por esta atenuación y el padre no. Otra vez los radicalismos de género hacen a un lado la idea de que es la pareja la que procrea y se marca profundamente una distancia abismal entre los derechos y responsabilidades de mujeres y hombres.

Actividades

1. Elabore un cuadro sinóptico en el que puedan compararse los delitos de aborto e infanticidio.
2. De un caso tomado de un periódico o de la Internet, encuentre la fundamentación de la pena y explique las razones del juez para su imposición.
3. Antonio Juárez y Adela Martínez, al nacer su hijo, deciden matarlo porque obstaculiza sus planes de pareja. Lo matan dentro de las 24 horas de su nacimiento en una colonia del Distrito Federal. Indique lo siguiente:

   a) ¿Qué delito o delitos se producen?

   b) ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo?

   c) Precise qué artículos del código penal son aplicables.

   d) Señale las circunstancias o modalidades que se presentan.
4. Elabore un cuadro comparativo entre el infanticidio derogado en el código de 1931 y el actual.

Autoevaluación

1. Enuncie la noción legal de infanticidio en el CPDF.
2. Señale cuántas clases de infanticidio se preveían en el CPDF.
3. ¿Quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en el infanticidio?
4. ¿Cuál es el lapso exigido por la ley para que haya infanticidio?
5. ¿Cuál es la clasificación de infanticidio?
6. ¿Cómo se da la tipicidad en este delito?
7. ¿Por qué causas puede presentarse la atipicidad?
8. ¿Existen circunstancias que modifican la pena en el infanticidio?
9. ¿En qué momento se consuma el mismo?
10. ¿Cuáles eran los requisitos exigidos por la ley para que existiera el infanticidio *honoris causa*? Cite dos entidades en que aún exista.

11. ¿Cuál es el resultado típico en este delito?
12. ¿Puede presentarse el grado de tentativa?
13. ¿Cómo puede ser el infanticidio en cuanto a la culpabilidad?
14. ¿Cómo es la perseguibilidad en el infanticidio?
15. ¿Se pueden presentar los concursos ideal y real?
16. ¿Puede la concubina ser sujeto activo de infanticidio?
17. ¿Cuáles son los medios de ejecución en esta figura?
18. ¿Pueden presentarse circunstancias agravantes en el infanticidio?

17 Homicidio en razón del parentesco o relación (homicidio atenuado o parricidio)[1]

El delito más grave entre los que consisten en la privación de la vida ha sido éste, que se ha denominado homicidio en razón del parentesco o relación (CPF), parricidio (algunos códigos estatales) o bien, solamente homicidio atenuado (CPDF). Ello se debe a que no se trata de un homicidio común, sino del homicidio de un familiar, pariente o persona unida al sujeto activo por una relación cercana y afectiva.

Si repugna el hecho de saber que una persona priva de la vida a otra, es más repugnante aún cuando se trata de personas unidas por lazos de sangre. En diversas épocas y lugares, dadas las pautas de cultura, fue costumbre y no delito privar de la vida a los padres cuando eran ya ancianos. En esos pueblos no había juicio de reproche ni antijuridicidad del hecho, pues tal forma de actuar era propiamente una costumbre y un deber.

Sin embargo, en la mayoría de los pueblos se ha visto con rechazo este delito y se ha castigado con la mayor severidad. En Roma, la pena al parricida: "Consistía en meter al parricida en una bolsa de cuero junto con animales capaces de martirizarlo, como son un perro, un gallo, una víbora y un mono; después se les arrojaba al mar."[2] Esta pena se conocía con el nombre de *culleus,* que quiere decir costal o saco.

[1] Se manejan los tres nombres con que se conoce este tipo penal: homicidio en razón del parentesco o relación en el CPF y algunos códigos estatales, parricidio en otros códigos estatales y homicidio atenuado en el CPDF.

[2] *Diccionario jurídico mexicano,* Porrúa-UNAM, México, 1988, pág. 2327.

17.1 Noción legal

El CPF lo contempla en el art. 323, que establece:

> Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, convivente, compañera o compañero civil, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de treinta a sesenta años.
>
> Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.

Por su parte, el CPDF, en su art. 125, contempla este tipo penal sin darle un nombre propio y lo ubica dentro del capítulo de homicidio en su modalidad de tipo especial agravado. Dicho precepto establece:

> Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario u otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación, se le impondrán prisión de diez a treinta años y pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. Si faltare el conocimiento de la relación, se estará a la punibilidad prevista para el homicidio simple.
>
> Si en la comisión de este delito concurre alguna circunstancia agravante de las previstas en el artículo 138 de este Código, se impondrán las penas del homicidio calificado. Si concurre alguna atenuante se impondrán las penas que correspondan según la modalidad.

En varios códigos penales estatales aún existe esta figura típica, que conserva el nombre de parricidio y algunos sólo lo manejan como un homicidio agravado sin darle nombre.

17.2 Sujetos y objetos

Sujetos

En este caso existe una relación estrecha y la mayoría de las veces consanguínea entre ambos sujetos, lo que pone de relieve la gravedad de este delito.

- Activo. Conforme a la descripción legal del CPF, sólo puede serlo el ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, el cónyuge, hermanos, concubina o concubinario, adoptante o adoptado. Por cuanto hace al CPDF, pueden serlo el ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario o personas entre quien exista una "relación de pareja permanente". La novedad en el CPDF es la inclusión de relación de pareja permanente. Aunque el código no especifica quiénes la constituyen, en una interpretación extensiva, consideramos a las parejas de novios, amantes o quienes se encuentran unidos en sociedad de convivencia. El problema, por su subjetividad, es la noción "permanente".

- Pasivo. Serán las mismas personas enunciadas anteriormente, a *contrario sensu*. Esto es, los mismos sujetos que pueden ser activos, podrán ser pasivos.

Objetos

- Material. En este caso, el objeto material es el sujeto pasivo.
- Jurídico. Es la vida.

17.3 Clasificación

Es un delito:

- Por su resultado: material.
- Por su duración: instantáneo.
- Por su ordenación metodológica: especial agravado.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: libre o amplia.
- Por su composición: anormal y acumulativamente formado.
- En razón de la conducta: de acción o de comisión por omisión.
- Por el daño: de lesión.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.

En las legislaciones locales donde se le conoce con el nombre de parricidio, éste se subdivide en dos clases: propio e impropio.

Parricidio propio

Consiste en privar de la vida al ascendiente o al descendiente; a su vez, el parricidio puede ser directo e indirecto o inverso.

- Directo. Es el que realiza el descendiente en contra de su ascendiente.
- Indirecto o inverso. Es el que lleva a cabo el ascendiente en contra de su descendiente y suele llamarse también *filicidio*.

Parricidio impropio

Se trata de causar la muerte a cualquiera de los parientes cercanos. El CPDF preveía en el art. 323 el parricidio propio directo.

17.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Consiste en privar de la vida. Recuérdese que este delito parte del tipo básico de homicidio.

Formas y medios de ejecución

La ley no señala ninguno, por lo que puede serlo cualquiera, siempre que sea idóneo; por ejemplo, medios físicos y químicos, golpes, empleo de armas (blancas, de fuego), etcétera.

Resultado típico

Es la muerte (del sujeto pasivo).

Nexo de causalidad

Debe haber una relación que una la conducta con el resultado típico. En este caso son válidas las consideraciones hechas al abordar el homicidio. Véanse las reglas previstas en los arts. 303 a 305 del CPF y 124 del CPDF.

Ausencia de conducta

La mayoría de los autores aceptan la posibilidad de que existan la *vis absoluta*, la fuerza mayor y los actos reflejos.

Al igual que en el caso del infanticidio, ello resulta cuestionable, pues el dolo específico que es requerido consiste en querer privar de la vida al ascendiente consanguíneo en línea recta.

Algunos tratadistas consideran que dichas causas justificativas se pueden presentar en el parricidio y "que la imputación debe hacerse al sujeto en quien se ha originado la fuerza física".[3] En este sentido, la imputación debe ser respecto del homicidio y no del parricidio, pues el violentado es el descendiente y no quien ejerce la violencia física, sin perder de vista el dolo específico requerido en este delito.

17.5 Tipicidad en el homicidio en razón del parentesco o relación

Tipicidad. La tipicidad significa que la conducta realizada (u omitida) debe adecuarse a la hipótesis planteada en el art. 323 del CPF o en el 125 del CPDF, esto es, deben existir todos los elementos del tipo:

- Haber una privación de vida.
- Ésta debe recaer en cualquiera de los sujetos enunciados en el tipo.
- El sujeto activo debe ser cualquiera de los mencionados en la norma.

[3] Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, pág. 266.

- El sujeto activo debe tener conocimiento del lazo de parentesco (elemento típico subjetivo).

Ha de prestarse atención a cada caso en particular, dependiendo de los elementos típicos exigidos por el código penal del estado de que se trate, pues como se ha mencionado, en cada código estatal varían dichos elementos.

Atipicidad

El aspecto negativo del delito en estudio se presenta, a *contrario sensu*, cuando no existe alguno de los elementos típicos.

- Que no se presente la conducta típica consistente en privar de la vida, sino la alteración en la salud;
- Que el sujeto activo no sea el ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, los cónyuges, concubina o concubinario, hermanos, adoptante o adoptado o uno de los integrantes de la relación de pareja permanente (CPDF);
- Que el sujeto pasivo no sea uno de los señalados en el tipo penal;
- Que no se presente el elemento típico subjetivo, o sea, que el sujeto activo ignore la relación de parentesco o relación que lo une con el sujeto pasivo;
- Que no se dé el resultado típico, consistente en causar la muerte del pasivo.

Elemento típico subjetivo

Un elemento típico integrante de este tipo penal es el conocimiento del parentesco, de naturaleza subjetiva y determinante en la configuración del delito.

La expresión "con conocimiento de esa relación", con referencia al lazo familiar o de parentesco que lo une con el sujeto pasivo, constituye el elemento típico subjetivo, pues si el agente ignora dicho parentesco, aun cuando privara de la vida al ascendiente, cometería homicidio y no homicidio en razón del parentesco o relación (parricidio). Como se observa, la existencia de dicho elemento era tan importante que de ello dependía que se tratara de un delito o de otro y, consecuentemente, la pena.

Pareciera imposible o difícil creer que alguien pudiera matar a su padre, por ejemplo, sin tener conocimiento de que lo es; sin embargo, es perfectamente posible. Una hipótesis de esta situación sería la siguiente: en un bar, un sujeto discute con una persona; ambos se alteran y, de pronto, el más joven estrangula al otro. Cuando se realizan las investigaciones se descubre que el occiso era el padre de su atacante, pero nunca supo de su nacimiento. Otra hipótesis es la derivada de la tragedia de Sófocles, *Edipo rey*: cuando éste mata en un camino a Layo, ignora que se trata de su padre.

17.6 Antijuridicidad en el homicidio en razón del parentesco o relación

Como en todo delito, se requiere que la conducta típica sea antijurídica o contraria a derecho. Al ser este tipo penal un homicidio, resulta antijurídico porque daña el bien jurídico de la vida; además, dicha antijuridicidad es aún más grave porque recae en un familiar, pariente o persona muy cercana, unida por lazos afectivos.

Circunstancias modificadoras

Se cuestiona si en el parricidio se pueden presentar circunstancias atenuantes o agravantes.

- Atenuantes. *De facto,* puede ocurrir que entre sujeto activo y pasivo se suscite una riña o duelo o emoción violenta y que, en virtud de esa situación, se produzca la muerte del pasivo; también puede darse el caso de que el activo lo prive de la vida con su previo consentimiento, en razón de padecer una enfermedad incurable. En ninguno de estos casos puede imponerse una penalidad atenuada, como en el homicidio, pues no es factible la coexistencia de una figura agravada y otra atenuada. Debe tenerse presente que el homicidio en razón del parentesco o relación (parricidio u homicidio atenuado) es ya, por su propia naturaleza, un delito agravado. Más bien puede suceder que el juez, según su arbitrio judicial, imponga la pena que considere más adecuada y justa, de acuerdo con dichas circunstancias, dentro de los márgenes mínimo y máximo que la propia norma legal le señale; además, resulta factible que en un caso como éste decida aplicar la mínima, debido a la circunstancia atenuante.
- Agravantes. Por cuanto hace a las circunstancias calificativas, como premeditación, alevosía, ventaja, traición, saña, medio empleado, odio, etc., cabe decir que este delito lleva implícita la traición y ésta, a su vez, la alevosía. En lo referente a las otras circunstancias, aunque ocurran no agravarán este delito, pues como se ha insistido ya es agravado; sucedería lo mismo que se ha dicho respecto de las circunstancias atenuantes: el juez podrá imponer la sanción mayor dentro del límite que la propia ley establece, y entre el margen mínimo y máximo. Lo que no puede hacer es imponer una sanción mayor a la del límite máximo. Considero un error del legislador precisar en el propio tipo penal que de presentarse alguna circunstancia agravante se impondrán las penas señaladas para el homicidio agravado. El CPF incluso se refiere a circunstancias atenuantes, lo cual es incorrecto. Mariano Jiménez Huerta hace referencia a esta situación de manera muy precisa.[4]

4 Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, págs. 162 y 163.

17.7 Culpabilidad

Respecto de la reprochabilidad que el derecho penal hace en el caso de este tipo penal, se tendrá lo siguiente:

Dolo

Dada su naturaleza, este tipo penal implica un dolo específico: la voluntad e intención de querer privar de la vida al pasivo (ascendiente, descendiente, cónyuge, etc.); por tanto, sólo admite la forma dolosa o intencional.

Culpa o no intencionalidad

No es posible su configuración, pues como se mencionó en el apartado precedente, se requiere el dolo genérico de matar, pero sobre todo el específico de querer matar al familiar o pariente a que se refiere el tipo penal de que se trate. En caso de que el activo prive de la vida al pasivo siendo su familiar o pariente a que se refiere el tipo penal, se estará en presencia de un homicidio culposo, nunca de un homicidio en razón del parentesco o relación culposo.

Parricidio preterintencional

Tampoco es posible su configuración (ni aun en las legislaciones donde todavía existe este grado de culpabilidad) por las mismas razones anteriormente expresadas; en consecuencia, el parricidio sólo podía ser doloso.

Inculpabilidad

Se puede presentar el aspecto negativo de la culpabilidad, como en el caso de homicidio, o sea, por error esencial de hecho e invencible; por ejemplo: el activo mata a su padre, pero desconociendo el lazo de parentesco, en cuyo caso sería homicidio. También puede haber coacción sobre la voluntad, eximentes putativas, etc., estudiadas en la primera parte de esta obra, y ocurriría lo mismo.

17.8 Punibilidad

Punibilidad en el homicidio en razón del parentesco o relación

Este delito tiene una pena agravada que, conforme el art. 323 del CPF, es de 30 a 60 años de prisión; el CPDF, en su art. 125, establece de 10 a 30 años. Vale insistir en que no pueden imponerse sanciones atenuantes ni agravantes y que de presentarse alguna circunstancia que evidencie la menor a mayor gravedad del delito, el juez podía aplicar la pena según los márgenes mínimo y máximo. La punibilidad en los códigos estatales que aún conservan la figura típica de parricidio varía, pero se coincide en considerar que debe ser muy elevada, dada la gravedad del acto.

Volver al punto de la competencia ocasiona una reflexión interesante: si el parricidio es federal, la punibilidad es mayor que si fuese local; sin embargo, en cada

entidad federativa la punibilidad varía en forma considerable. ¿No tendrá igual valía la vida de las personas, independientemente del espacio geográfico? Por otro lado, considero que este delito, por su naturaleza, sólo debe ser local. Ojalá algún día se unifique la legislación penal y haya un solo código penal para toda la República.

Excusas absolutorias

En este delito no se presenta ninguna. Recuérdese que en el homicidio culposo entre parientes (arts. 321 *bis*, CPF, y 139, CPDF) existe una excusa absolutoria, por tratarse de homicidio sin intención de querer matar al familiar, pero no es un homicidio en razón del parentesco culposo.

17.9 Consumación y tentativa

Consumación

Este delito se consuma en el instante de producirse la muerte del pasivo, o sea, del ascendiente consanguíneo en línea recta u otro pariente señalado expresamente en la norma.

Tentativa

No existe inconveniente para que se configure la tentativa, ya sea acabada o inacabada, dada la naturaleza de este delito, que es de resultado material.

17.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Se puede presentar en casos diversos; por ejemplo, cuando con una sola conducta (como disparar un arma de fuego) se causa la muerte del ascendiente, se lesiona a un tercero y se produce un daño en propiedad ajena.

Real o material

Se presenta cuando con distintas conductas se causan diversos resultados típicos y uno de ellos es el homicidio en razón del parentesco o relación; por ejemplo, un sujeto roba un restaurante, propiedad de su abuelo paterno, mata a un camarero, lesiona al cajero y priva de la vida a su abuelo.

17.11 Participación

En el parricidio pueden presentarse todos los grados de participación; así, puede haber autoría intelectual, material, mediata, encubrimiento, complicidad y coautoría.

En este delito deben tenerse en cuenta las reglas contenidas en los artículos relativos a los partícipes. El art. 54 del CPF dispone que en la imposición de sanciones, aumento o disminución de la pena, se considerarán las fundadas en circunstancias

objetivas si los demás sujetos las conocen, pero las subjetivas o derivadas de las relaciones personales del autor no se tendrán en cuenta para los demás que participen. De igual manera el art. 74 del CPDF hace referencia a esto.

17.12 Perseguibilidad o procedencia

La procedencia en este delito es de oficio. Dada la gravedad y afectación tanto individual como social de este delito, el hecho de querellarse o de no hacerlo no puede quedar a elección de los ofendidos.

Insisto en que sólo mediante la unificación penal se podrá lograr equilibrio e igualdad en el tratamiento que la ley debe dar a las figuras típicas, pues no es posible que una misma conducta cometida por el mismo sujeto activo respecto del mismo pasivo sea tratada con nombre diferente y punibilidad también distinta, dependiendo de la entidad federativa de que se trate.

Este delito es considerado el más grave de todos, pues si un homicidio de alguien desconocido es grave, matar a un familiar o pariente de los indicados en el tipo penal es aún más grave; incluso, antes de la reforma al art. 22 constitucional, entre los delitos por los que podía imponerse la pena de muerte estaba el parricidio, hoy homicidio en razón del parentesco o relación u homicidio agravado (CPDF).

Actividades

1. Elabore un cuadro comparativo en el cual establezca la diferencia entre homicidio en razón del parentesco o relación y homicidio en cuanto a sus elementos típicos.
2. De alguna nota periodística, precise quiénes fueron los sujetos activo y pasivo en un homicidio en razón del parentesco o relación.
3. Proponga un ejemplo en el que no se presente el elemento típico subjetivo.
4. Dé un ejemplo en el que el sujeto activo conozca de parentesco y prive de la vida a un extraño, por error.
5. Plantee un ejemplo tomado de la literatura universal para ilustrar el homicidio en razón del parentesco o relación.
6. Forme un grupo de discusión para tratar las diferencias entre el CPF y el CPDF respecto al delito tratado en este capítulo.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal de homicidio en razón del parentesco o relación en el CPF.
2. Indique qué circunstancias agravantes contiene el parricidio (de cuáles se integra).
3. ¿Quiénes eran los sujetos activo y pasivo en dicho delito?
4. ¿Existen medios de ejecución específicos en el homicidio en razón del parentesco o relación?
5. ¿En qué consistía el elemento típico subjetivo?
6. ¿Existían excusas absolutorias en el parricidio?
7. ¿Pueden presentarse circunstancias atenuantes en este delito?
8. ¿Cómo se persigue este delito (procedencia)?
9. ¿Cuál es el objeto material y jurídico en el mismo?
10. ¿Cuándo se consumaba este delito?
11. ¿Puede configurarse el grado de tentativa en este delito?
12. ¿Cuál es la regla para castigar a los partícipes?
13. ¿En qué consistía la conducta típica en el parricidio?
14. ¿Cuál era el resultado típico en este delito?
15. ¿Qué se entiende por parricidio impropio?
16. Explique el elemento típico subjetivo en este tipo penal.

18

Feminicidio

En años recientes, una preocupación social ha sido el aumento en el número y grado de violencia que se ha presentado en los delitos cometidos contra las mujeres, específicamente: homicidios.

En primer lugar, influye el aumento en la población; también, el mayor número de mujeres que hay respecto de los hombres y la agresividad, signo característico de esta época.

Ante esta situación, el poder público, a través de los órganos competentes, ha tratado de resolver el problema mediante la promulgación de leyes, con la ingenua esperanza de abatirlo. Digo ingenua, porque quienes hemos estudiado Derecho y Criminología sabemos de sobra que los problemas sociales no se resuelven con la promulgación de leyes, ni con la elevación de penalidades. Por sí misma una norma, un tipo penal, una ley, es imposible que den solución a un problema y menos a éste, de tal magnitud y con profundas raíces de explicación sociológica y psicológica.

Entre los "intentos" fallidos por resolver la problemática de la violencia hacia la mujer encontramos la creación de leyes, como la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (federal), la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (local para el Distrito Federal), los tipos penales de violencia familiar tanto en el *Código Penal Federal* (CPF) como el previsto en el *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF) y en varios códigos penales estatales. La mayoría de los legisladores, por carecer de conocimientos sobre política criminológica, piensan que con el simple hecho de expedir leyes los problemas se resuelven; quizá una gran parte de la población también lo crea así. Tan sólo en el Distrito Federal existen alrededor de 130 cuerpos legales y, en el nivel federal, alrededor de 254. Sin embargo, subsisten

los problemas para los cuales fueron creadas estas leyes. Aquí cabría recordar lo que opinaban algunos pensadores cuya obra ha trascendido a nuestros días: así, René Descartes afirmó: "La multitud de leyes frecuentemente presta excusa a los vicios",[1] o bien lo que sostuvo Etienne Bonnot de Condillac en el siglo XVIII, como visionario de nuestro tiempo: "En tiempos de corrupción es cuando más leyes se producen."[2]

Varios estados de la República ya cuentan en sus códigos penales con el tipo penal de feminicidio. Recientemente, el CPDF lo incluyó también. Curiosamente, el CPF crea también el tipo penal de feminicidio, aunque posteriormente al Distrito Federal y varios estados; esto ocurre mediante decreto del 14 de junio de 2012. Veamos el análisis de este nuevo tipo penal en los códigos federal y para el Distrito Federal.

18.1 Noción legal

Se desprende del art. 325 del CPF:

> **Artículo 325.** Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
>
> I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
> II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
> III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
> IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
> V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
> VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
> VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.
>
> A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa.
>
> Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.
>
> En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio.
>
> Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

[1] www.proverbia.net/citastema.asp
[2] *Idem.*

En el CPDF, la noción legal se encuentra en el art. 148 *bis*:

> **Artículo 148 Bis.** Comete el delito de feminicidio quien, por razones de género, prive de la vida a una mujer.
>
> Existen razones de género cuando se presente cualquiera de los siguientes supuestos:
>
> I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
> II. A la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida;
> III. Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
> IV. El cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público; o
> V. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a su fallecimiento.
>
> A quien cometa feminicidio se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión.
>
> Si entre el activo y la víctima existió una relación sentimental, afectiva o de confianza; de parentesco, laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad, y se acredita cualquiera de los supuestos establecidos en las fracciones anteriores, se impondrán de treinta a sesenta años de prisión.

Como se aprecia, la descripción legal de este tipo penal es casi idéntica, salvo por pequeñas diferencias como las siguientes: el CPDF contempla cinco fracciones en que prevé las circunstancias que acreditan la existencia de la "razón de género"; en cambio, el CPF prevé siete. El CPF, en su fracc. II, hace referencia de manera explícita a los actos de necrofilia, y en su fracc. IV prevé la circunstancia de la relación sentimental, afectiva o de confianza; en cambio, el CPDF la maneja como agravante. El CPF, en su fracc. VI, no incluye el hecho de que el cuerpo sea "arrojado", como lo hace el CPDF; el CPF, en su fracc. V, no menciona la violencia, lo que sí ocurre en el CPDF; la punibilidad es distinta en ambos códigos y, finalmente, el CPF añade un párrafo final que se refiere al servidor público que retarde o entorpezca la procuración o administración de justicia, lo que nos parece repetitivo y, por tanto, innecesario, pues este comportamiento ya se encuentra previsto en los delitos cometidos por servidores públicos.

Se trata de un tipo especial agravado, cuyo punto de partida es el tipo básico de homicidio. La punibilidad señalada para esta nueva figura típica es una de las más elevadas que contemplan el CPDF y el CPF, aun mayor que la prevista para el homicidio agravado cometido entre miembros de la familia (arts. 125 y 323, respectivamente). El legislador quiso resaltar la gravedad de esta conducta típica con una punibilidad de 20 a 50 años y, en caso de existir una relación como las mencionadas en el párrafo final, será de 30 a 60 años de prisión en el CPDF y de 40 a 60 en el fuero federal.

18.2 Sujetos y objetos

Sujetos. Tenemos, por supuesto, dos sujetos, que son el activo y el pasivo.

- Sujeto activo. De conformidad con la noción legal, podrá ser sujeto activo cualquier persona física; a primera vista podría afirmarse que en el feminicidio sólo el hombre puede ser sujeto activo, toda vez que este ilícito implica un elemento subjetivo que es "la razón de género". No obstante, al no hacer la norma una precisión específica, aplicamos el principio según el cual "donde la ley no distingue, no debemos distinguir", por lo que no hay impedimento para que una mujer pueda ser sujeto activo. En esta hipótesis, estaremos en presencia de mujeres que sienten un gran desprecio por personas de su mismo sexo. No necesariamente puede la mujer ser autora material, sino intelectual o copartícipe, encubridora, etcétera.
- Sujeto pasivo. Por la naturaleza de este tipo penal, únicamente puede serlo una mujer, independientemente de otras características como edad, nacionalidad, estado civil, preferencia sexual, etcétera.

Respecto de los sujetos, debe recordarse que tratándose del fuero federal, tendrá que ser un servidor público federal en funciones quien lo cometa o sobre quien se cometa el delito, siempre que la Federación se vea afectada; de otra manera, el delito pertenecerá al fuero común.

Objetos. Tenemos dos: el material y el jurídico.

- Objeto material. En este caso, es la persona física sobre quien recae el delito que es, al mismo tiempo, el sujeto pasivo, esto es, la mujer.
- Objeto jurídico. Dado que esta figura típica se encuentra en el Capítulo VI del Título Primero del Segundo Libro del CPDF, y que la conducta típica consiste en "privar de la vida", el objeto jurídico es la vida humana. El rubro del Título Primero establece: "Delitos contra la vida, la integridad corporal, la dignidad y el acceso a una vida libre de violencia", de tal manera que entendemos que la intención del legislador es considerar que el objeto jurídico en el feminicidio es "la dignidad y el acceso a una vida libre de violencia", fórmula que reúne varios bienes jurídicos en un solo rubro. No obstante, en estricto sentido, la objetividad jurídicamente tutelada en esta figura es simple y llanamente: la vida. El tipo penal contra la dignidad se encuentra en el art. 206, que se refiere a la discriminación. Por otra parte, del acceso a una vida libre de violencia ya se ocupa la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, y la violencia familiar es contemplada en el art. 200 del mismo CPDF. En el CPF este tipo penal se ubica en el Capítulo V del Título Decimonoveno, "Delitos contra la vida y la integridad corporal", por lo que el bien jurídicamente tutelado es la vida.

Consideramos que multiplicar bienes jurídicos en un mismo tipo penal sólo complica y hace confusas las leyes, que deben ser generales, claras y sencillas.

18.3 Clasificación

- Por su ordenación metodológica: tipo especial.
- Por la conducta: de acción.
- Por su composición: anormal.
- Por el resultado: material.
- Por el elemento interno: doloso.
- Por el daño: de lesión o daño.
- Por su duración: instantáneo.
- Por su estructura: complejo.
- Por el número de actos: plurisubsistente.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por su perseguibilidad: de oficio.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.

18.4 Conducta, formas y medios de ejecución

- Conducta típica. Consiste en privar de la vida. Enseguida se verán los demás elementos de que se integra este tipo penal, así como los supuestos que exige.

  Respecto de si se puede presentar la conducta por acción o por omisión, consideramos que en el feminicidio sólo cabe la posibilidad de la acción y nunca la omisión.

  Igual que en el homicidio, las formas o medios de ejecución pueden ser cualquiera, siempre que sean idóneas. Téngase aquí por reproducido lo expuesto en el capítulo 13 respecto del homicidio.
- Resultado típico. Es la muerte del sujeto pasivo: la mujer.
- Nexo material de causalidad. Las mismas reglas y comentarios expuestos en el capítulo de homicidio son aplicables al feminicidio.
- Ausencia de conducta. Dada la naturaleza de este tipo penal, resulta difícil considerar la existencia de los casos de ausencia de conducta, pues aun en la *vis absoluta*, si se carece de la razón de género, ya no se estaría en presencia del feminicidio.

18.5 Tipicidad

Se dará cuando la conducta de la realidad se adecue exactamente al tipo penal.

- Atipicidad. Existirá cuando falte alguno de los elementos típicos establecidos en el tipo penal; esto es, cuando la conducta realizada por el sujeto activo no se adecue exactamente al tipo. Puede tratarse de un elemento objetivo: por ejemplo, que en vez de privar de la vida sólo se lesione al sujeto pasivo, o bien, cuando el sujeto pasivo sea hombre. También será atípica la figura cuando falte algún elemento subjetivo, como es el consistente en "la razón de género". También cuando no exista ninguno de los cinco supuestos previstos en el CPDF y los siete contemplados en el CPF.
- Ausencia de tipo. Es la inexistencia del tipo penal en la ley. Puede decirse que existe ausencia de tipo en los estados de la República donde aún no se ha incluido el feminicidio en el código penal.

18.6 Antijuridicidad en el feminicidio

Consiste en que la conducta típica prevista en la norma va en contra del espíritu de la ley, o sea, que ataca un valor o bien jurídico que la ley trata de proteger. Al incluirse el feminicidio en el código penal, se está afirmando que matar a una mujer en los supuestos legales establecidos es un comportamiento antijurídico; de allí el hecho de sancionar con una amenaza de pena.

Como se sabe, en ocasiones el tipo penal resalta la antijuridicidad con expresiones como "a quien indebidamente", "quien injustamente", "a quien sin derecho", etc., pero en el presente caso no existe esta situación. Lo mismo ocurre en el homicidio, aborto y homicidio en razón del parentesco o relación, lo que significa que la antijuridicidad está implícita en el tipo penal.

Causas de justificación. Consideramos que no se presenta ninguna.

Circunstancias modificadoras

- Atenuantes. No se presenta ninguna. De hecho, por tratarse de un tipo penal agravado, no sería congruente que pudiera presentarse una circunstancia que atenuara un tipo agravado.
- Agravantes. El feminicidio en sí ya es un tipo agravado; sin embargo, el legislador del Distrito Federal prevé una agravación adicional en el caso de que entre el agente y la víctima haya existido una relación sentimental, afectiva, de confianza, parentesco, laboral, docente o que implique subordinación o superioridad. El CPF incluye dentro de las siete circunstancias la de que haya existido entre activo y pasivo una relación sentimental, afectiva o de confianza.

18.7 Culpabilidad o reprochabilidad

En el caso del feminicidio, la culpabilidad sólo puede ser dolosa.

Inculpabilidad. Consideramos que no es posible que el aspecto negativo de la culpabilidad pueda presentarse en el feminicidio.

18.8 Punibilidad

El feminicidio tiene, en el fuero federal, una punibilidad de 40 a 60 años de prisión, y en el CPDF, de 20 a 50 años; en caso de que exista entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva, de confianza, parentesco, laboral, docente o una que implique subordinación o superioridad, entonces se verá agravada con 30 a 60 años de prisión.

Excusas absolutorias. No se presenta ninguna excusa absolutoria en este tipo penal.

18.9 Consumación y tentativa

- Consumación. El feminicidio se consuma en el preciso instante de producirse la muerte de la víctima.
- Tentativa. Por tratarse de un delito de resultado material, es factible la existencia del grado de tentativa. Ésta existirá cuando el sujeto activo realice todos los actos encaminados a privar de la vida a la mujer, y la muerte de ella no se produzca por causa ajena a la voluntad del agente.

18.10 Concurso de delitos

- Ideal o formal. Puede darse si, además de causar la muerte de la mujer, con la misma conducta se producen otros resultados típicos.
- Real o material. Puede presentarse siempre que no sean derivados de la tortura, los actos de agresión sexual, la incomunicación o cualquiera de las conductas a que se refieren los cinco supuestos del tipo penal, pues éstos forman parte esencial del propio tipo.

18.11 Participación

En el feminicidio pueden presentarse distintos grados de participación, pero, de concurrir varios sujetos en la comisión del mismo, se deberá tomar en consideración el grado de participación de cada sujeto y, sobre todo, precisar si en todos o sólo en uno o algunos se presenta el móvil “por razón de género”.

18.12 Perseguibilidad o procedencia

Este delito se persigue de oficio.

18.13 Consideración final

Reiteramos que este tipo penal nos parece una medida alejada de un verdadero intento por resolver el problema de la violencia hacia la mujer. No parece una redacción derivada de un análisis serio, proveniente de una auténtica política criminológica, sino una creación con intereses partidistas, con intenciones políticas de hacer creer al sector femenino que se está haciendo algo. Como hemos afirmado en varias ocasiones, la creación de leyes, de tipos penales y el aumento en las penalidades no resuelven los problemas sociales; la violencia hacia la mujer es un problema social de delicado tratamiento que requiere medidas preventivas.

Otra crítica consiste en que la penalidad tan elevada para quien cometa este delito hace pensar que, lejos de considerar a mujeres y hombres como iguales, la balanza de la justicia penal se inclina a favor de la mujer, considerando que la vida de ella es de mayor valía que la de un hombre.

Además, las siete circunstancias o supuestos previstos en el CPF y los cinco previstos en el art. 148 *bis* del CPDF no hacen sino repetir conductas típicas que ya existían en el CPDF; por ejemplo: la fracc. I de este último ordenamiento hace referencia a delitos de naturaleza sexual, como abuso sexual o violación; la fracc. II hace referencia al tipo penal de lesiones ocasionadas en vida de la víctima o al tipo en materia de inhumaciones y exhumaciones, como el vilipendio de cadáver; la fracc. III hace una clara referencia al delito de amenazas, acoso sexual y lesiones; la fracc. IV también hace alusión al tipo penal en materia de inhumación y exhumación de cadáver, y la fracc. V trata sobre el delito de secuestro. El CPF, en su fracc. I, al referirse a los actos de necrofilia está repitiendo el tipo penal contemplado en el art. 281, fracc. II, del propio código.

Por último, consideramos que este tipo penal es la suma de otros tipos penales ya existentes, por lo que en todo caso, en vez de hablar de feminicidio, estaríamos en presencia de un concurso real de delitos, que serían: violación, lesiones, secuestro, necrofilia, etc., y, finalmente, homicidio agravado.

Actividades

1. Después de leer este capítulo elabore un cuadro sinóptico en el que se precisen los elementos típicos, supuestos y punibilidad.
2. Diseñe un mapa mental en el que se aprecie el contenido del art. 148 *bis* del CPDF.
3. Redacte una síntesis sobre el feminicidio y exponga su personal punto de vista sobre su existencia legal.
4. Elabore un cuadro comparativo en relación con el feminicidio previsto en los códigos penales federal y para el Distrito Federal.

Autoevaluación

1. Explique cada uno de los supuestos a que se refiere el art. 148 *bis* del CPDF.
2. Explique en qué consiste la conducta típica en el feminicidio.
3. Diga quiénes son los sujetos activo y pasivo en este delito.
4. Indique en qué caso la punibilidad se ve agravada en el CPDF.
5. Señale las siete circunstancias que exige el CPF para que se considere que existen razones de género.
6. Diga si existe alguna circunstancia agravante en el feminicidio en el fuero federal.
7. Diga si puede presentarse el concurso real de delitos con el feminicidio.

19 Violencia familiar

19.1 Generalidades

Esta figura típica surgió en diciembre de 1997 en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, y el 16 de junio de 2002 en el CPDF. En este último caso, a pesar de tratarse de un tipo penal tan "joven", es uno de los más reformados y sigue adoleciendo de muchas fallas.

Este tipo penal surge como un reclamo social a las innumerables conductas de violencia que se producen dentro del seno familiar. Lamentablemente, ni su ubicación ni su redacción son lo más deseable, además del hecho ya sabido de que la creación de una norma no evita el surgimiento del delito, pues éste es un problema social que no se resuelve con la creación de leyes.

Nos parece más una creación repentina, hecha "a la carrera", sin cuidado en su elaboración, de naturaleza sumamente subjetiva y, en consecuencia, de muy difícil probanza; además, se reúnen, en una mezcla informe e imprecisa, elementos y figuras típicas existentes. Esto nos recuerda las colchas de retazos que las abuelitas hacían con telas de distintos colores, formas, estampados y tamaños, que eran vistosas y resultaban baratas. Por lo anterior, carece de lo que podríamos llamar autonomía *propia*.

Ciertamente, la violencia familiar o doméstica existe y es necesario hacer algo al respecto; pero la creación de este tipo penal no parece ser, ni remotamente, la solución, y sí, en cambio, una intromisión en la vida familiar que dará por resultado que las agencias del Ministerio Público se conviertan en un centro donde se ventilarán

los asuntos privados relativos a las relaciones familiares, donde el agente del Ministerio Público dirá a los padres cómo educar a sus hijos, los límites de la disciplina, etcétera.

Por cuanto hace a su denominación, creemos que hubiera sido más apropiado llamar a esta figura típica *violencia intrafamiliar*, por las razones que expondremos más adelante.

19.2 Noción legal

Como afirmamos al inicio, este tipo penal, relativamente nuevo, es uno de los que han tenido más modificaciones en el breve tiempo que tiene de vida en la ley penal.

Hasta el 14 de junio de 2012, este tipo penal era definido por el CPF de la manera siguiente:

> **Artículo 343 bis.** Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.
>
> Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima...

Debido probablemente a las muchas críticas que se le hicieron (algunas de ellas nuestras), por decreto del 14 de junio de 2012, publicado en el DOF, fue modificado radicalmente, para quedar de la manera siguiente:

> **Artículo 343 bis.** Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar.
>
> A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le sujetará a tratamiento psicológico especializado.

Como se advierte, en materia federal sólo se presentaba dicho ilícito cuando lo cometían las personas a que se refería el tipo penal, siempre que vivieran en la misma casa de la víctima; de ahí que hubiera sido mejor denominar a esta figura *violencia intrafamiliar*, y nos preguntábamos lo siguiente: ¿no podría un miembro de la familia que no viviera en la misma casa realizar dicho comportamiento cada vez que visitara a la víctima?

Por otra parte, resultaba difícil imaginar, dada su naturaleza y bien jurídico, que se pudiera presentar en el fuero federal, pues tendría que cometerlo un servidor público federal en funciones y en afectación de la Federación, o bien, cometer el delito

cualquier persona en contra de un servidor público federal afectando a la Federación, lo que en este tipo de delitos es prácticamente imposible dada la naturaleza de las relaciones familiares.

El CPDF, en su art. 200, lo contempla así:

> **Artículo 200.** A quien por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física, psicoemocional, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos, que ocurra o haya ocurrido dentro o fuera del domicilio o lugar en que habite, en contra de: […].

En el artículo siguiente, el legislador local define y distingue la violencia física, psicoemocional, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos. Nos parece una exageración distinguir cada uno de estos seis tipos de violencia con tanto detalle, pues se corre el riesgo de dejar fuera alguna, cuando sería más sencillo, general y simple referirse a "cualquier tipo de violencia", que siguiendo el principio de derecho "donde la ley no distingue, no debemos distinguir", quedaría abarcado todo.

19.3 Sujetos y objetos

Sujetos

Se presenta una pluralidad de posibilidades tanto para el activo como para el pasivo.

- Activo. En este delito, únicamente pueden ser sujetos activos en el fuero federal los siguientes:
  - Cónyuge.
  - Concubina.
  - Concubinario.
  - Pariente por consanguinidad.
  - Pariente por afinidad.
  - Pariente civil.
  - Personas unidas en relación de pareja.

En la conducta equiparada en el fuero federal:

- Persona que tenga al pasivo bajo su custodia.
- Guarda.
- Protección.
- Educación.
- Instrucción.
- Cuidado.

- Pasivo. En el fuero federal, a *contrario sensu*, son:
  - Cónyuge.
  - Concubina.
  - Concubinario.
  - Pariente consanguíneo.
  - Pariente por afinidad.
  - Pariente civil.
  - Personas unidas por relación de pareja.

Del mismo modo, en la conducta equiparada, los mismos, a *contrario sensu.*
En el CPDF, los sujetos son:

- Activo. En este delito, únicamente pueden ser sujetos activos los siguientes:
  - Cónyuge.
  - Ex cónyuge.
  - Concubina.
  - Ex concubina.
  - Concubinario.
  - Ex concubinario.
  - Pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado.
  - Pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado.
  - Adoptante.
  - Adoptado.
  - Incapaz sobre el que se es tutor o curador.
  - Persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia.
- Pasivo. A *contrario sensu,* los mismos.

En la conducta equiparada:

- Activo
  - Persona sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado del activo.
  - Persona con quien se tenga relación de hecho o la haya tenido en un periodo de hasta dos años antes de la comisión del acto.

En el siguiente párrafo, el CPDF precisa lo que debe entenderse por relación de hecho, en seis hipótesis que incluyen, entre otras, el madrinazgo, padrinazgo, incor-

porarse a un núcleo familiar sin tener parentesco, etc. (véanse las seis fracciones del art. 201 del referido código).

Aquí cabe el mismo comentario que expusimos antes, sobre lo innecesario de detallar con tanta minucia las posibilidades para ser sujetos activos en este tipo penal.

- Pasivo. Serán los mismos sujetos, a *contrario sensu*.

Objetos

- Material. Es el sujeto pasivo. A *contrario sensu,* los mismos sujetos que pueden ser sujeto activo podrán ser pasivo.
- Jurídico. Éste es uno de los problemas que ofrece esta figura típica. En materia federal se resuelve por la ubicación del tipo, llegando a la conclusión de que por encontrarse dentro del Título Decimonoveno del CPF, "Delitos contra la vida y la integridad corporal", el bien jurídicamente tutelado es precisamente la vida y/o la integridad corporal. Pero si así fuera, ¿para qué crear un delito autónomo si ya existen los otros que contempla este título? Antes de la reforma del 14 de junio de 2012, la conducta típica en el fuero federal tenía que darse en forma reiterada, lo que siempre nos pareció absurdo, pues cometer la conducta típica una sola vez no era suficiente para el legislador a fin de constituir el delito de violencia familiar. Es más, ya que el bien tutelado es la vida, resultaba materialmente imposible y absurdo pensar en "matar reiteradamente" a la misma persona. De ahí que insistiéramos en que existiendo lesiones y homicidio, ¿para qué crear un tipo especial, incluso, más difícil de acreditar? Además, en la parte final del primer párrafo del art. 343 *bis* establecía: "... independientemente de que pueda producir o no lesiones". Con la reciente reforma, se eliminó la "reiteración en la conducta típica", lo que nos parece un acierto, aunque el legislador tardó mucho tiempo en enmendar tal falla.

  Respecto del bien jurídico, en opinión de Osorio y Nieto, se trata de una pluralidad de objetividad jurídica: la integridad física, psíquica del pasivo o ambas, y la integridad y unidad familiar.[1]

  Compartimos esta opinión, ya que la propia noción legal hace referencia expresa al mismo: "... contra su integridad física, psíquica o ambas". Sin embargo, no es la integridad física o psíquica en lo individual lo que pretende proteger la ley, sino la integridad del grupo familiar como tal, puesto que la integridad física y psíquica ya se encuentra tutelada a través del delito de lesiones y amenazas. Respecto del CPDF, el bien jurídico tutelado es el derecho de los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia.

[1] César Augusto Osorio y Nieto, *La averiguación previa,* 9ª ed., Porrúa, México, 1998, pág. 294.

19.4 Clasificación

La clasificación se da:

- Por la conducta: de acción o de comisión por omisión.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el daño: de daño o lesión.
- Por su formulación: casuístico.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su duración: instantáneo.
- Por su estructura: complejo.
- Por su composición: normal.

19.5 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el CPF consistía, antes de la reforma del 14 de junio de 2012, en el uso de la fuerza física, uso de la fuerza moral o la omisión grave (de manera reiterada). A partir de las reformas, la conducta típica en el fuero federal consiste en llevar a cabo actos o conductas de:

- Dominio.
- Control.
- Agresión física.
- Agresión psicológica.
- Agresión patrimonial.
- Agresión económica.

En el CPDF consiste en:

- Violencia física.
- Violencia psicoemocional.
- Violencia sexual.
- Violencia económica.
- Violencia patrimonial.
- Violencia contra los derechos reproductivos.

(Por acción u omisión.)

Nótese que la primera hipótesis de conducta típica, el uso de la fuerza física, puede producir los delitos de homicidio y lesiones (daño anatómico o psicológico); el uso de la fuerza moral puede ocasionar daño psicológico o delito de amenazas,

y la omisión grave puede producir, igualmente, homicidio o lesiones, pero en un momento dado también podría tratarse de abandono del cónyuge, de los hijos o de ambos, para lo cual ya existe una figura típica especial, que es el tipo de peligro que lleva precisamente ese nombre.

Al respecto, cabe mencionar la acertada opinión que en una conferencia expresó Héctor Franco Mejía,[2] quien afirmó que no deben emplearse los términos *fuerza* o *violencia moral,* ya que estos vocablos tienen otro significado.

Conductas equiparadas

También ofrece la ley penal una conducta equiparada al delito de violencia familiar, según lo establece el art. 343 *ter* del CPF, que señalaba lo siguiente antes de la reforma multicitada del 14 de junio de 2012:

> Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa.

A partir de dicha reforma, en el CPF la conducta equiparada, de conformidad con el art. 343 *ter,* consiste en:

> Se equipara a la violencia familiar y se castigará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona que esté bajo su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona.

Del mismo modo, el art. 201 *bis* del CPDF equipara al delito de violencia familiar las mismas conductas previstas en el art. 200 cuando se realicen en contra de la persona que esté sujeta a custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado o con quien tenga una relación de hecho o la haya tenido en un periodo hasta de dos años antes de la comisión del acto u omisión.

En relación con esta noción de "relación de hecho", el propio código, en el numeral 201 *bis*, precisa lo siguiente:

> Se entenderá por relación de hecho, la que exista entre quienes:
>
> I. Hagan la vida en común, en forma constante y permanente, por un periodo mínimo de seis meses;
> II. Mantengan una relación de pareja, aunque no vivan en el mismo domicilio;
> III. Se encuentren unidos por vínculos de padrinazgo o madrinazgo;

[2] Héctor Franco Mejía, *Violencia intrafamiliar,* auditorio Themis de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 6 de octubre de 1998.

IV. Se incorporen a un núcleo familiar aunque no tengan parentesco con ninguno de sus integrantes;
V. Tengan relación con los hijos de su pareja, siempre que no los hayan procreado en común, y
VI. Tengan relación con la pareja de alguno de sus progenitores.

Consideramos excesiva la enumeración casuística que se hace respecto de las personas que tienen entre sí una relación de hecho.

Se equipara lo que no es lo mismo y por alguna semejanza se le da un trato igual, y no es que se trate de un comportamiento diferente que se equipare a la violencia familiar: es realmente violencia familiar, y sólo se están mencionando personas distintas de las enumeradas en los arts. 343 *bis* del CPF y 200 del CPDF. Por tanto, lo que debió hacerse en una adecuada redacción era incluir a todos los sujetos en la noción legal.

Formas y medios de ejecución

La propia norma habla de violencia física o psicoemocional, sexual, económica, patrimonial, conductas de dominio, control o agresión, etc. Éstas, en todo caso, podrán manifestarse de cualquier manera, como golpes, amenazas, amedrentamiento, inactividad, etcétera.

Entre las conductas resultantes derivadas de la violencia familiar encontramos principalmente las siguientes:

- Lesiones.
- Homicidio (que sería homicidio en razón del parentesco o relación).
- Infanticidio, filicidio o parricidio, en los estados de la República donde aún están previstos.
- Aborto.
- Violación.
- Abuso sexual.
- Infidelidad de uno de los cónyuges o concubinos.
- Amenazas.
- Abandono del cónyuge, hijos o ambos.
- Difamación.
- Robo.
- Despojo.
- Explotación laboral, entre otros.

Resultado típico

Sería la afectación derivada de la conducta típica, esto es, del empleo de la agresión o de cualesquiera de las conductas enunciadas. Téngase presente que el CPDF, en la

parte final de su art. 200, hace referencia a la imposición de la pena "independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito".

Ausencia de conducta

No se presenta ninguna de sus hipótesis.

19.6 Tipicidad en el delito de violencia familiar

Tipicidad

Tienen que presentarse todos los elementos típicos que integran este tipo penal.

- La conducta: la agresión física, etcétera.
- Los sujetos (activo y pasivo enunciados).
- Que la conducta vaya dirigida hacia la integridad física, psíquica, económica, etc., de la víctima.

Ausencia de tipo

Se dará cuando no exista este tipo penal, como en algunos estados de la República Mexicana que aún no lo prevén.

Atipicidad

Se da cuando hay ausencia de alguno de los elementos típicos. Por ejemplo, en materia federal habrá atipicidad cuando, presentándose todos los elementos típicos, falte "la forma reiterada", o bien, cuando los sujetos activo y pasivo no vivan en la misma casa.

19.7 Antijuridicidad en el delito de violencia familiar

Antijuridicidad

Esta figura es antijurídica, ya que atenta contra la objetividad jurídica. Téngase presente que el bien jurídicamente tutelado es distinto en el CPF y en el CPDF, y lo mismo ocurre en los códigos estatales.

Causas de justificación o licitud

No se presenta ninguna.

Circunstancias modificadoras

- Atenuantes. No se presenta ninguna.
- Agravantes. No se presenta ninguna.

19.8 Culpabilidad o reprochabilidad

Violencia familiar intencional o dolosa.

Únicamente puede presentarse esta forma. No es posible, dada la conformación de esta figura típica, que pudiera presentarse la forma culposa.

Inculpabilidad

No creemos que pueda presentarse ninguna de las hipótesis de causas de inculpabilidad.

19.9 Punibilidad

El CPF establece, en el art. 343 *bis*, una sanción de seis meses a cuatro años de prisión. El CPDF señala una penalidad de uno a seis años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y alimentos.

En el segundo párrafo del art. 343 *bis* se establece que se sujetará al agente a tratamiento psicológico especializado, dando por cierto que lo necesita, ya que la norma no dice que esto dependa de los estudios que se le practiquen, o "de requerirlo".

En el art. 343 *quater* se establece que el Ministerio Público exhortará al probable responsable a que se abstenga de cualquier conducta que pudiera ser ofensiva para la víctima y acordará las medidas preventivas necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la víctima.

Consideramos que estas medidas, antes de acreditar plenamente la responsabilidad de una persona, pueden constituir una violación a las garantías individuales, a los derechos humanos, o a ambos. Además, en todo caso se trata de una atribución del órgano jurisdiccional, ya que el Ministerio Público no resuelve, sino que lo hace sólo el juez. Por otra parte, el Ministerio Público "determina" y el juzgador "acuerda".

Habrá que confrontar el contenido del art. 300 del CPF, que se refiere a un agravamiento en la pena cuando el delito de lesiones se comete entre parientes, lo que destaca que esto se dará "salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar".

Excusas absolutorias

No se presentan en este delito.

19.10 Consumación y tentativa

Consumación

Se consuma en el instante de ejercer la conducta típica, que es distinta en cada código penal, aunque se parezcan. En el caso del fuero federal, antes de la reforma del 14 de junio de 2012 y en los códigos penales estatales que así lo contemplan, el problema es determinar cuándo comienza a considerarse reiterada la conducta. ¿A partir de la segunda ocasión? ¿Desde la tercera?

Tentativa

No se configura.

19.11 Concurso de delitos

Ideal o formal

De hecho sí puede presentarse, pues con la misma conducta se pueden producir lesiones y violencia familiar o amenazas y violencia familiar.

Real o material

También es factible que se presente cuando con distintos comportamientos se producen varios resultados y uno de ellos es el de violencia familiar.

19.12 Participación

Pueden presentarse algunos de los grados, pero la sanción se dará, por este ilícito, únicamente si se trata del familiar, pariente o persona a quien se refiere el código penal. Habrá que seguir las reglas establecidas en los arts. 54 del CPF y 74 del CPDF.

19.13 Perseguibilidad o procedencia

En materia federal, la perseguibilidad en este delito es por querella de la parte ofendida, excepto en el caso de los menores de edad o de personas incapaces, cuando será de oficio.

El art. 200 *bis* del CPDF establece una serie de excepciones (nueve) respecto de la procedibilidad de querella. Consúltese este artículo.

19.14 Consideración final

Como hemos señalado, no creemos que esta fórmula sea la más apropiada para proteger al núcleo familiar; reiteramos la carencia de objetividad, concreción y claridad en esta descripción típica. Es de imaginar que seguirá habiendo un elevado porcentaje de cifra negra, pues una vez más, insistimos, la creación de normas o el aumento en la punibilidad no contribuyen a disminuir el delito. Más bien se trata de atacar una diversidad de factores sociales, culturales, económicos, etcétera.

También compartimos la opinión de Carrancá y Rivas cuando expresa: "El motivo del nuevo capítulo es evidentemente plausible. Digo el motivo. Lástima que la forma legislativa o legal, como ya se verá, sea punto menos que abominable."[3]

[3] Raúl Carrancá y Rivas, *op. cit.*, pág. 869.

Finalmente, sentimos que el legislador está interfiriendo y permite la injerencia de los agentes del Ministerio Público dentro del ámbito o esfera de la familia. Al querer proteger el núcleo familiar, lo que va a lograr es su desprotección. Tal vez tengamos que reconocer que comportamientos como la violencia familiar necesitan más estudio, verdadera y seria investigación y, desde luego, otro tipo de medidas, que fundamentalmente serían preventivas, dejando más por hacer al derecho civil que al penal en este terreno. También resulta muy oportuna la opinión del citado maestro Franco Mejía cuando afirma que los elementos de este tipo penal y de la figura civil de violencia moral se encuentran contenidos en el art. 1916 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF), que se refiere al daño moral.[4] Ojalá los legisladores, debidamente asesorados por criminólogos y demás profesionales especializados en las áreas relativas, rectifiquen y brinden una mejor opción en éste y otros aspectos.

Tampoco han resultado eficaces las leyes que se han promulgado con la "intención" de ayudar exclusivamente a las mujeres para disminuir o erradicar la violencia en su contra. Me refiero a la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (federal), la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (Distrito Federal), la *Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal*, así como la *Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres* (federal). Estos ordenamientos, producto de campañas electorales, han servido únicamente para ganar votantes, pero están muy lejos de resolver la problemática social que representa la violencia de género, cuyas soluciones están más en la prevención y en estudios criminológicos serios para atacar sus causas, que en la amenaza legal de una pena.

Actividades

1. Elabore un cuadro sinóptico que contenga los elementos típicos del delito de violencia familiar en el fuero federal.
2. Escriba un resumen sobre la conducta típica y los sujetos, en el que destaque las complicaciones prácticas que pueden presentarse en materia del Distrito Federal.
3. Recorte del periódico notas donde se observe la presencia de este delito.
4. Proponga, después de estudiar el tema, cuáles podrían ser las medidas que deberían tomar la sociedad y el Estado para reducir este problema.

[4] Héctor Franco Mejía, *Violencia intrafamiliar,* material de apoyo, auditorio Themis de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 6 de octubre de 1998.

5. Compare el concepto civil y el penal de violencia familiar y emita una opinión propia.
6. Establezca en un cuadro las diferencias existentes entre el delito de violencia familiar en el fuero federal y en el Distrito Federal.
7. Vea la película *Te doy mis ojos* (2003), de Icíar Bollaín, y con sus compañeros hagan un análisis de la misma.

Autoevaluación

1. ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo en el delito de violencia familiar en el CPDF?
2. ¿En qué consiste la conducta típica en este delito?
3. ¿Cómo es la reprochabilidad en la violencia familiar?
4. Precise el objeto material y jurídico en esta figura típica en el CPF.
5. ¿Se puede presentar la tentativa?
6. ¿Cuándo se consuma este delito?
7. ¿Cuál es el requisito de perseguibilidad en la violencia familiar?
8. Precise la diferencia entre el delito de violencia familiar en el Distrito Federal y el mismo delito en el CPF.
9. ¿Qué se entiende por relación de hecho, para efectos de este delito en el CPDF?
10. Localice la noción legal del delito de violencia familiar en por lo menos ocho códigos penales estatales.

20 Lesiones

Al igual que los delitos estudiados en capítulos anteriores, esta figura típica es también de daño, pero en ella el bien jurídicamente tutelado es la integridad corporal, llamada *integridad física* o *salud* por algunos estudiosos. Sin embargo, se usará la expresión *integridad corporal*, que es como los códigos penales federal y para el Distrito Federal lo denominan, ya que la ley trata de proteger al cuerpo humano en su forma más íntegra, pues abarca, como se verá más adelante, no sólo el aspecto físico o daño anatómico, sino también la afectación funcional (salud individual).

20.1 Noción legal

El delito de lesiones se prevé en el art. 288 del CPF, que señala: "Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."

Esta noción ha sido criticada por diversos juristas, debido a que consta de una enunciación casuística de los posibles daños causados por el sujeto activo (heridas, escoriaciones, etc.), cuando hubiera sido más simple y concreto sólo mencionar: "... causar cualquier alteración en la salud o daño que deje huella material en el cuerpo humano". En esta fórmula se incluiría de manera general toda afectación al bien jurídico tutelado.

Cuando la ley menciona "toda alteración en la salud", se refiere al daño funcional. Por otra parte, cuando enuncia las heridas, escoriaciones, contusiones, etc., y

cualquier daño que deje huella material en el cuerpo humano, hace referencia a un daño anatómico o, dicho de otra manera, a una afectación corporal.

Tanto el daño anatómico como el funcional deben tener una causa externa, por supuesto, proveniente del ser humano.

En seguida se presenta una noción de lo que debe entenderse por cada hipótesis de las que el CPF señala casuísticamente al referirse al daño anatómico.

- Herida. Es una afectación producida en la carne o el cuerpo vivo y puede tratarse de una llaga, un corte, etc., originados por una contusión, traumatismo, instrumento cortante, punzante o contundente, etcétera.

  Aunque tal definición se refiere a que las lesiones sólo pueden ser causadas en un cuerpo vivo, cabe aclarar que la medicina forense clasifica las lesiones en dos grupos: en vida y *post mortem*, estas últimas causadas después de la muerte. Para efectos del delito en estudio, sólo importan las lesiones causadas en vida del sujeto pasivo (*post mortem* constituyen otro delito).

- Escoriación. Cabe aclarar que el diccionario emplea el término *excoriación* (con equis), en tanto que el CPF se refiere a *escoriación* (con ese), con el cual hace referencia al resultado o la consecuencia de erosionar, gastar o arrancar la piel.

  Generalmente la escoriación es causada por el efecto de ciertas sustancias, como ácidos, fuego, agua o aceite a altas temperaturas, etc., o bien por arrastramiento.

- Contusión. Es una magulladura que ocasionan los instrumentos contundentes (golpes), como un arma blanca, un martillo o un jarrón, entre otros.

  El instrumento que se emplea más para lesionar y causar contusiones es el propio cuerpo humano, que el sujeto activo utiliza para atacar; se usan sobre todo los puños, pies, codos y, algunas veces, la cabeza. Las personas que tienen conocimientos de disciplinas orientales de defensa personal o de artes marciales se valen de diversas partes del cuerpo para defenderse o atacar, de modo que si se manejan adecuadamente, podrán resultar muy eficaces para tal propósito, e incluso ser verdaderas armas mortíferas.

- Fractura. Es la ruptura de un hueso; normalmente la causan golpes, accidentes deportivos, caídas de considerable altura, etcétera.

- Dislocación. Es la separación de su lugar de un hueso, pero sin que éste se rompa, sino que sólo se separa del sitio donde debe estar. Es más simple de curar que la fractura y, por supuesto, tarda menos tiempo en sanar.

- Quemadura. Es el efecto causado por el fuego o por sustancias corrosivas, e incluso el hielo a muy bajas temperaturas en un tejido orgánico. Al respecto, existen diversos grados de quemaduras, que se clasifican de acuerdo con la intensidad del daño.

El CPDF, en el art. 130, define el delito de lesiones de la manera siguiente: "Al que cause a otro un daño o alteración en su salud..." Esta noción legal es más clara y precisa que la empleada por el código federal, ya que no hace una enunciación casuística y resulta de mejor factura y, por tanto, más comprensible.

Cuadro 41 Daño en las lesiones (CPF).

Anatómico	Funcional
Heridas	Toda alteración en la salud
Escoriaciones	
Contusiones	
Fracturas	
Dislocaciones	
Quemaduras y cualquier daño que deje huella material en el cuerpo humano	
Producidas por una causa externa	

20.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Puede serlo cualquier persona física, pues la ley no señala características o calidades especiales. Como ha quedado precisado desde capítulos anteriores, para que un delito sea federal, debe cometerlo un servidor público federal en funciones y que haya afectación a la federación.
- Pasivo. Del mismo modo, cualquier persona física podrá ser el sujeto pasivo en este delito, pues la ley tampoco hace ninguna referencia especial.

Aunque parezca innecesario, se destaca la importancia de reiterar que sólo el ser humano vivo es susceptible de constituirse en sujeto pasivo del delito de lesiones, por lo cual se excluye a los animales. Los errores en este sentido son frecuentes, como se ha visto en la práctica, cuando a raíz de un atropellamiento se lesiona (lo que tiene una connotación no jurídica) a un perro o a una vaca. Las personas que no conocen la ciencia jurídico-penal hablan del *delito de lesiones* al referirse a sus animales; sin embargo, es lamentable saber que algunos licenciados en derecho también creen que se trata de dicha figura típica, cuando en realidad se trataría del delito de daño en propiedad ajena o daño a la propiedad.

Otro cuestionamiento interesante es el siguiente: ¿desde cuándo se puede ser sujeto pasivo de lesiones? Esta pregunta obedece a que generalmente se cree que es a

partir del nacimiento. El propio jurista Jiménez Huerta afirma en su obra[1] que el sujeto es protegido por el delito de lesiones desde su nacimiento; no obstante, cabe pensar en el caso del médico que, en su afán de acelerar el parto, causa lesiones al producto de la concepción, o cuando la propia embarazada realiza maniobras abortivas o ingiere sustancias nocivas y causa lesiones al producto que, al nacer, las evidenciará.

También puede ocurrir que un tercero dé a beber a una embarazada alguna sustancia que afecte el producto, lo cual podrá observarse cuando éste nazca.

Las hipótesis que se pueden presentar son múltiples; sin embargo, ¿podrá denunciarse el hecho y tener por sujeto pasivo de las lesiones al concebido? Estimamos que sí puede configurarse este delito, pues también el producto tiene salud y es susceptible de sufrir una alteración en su integridad física; por ejemplo, puede nacer sin un ojo a consecuencia de la lesión o sin capacidad auditiva. El problema que se suscita, una vez resuelto éste, consiste en determinar el momento en que deberá formularse la denuncia, pues surgen dos posibilidades:

- Cuando se consuma la lesión (durante la gestación).
- Cuando nace la criatura.

El problema es que la lesión se puede inferir en un momento no preciso, como cuando el médico indica a la mujer que se administre una inyección para curarle algún padecimiento y el efecto resulta nocivo para el producto. En este caso no se sabrá hasta el nacimiento, a menos que mediante estudios de ultrasonido aparezca dicha alteración en el producto; sin embargo, es posible formular la denuncia tan pronto se tenga conocimiento cierto del hecho.

Ahora cabe dar respuesta a otra pregunta: ¿hasta cuándo se puede ser sujeto pasivo de lesiones? Sin duda, hasta el último momento en que un ser humano tenga vida. Curiosamente, podría pensarse entonces que la vida es el bien jurídico tutelado, aunque no es así, pero la integridad corporal deja de ser tutelada cuando ya no existe ésta y, consecuentemente, la integridad corporal deja de existir cuando desaparece la vida. Un error cometido por ignorancia es creer que puede ocasionarse lesiones a los cadáveres. En algunos casos el sujeto activo mutila, quema, etc., el cadáver, pero estas conductas no encuadran en el delito estudiado porque ya no existe el bien jurídico tutelado; sin embargo, se produciría el delito previsto en el art. 281, fracc. II, del CPF, que establece: "Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia." El art. 208, fracc. II, del CPDF tiene la misma redacción.

Por otra parte, cabe afirmar categóricamente que cuando no hay salud o cuando se ha alterado la integridad física, ya no habrá objeto jurídico por tutelar; sin embar-

[1] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*

go, una persona puede padecer alguna enfermedad y no por ello queda desprotegida por la ley. Así, por ejemplo, una persona tal vez se haya lesionado gravemente a causa de un accidente deportivo y tenga fracturas, dislocaciones, heridas y algunas disfunciones orgánicas; si otra persona le causara una lesión diversa, ésta sería suficiente para integrar la figura típica de lesiones, en cuyo caso no resultaría válido el argumento de que como la persona ya estaba lesionada, ya no podría ser sujeto pasivo de dicho delito.

Por último, no puede existir el delito de autolesión, o sea, que una misma persona se constituya en sujeto activo y pasivo del delito. Esto llega a ocurrir cuando se hace con fines de lograr una indemnización o una incapacidad laboral o para cobrar un seguro; en estos casos podrá presentarse la figura de fraude o cualquier otra que señalen las leyes, pero nunca el delito de lesiones.

Objetos

- Material. El objeto material se funde con el sujeto pasivo, o sea, con la persona física que recibe el daño de la conducta típica. Aquí se tiene por reproducido todo lo manifestado al estudiar al sujeto pasivo de este delito.
- Jurídico. El bien jurídicamente tutelado en las lesiones es la integridad corporal, comprendida en su sentido más amplio, tanto en lo referente al daño anatómico como al funcional (salud). Éste es el mencionado en el Título Decimonoveno del Libro Segundo del CPF *y* en el Título Primero del Libro Segundo del CPDF, pero recuérdese que también se considera como bien jurídico, en este delito, la salud individual (física o mental).

20.3 Clasificación

El delito de lesiones se clasifica como sigue:

- En orden a la conducta: de acción u omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su duración: instantáneo, con efectos permanentes o continuado.
- Por su resultado: material.
- Por el daño: de daño o lesión.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: de formulación libre o amplia.
- Por su composición: normal.
- Por el número de personas: unisubjetivo.
- Por su estructura: simple.

20.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el delito de lesiones, la conducta típica consiste en inferir un daño anatómico o en alterar la salud a una persona física.

Formas y medios de ejecución

La ley no expresa ningún medio o forma especial para causar las lesiones. De esta manera, se entiende que puede ser cualquier forma o medio empleado, siempre que resulte idóneo.

Los medios físicos, químicos, vegetales, el empleo de las fuerzas de la naturaleza (a voluntad del hombre), etc., son los más comunes.

Medio de ejecución específico

Es el que contempla de manera especial el art. 301 del CPF, que establece: "De las lesiones que a una persona cause algún animal bravío, será responsable el que con esa intención lo azuce, o lo suelte o haga esto último por descuido."

En relación con este precepto, existe la limitación de referirse sólo a animales bravíos (*bravío* es un adjetivo que significa "fiereza o salvajismo"), como el toro. Se trata de animales no domésticos, limitación que la propia ley impone porque, ¿qué ocurre cuando alguien azuza intencionalmente a un animal doméstico o lo suelta por descuido (por ejemplo, un perro) y éste ataca a una persona, quien resulta lesionada seriamente? Dicha figura será atípica por tratarse de un animal no bravío, sino doméstico. En todo caso, el problema se resuelve al encuadrar la lesión resultante en el art. 288 del CPF y en el 130 del CPDF, que genéricamente prevén el delito de lesiones sin señalar medios de ejecución específicos. De todas maneras, es pertinente que en una reforma al art. 301 del CPF se suprimiera el adjetivo *bravío* y quedara contemplada toda lesión causada por cualquier animal (por ejemplo, una mordedura de tarántula o serpiente, estratégicamente colocada a voluntad del sujeto activo para causar un daño físico a persona determinada). Otra solución sería derogar, de plano, el art. 301 del CPF por su ineficacia.

Por cuanto hace a las fuerzas de la naturaleza y a los medios morales, es válido lo manifestado en el capítulo referente al homicidio.

Por otra parte, cabe destacar la importancia que en este aspecto reviste la medicina forense, la cual permite resolver los problemas que se le plantean al derecho penal, como:

- ¿Qué tipo de instrumento o arma causó la lesión?
- ¿Cuántas lesiones fueron inferidas?
- ¿Qué lesiones fueron letales y cuáles no?
- ¿Cuáles fueron causadas en vida y cuáles *post mortem*?

Resultado típico

En este delito el resultado típico consiste en alterar la salud o causar algún daño que deje huella material en el cuerpo humano. En párrafos anteriores se precisó que puede tratarse de una afectación anatómica o funcional; si el resultado fuera la muerte del pasivo, no se estaría en presencia de lesiones, sino de homicidio, lo que daría lugar a la atipicidad de lesiones.

Nexo de causalidad

El resultado en las lesiones debe ser una consecuencia directa y material de la conducta típica.

La conducta realizada o la omisión por parte del sujeto activo debe ser la causa, mientras que el resultado típico (que en este caso es la lesión) será el efecto.

La relación que une la causa y el resultado será el nexo causal. El CPF y el CPDF no señalan, como lo hacen en el homicidio, reglas para determinar cuándo hay nexo causal y cuándo no; por tanto, pueden aplicarse las mismas reglas mientras sean compatibles con el delito de lesiones.

Igualmente, la medicina forense es de gran ayuda en estos problemas, pues en muchos casos no es fácil determinar el nexo de causalidad y deslindar o atribuir responsabilidades.

Ausencia de conducta

El aspecto negativo de la conducta se puede presentar en las lesiones, de manera que son válidos los mismos argumentos esgrimidos en el caso del homicidio.

20.5 Tipicidad en el delito de lesiones

Tipicidad

La conducta concreta que se presenta en la realidad debe encuadrar perfectamente en el tipo legal. Para que ello ocurra deben satisfacerse todos los elementos del tipo. Así, será necesario que una persona física, por cualquier medio, altere la salud de otra o le cause un daño anatómico, y que en el caso concreto se analice la clase de lesión de que se trata.

Atipicidad

El aspecto negativo de la tipicidad se configurará cuando la conducta concreta no se adecue al tipo; por ejemplo, si el resultado producido es la muerte, será una conducta atípica de lesiones y típica de ser humano.

La alteración en la salud también será atípica cuando no se produzca por una causa externa, como un trastorno orgánico que surja en forma espontánea, sin la intervención del hombre.

20.6 Antijuridicidad en el delito de lesiones

Antijuridicidad

El delito de lesiones es antijurídico en tanto existe una contrariedad al derecho. La ley tutela el bien jurídico de la integridad corporal y, si alguien lo afecta, transgrede la ley y actúa antijurídicamente.

Causas de justificación

En las lesiones pueden presentarse todas las causas de justificación. Así, alguien que actúa en legítima defensa puede causar lesiones; también por estado de necesidad puede lesionarse a alguien; y en todos los casos de causas justificativas, éstas pueden presentarse en el delito que nos ocupa.

Circunstancias modificadoras

Al igual que en el homicidio, existen determinadas consideraciones que el legislador hace valer, y plasma en la ley variaciones a la pena en función de la menor o mayor antijuridicidad que reviste la conducta típica del agente.

Atenuantes. Son las mismas que en el homicidio, excepto una de ellas:

- Lesiones en riña.
- Lesiones en duelo (CPF).
- Lesiones por emoción violenta (CPDF).

Como se observa, el único caso que no se contempla en el delito de lesiones es el del consentimiento de la víctima, pues como ya se apuntó, en este ilícito no existe la autolesión ni el consentimiento otorgado por la víctima, como sí ocurre en el homicidio.

Lo expuesto en el capítulo relativo al homicidio se aplica también al de lesiones, con excepción de las punibilidades, que por supuesto varían.

Existen legislaciones penales locales que contemplan otras circunstancias atenuantes, como la infidelidad conyugal y el caso del corruptor del descendiente, figuras derogadas del código penal en el DOF del 10 de enero de 1994.

Por lo que respecta a la emoción violenta, sólo se presenta en el CPDF y varios estados de la República Mexicana, pero en materia federal fue derogada (DOF, 14 de junio de 2012).

Agravantes. Son las mismas que agravan el homicidio (premeditación [CPF], alevosía, ventaja y traición), por lo cual resulta aplicable en este apartado lo expuesto en el relativo al homicidio agravado, debiéndose tener en cuenta la regla que el art. 298 del CPF señala para la aplicación de la pena: "Al responsable de una lesión calificada se le aumentará la sanción hasta el doble de la que corresponda por la lesión simple causada."

Un agravamiento específico se prevé en el art. 300 del CPDF, el cual establece que si la víctima fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los arts. 343

bis y 343 *ter* y si viven en el mismo domicilio, aumentará la sanción hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar.

En este punto se incluye lo referente a las lesiones previstas por el art. 295 del CPF, que señala: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

Del mismo modo, el art. 134 del CPDF establece la punibilidad para las lesiones agravadas: "Cuando las lesiones sean calificadas, la pena correspondiente a las lesiones simples se incrementará en dos terceras partes."

El derogado art. 294 del CPF preveía una excusa absolutoria para este último caso, cuando la lesión se infería en el ejercicio del derecho de corrección. En la actualidad, dicha excusa no sólo desapareció, sino que, además de la sanción correspondiente, se suspende o priva del ejercicio de la patria potestad o la tutela al sujeto activo.

Otro caso especial contemplado en diverso precepto respecto de la agravación en la pena es el contenido en el art. 339 del CPF, que forma parte del Capítulo Séptimo sobre el abandono de personas, el cual establece en su parte relativa: "… se presumirán éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan." Dicho artículo se refiere a los resultados típicos de lesiones y homicidio derivados de los delitos de abandono de niños incapaces de cuidarse a sí mismos o de las personas enfermas, así como del delito de abandono de cónyuge e hijos.

Las circunstancias que agravan el delito de lesiones en el CPDF son las mismas que agravan al de homicidio, esto es: ventaja, traición, alevosía, retribución, el medio empleado (inundación, incendio, minas, bombas o explosiones, envenenamiento, asfixia, tormento, sustancia nociva), saña, alteración voluntaria y odio.

El art. 131 del CPDF establece una agravación en el caso siguiente: "A quien cause lesiones a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, se le aumentará en una mitad la pena que corresponda, según las lesiones inferidas."

20.7 Clases

Para clasificar las lesiones existen varios criterios según se trate de la medicina o del derecho. Obviamente, aquí interesa la clasificación que el derecho penal hace por medio de la doctrina y la ley, al precisar que esta última agrupa las distintas lesiones sin darles una denominación que las identifique, como lo hace la doctrina. Así, existen los tipos de lesiones siguientes: levísimas, leves, graves y gravísimas.

Al adaptar la clasificación doctrinal a la descripción legal, se tiene lo que se muestra en el cuadro 42.

Cuadro 42 **Clasificación de las lesiones (CPF).**

- **Levísima**
  - No pone en peligro la vida y tarda en sanar menos de 15 días (art. 289, 1ª parte)
- **Leve**
  - No pone en peligro la vida y tarda en sanar más de 15 días (art. 289, 2ª parte)
- **Grave**
  - Primer grupo
    - Deja cicatriz en la cara perpetuamente notable (art. 290)
  - Segundo grupo (art. 291)
    - Cuando perturbe la vista o disminuya la facultad de oír → Para siempre
    - Entorpezca o debilite permanentemente
      - Un brazo, una mano, una pierna, un pie, cualquier órgano, el uso de la palabra, alguna facultad mental
- **Gravísima**
  - Primer grupo (art. 292, 1ª parte)
    - Enfermedad segura o probablemente incurable
    - Inutilización completa o pérdida de
      - Un ojo, un brazo, una mano, una pierna, un pie, cualquier órgano
  - Segundo grupo (art. 292, 2ª parte)
    - Perjudicada para siempre una función orgánica
    - Quedar sordo
    - Quedar impotente
    - Con deformidad incorregible
    - Con incapacidad permanente para trabajar
    - Enajenación mental
    - Pérdida de
      - La vista
      - El habla
      - Las funciones sexuales
  - Que ponen en peligro la vida (art. 293)

Levísimas

La primera parte del art. 289 del CPF señala: "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones, a juicio del juez. [...]"

Para que una lesión sea levísima, se requiere, por disposición expresa de la norma, lo siguiente:

- Que no ponga en peligro la vida.
- Que tarde en sanar menos de 15 días.

Las heridas, contusiones, dislocaciones, escoriaciones, equimosis, provocación de mareos, desmayo, vómito, dolores, náuseas, etc., suelen ser lesiones levísimas. Un rasgo importante de estas lesiones es su perseguibilidad. Como lo afirma el segundo párrafo del propio art. 289, las lesiones gravísimas se persiguen por querella de la parte ofendida, salvo el caso de aquellas a las que se refiere el art. 295, relativas a las inferidas por quien ejerce la patria potestad o la tutela.

El art. 130, fracc. I, del CPDF se refería a las lesiones levísimas, indicando que eran las que tardaban en sanar menos de 15 días. El 16 de febrero de 2011 fue derogada esta fracción, por lo tanto las lesiones que tardan en sanar menos de 15 días pasan a ser faltas administrativas de las que conoce un juez cívico.

Leves

A ellas se refiere la segunda parte del primer párrafo del art. 289 del CPF: "... Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa."

Esto significa que la lesión leve no debe poner en peligro la vida, pero a diferencia de las levísimas, tarda en sanar más de 15 días.

Generalmente, y según la salud del sujeto pasivo, algunas clases de heridas, dislocaciones, fracturas, quemaduras, trastornos orgánicos, etc., suelen ser leves.

Corresponde al médico forense aportar los dictámenes que sirvan al juez para la valoración jurídica del hecho, y deberá detallar las lesiones, sus características, duración para sanar, causas y consecuencias.

En el fuero local, las lesiones leves están contempladas en el mismo art. 130, pero en sus fraccs. II y III (primero y segundo grupos). Las lesiones leves del primer grupo son las que tardan en sanar más de 15 días y menos de 60, y las leves del segundo grupo, las que tardan en sanar más de 60 días.

Graves

Se contemplan en los arts. 290 y 291 del CPF:

> **Artículo 290.** Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable.
>
> **Artículo 291.** Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.

Lesión grave del primer grupo. La primera consecuencia de una lesión grave es dejar al sujeto pasivo una cicatriz en la cara y que ésta sea perpetuamente notable. El legislador destaca la importancia que tiene la cara sobre otras partes del cuerpo; en ninguna otra zona, a pesar de quedar una cicatriz y ser ésta perpetuamente notable, sanciona la ley de manera igual a la que deja en el rostro la misma marca. Ello obedece a que la cara es la parte que siempre se halla al descubierto y constituye un elemento esencial en la vida de relación. Por medio de ella se manifiestan estados de ánimo y se refuerzan las actitudes y palabras propias; además, a lo largo de la historia ha sido el blanco de ofensas o manifestaciones de afecto. Un golpe leve en la cara es vergonzante; así, en la Antigüedad muchas de las penas infamantes (como pintura, rape y marca, principalmente) recaían en la cara, por ser el lugar más visible de todo el cuerpo humano.

El ocultamiento del rostro femenino tiene profundas raíces y significación entre los pueblos orientales en ese orden de ideas; ante un acto que abochorna, la gente se cubre el rostro en señal de vergüenza.

Antiguamente también se ocultaba la cara femenina como señal en la mujer amada o para imprimir una huella de su infidelidad, como inferir una cortadura cual evidencia de "propiedad" del hombre o bien de la infidelidad femenina, reprochable sólo si provenía de ella, no del hombre.

En el teatro, tanto griego como japonés, la máscara suple al rostro y lo cubre para representar diversos personajes y ocultar la verdadera identidad del actor (consúltese el origen de la personalidad en el derecho civil). En los carnavales, como el de Venecia, la máscara sirve para lograr el ocultamiento de la identidad, con lo cual las personas se atreven a hacer cosas que sin máscara no harían, y al ocultar su condición social, sexo, etc., se sienten con absoluta libertad de actuar.

Atenta a dichas consideraciones, la ley estima que una cicatriz en la cara constituye, además del daño anatómico como delito, una afrenta a la personalidad.

Las lesiones graves en el rostro constan de los elementos siguientes:

- Cicatriz. Es la huella, marca o señal que permanece en la zona afectada (temporal o definitivamente) del tejido orgánico, después de sanar la herida.
- Cara. Es la parte anterior de la cabeza, desde la raíz del cabello en la frente hasta la punta de la barba, y desde el borde del pabellón de una oreja hasta el de la otra.[2] Véase jurisprudencia sobre este punto.
- Perpetuamente notable. Francisco González de la Vega afirma: "Su perpetuidad es la indeleble permanencia, comprobable pericialmente. Su notabilidad es la fácil visibilidad, de primera impresión, sin mayor examen o investigación; corresponde a la apreciación judicial."[3]

[2] Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *op. cit*.

[3] Francisco González de la Vega, *Código penal comentado,* México, 1997, pág. 354.

Tal cicatriz no podrá estar en otra parte sino sólo en la cara, y su notoriedad debe ser perpetua, esto es, debe permanecer de por vida.

Es cuestionable lo siguiente: algunas personas (como una bailarina o modelo), debido a su actividad, que requiere mostrar públicamente el cuerpo, ¿no resentirán un daño igual cuando la lesión deje cicatriz notable en otra parte del cuerpo? Sin embargo, la ley es muy clara y sólo considera lesión grave la infligida en la cara y que sea perpetuamente notable.

Lo más que puede suceder en un caso como el planteado es que el juzgador valore las circunstancias específicas y, con el arbitrio judicial del cual está investido, imponga la sanción estimada como la más adecuada, según la afectación producida por la lesión que deje una cicatriz en otra parte distinta de la cara y que repercuta de manera considerable en el sujeto pasivo.

Lo notable implica que sea perceptible a cinco metros, distancia considerada en medicina para una agudeza visual normal u ordinaria.

Otra cuestión interesante al respecto es si debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la cicatriz deje de ser notable por medio de una intervención quirúrgica. Este hecho es intrascendente para el derecho penal, pues la ley no lo considera.

La valoración de la notabilidad debe ser objetiva y basarse en las aportaciones médicas del momento, mas no en inciertas posibilidades futuras.

Lesión grave del segundo grupo. El art. 291 del CPF indica las otras lesiones que también se estiman graves:

- Que perturbe para siempre la vista.
- Que disminuya la facultad de oír.
- Que entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.

En tales hipótesis se establece una disfunción permanente, en la cual se configura una afectación no total, sino parcial: perturbar, disminuir, entorpecer o debilitar.

En cuanto a la temporalidad, la afectación ha de ser "para siempre" o "permanente". La pregunta que se antoja es: ¿existe diferencia entre las expresiones *para siempre* y *permanente*?

La expresión *para siempre* quiere decir que existe una duración hasta el último instante de vida del sujeto, y Jiménez Huerta indica que es "sinónimo de perpetuidad".[4]

[4] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 204.

Cuadro 43 **Clasificación de las lesiones (CPDF).**

Noción legal		Causar a otro un daño o alteración en la salud (art. 130)
Levísima		Derogada el 16 de febrero de 2011
Leve	Primer grupo	Tarda en sanar más de 15 días y menos de 60 (art. 130, fracc. II)
	Segundo grupo	Tarda en sanar más de 60 días (art. 130, fracc. III)
Grave	Primer grupo	Deja cicatriz en la cara permanentemente notable (art. 130, fracc. IV)
	Segundo grupo	Cuando disminuya alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro (art. 130, fracc. V)
Gravísima	Primer grupo	Cuando produzca la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad; cuando cause una enfermedad incurable o una deformidad incorregible (art. 130, fracc. VI)
	Segundo grupo	Cuando ponga en peligro la vida (art. 130, fracc. VII)

El propio autor señala: "... la palabra permanentemente denota duración firme y constante que no cancela la posibilidad de que la disfunción pueda desaparecer."[5]

Órgano. Es la "parte de un ser organizado, destinada para desempeñar alguna función necesaria para la vida".[6]

En caso de resultar afectado un órgano doble (como los riñones, los testículos, los ojos, etc.), la lesión puede contemplarse desde dos puntos de vista: como daño anatómico y como daño o afectación funcional. La legislación mexicana la ve como daño anatómico. Así, la afectación a un riñón producirá entorpecimiento o debilitamiento del órgano gemelo, pero éste no dejará de funcionar por completo.

En todas las hipótesis planteadas en este precepto, la función del órgano subsiste, pero de manera inadecuada o anormal.

[5] *Loc. cit.*

[6] Ramón García Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse Ilustrado,* Larousse, México, 1980.

El CPDF se ocupa de las lesiones graves en las fraccs. IV y V del mismo art. 130 (primero y segundo grupos). El primer grupo (fracc. IV) corresponde a la lesión que deja cicatriz en la cara *permanentemente* notable. Cabe destacar que la única diferencia que existe entre el CPF y el CPDF es el término *permanentemente* que emplea el CPDF y *perpetuamente* que usa el CPF.

El segundo grupo (fracc. V) de las lesiones graves se refiere a la lesión que disminuye alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro.

Gravísimas

A este tipo de lesiones se refieren los arts. 292 y 293 del CPF. A continuación se enumeran las afectaciones y los daños que el CPF considera como lesiones gravísimas.

Artículo 292: de cinco a ocho años de prisión cuando resulte:

- Enfermedad segura o probablemente incurable.
- Inutilización completa o pérdida de un ojo, un brazo, una mano, una pierna, un pie o cualquier otro órgano.
- Cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica.
- Quedar sordo, impotente o con deformidad incorregible.

De seis a 10 años de prisión cuando resulte:

- Incapacidad permanente para trabajar.
- Enajenación mental.
- Pérdida de la vista, el habla o las funciones sexuales.

Artículo 293: de tres a seis años de prisión cuando la lesión:

- Ponga en peligro la vida.

Ahora revisemos cada una de las hipótesis previstas en los preceptos mencionados.

- Enfermedad segura o probablemente incurable. A causa de la lesión surge una enfermedad, la cual debe ser segura, existir o, a juicio de un médico, tener la probabilidad de ser incurable. "Enfermedad... Es un estado mórbido, generalmente de evolución lenta, sinónimo de malestar o dolencia, que se consolida en el hecho consumado de un conjunto de síntomas que, al agruparse, se designa con un nombre."[7]
- Inutilización completa o pérdida de un ojo, un brazo, una mano, una pierna, un pie o cualquier otro órgano. Para que la lesión se considere gravísima se requiere no la disfunción o el debilitamiento, sino la inutilización completa o pérdida total del órgano (desmembramiento, mutilación, etc.), lo cual revela mayor daño. A

7 Alfonso Quiroz Cuarón, *op. cit.*, pág. 289.

diferencia de la lesión grave, en la cual, aun cuando existe debilitamiento o perturbación, el órgano sigue funcionando, en la gravísima no puede haber funcionamiento, pues el daño es total y el órgano deja de tener actividad de manera absoluta y definitiva.

- Cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica. Este requisito es consecuencia del anterior, pues al inutilizársele completamente o perder algún órgano el sujeto pasivo, sobreviene el perjuicio ocasionado a una función orgánica, y para siempre.
- Quedar sordo, impotente o con deformidad incorregible. Sordera implica no oír; es perder la facultad auditiva. Impotencia es la incapacidad sexual, de la cual existen dos tipos:
  - *Impotencia coeundi*. Es la incapacidad para realizar el coito.
  - *Impotencia generandi*. Es la incapacidad para engendrar, aunque sea posible realizar el coito.

La lesión gravísima del art. 292, primer párrafo, es la impotencia *generandi*, mientras que la *coeundi*, que también es gravísima, tiene una punibilidad mayor, contemplada en el segundo párrafo del art. 292 del CPF.

- Deformidad incorregible. Es la lesión que produce una anomalía, irregularidad o defecto visible en la apariencia del sujeto pasivo; una anormalidad fácilmente notable por cualquiera. Se trata de un daño anatómico con una seria trascendencia social, pues una persona que en su aspecto externo muestra una anomalía morfológica llama la atención y en ocasiones es objeto de burla, escarnio e incluso segregación. Recuérdese el conocido caso de Cuasimodo, personaje central de la obra de Víctor Hugo, quien era constante objeto de burla y desprecio debido a su deformidad física.

  La deformidad debe ser incorregible, pues si fuera posible eliminarla dejaría de estar contemplada en esta hipótesis de lesión gravísima que señala el art. 292, primer párrafo, del CPF.

- Lesiones gravísimas con pena mayor. Las lesiones estudiadas hasta este punto son aquellas de las que resulta:
  - *Incapacidad permanente para trabajar*. La lesión puede ser de tal gravedad, que una consecuencia sería que el pasivo quedara incapacitado para trabajar. Ante la pregunta: ¿a qué trabajo se refiere esta disposición: al que habitualmente realizaba el pasivo o a cualquier otro tipo de trabajo? Se contesta que la ley se refiere a cualquier actividad laboral, o sea, el sujeto no podrá realizar ningún tipo de trabajo.
  - *Enajenación mental*. Se refiere a aquellos padecimientos cerebrales que alteran la conciencia (capacidad para querer y comprender). Recuérdese que el

entorpecimiento o debilitamiento de alguna de las facultades mentales constituye una lesión grave.

Las lesiones causadas en la región frontal ocasionan enajenación mental, de modo que un médico especialista deberá determinar esta lesión y sus consecuencias.

- *Pérdida de la vista*. Implica que el sujeto pasivo quede ciego. La lesión grave consiste en la perturbación de la vista, mientras que la gravísima requiere la pérdida total de dicha facultad.
- *Pérdida del habla*. Significa que el sujeto pasivo no pueda volver a articular palabras a causa de la lesión; es decir, que se quede mudo.
- *Pérdida de las funciones sexuales*. Se refiere a la impotencia *coeundi*, o sea, que el sujeto no pueda realizar el coito. Esto ocurre por castración y otro tipo de afecciones que impiden la cópula (aunque es más general en el hombre, también puede padecerla la mujer).

El art. 293 del CPF impone una pena de tres a seis años de prisión al que infiera una lesión que:

- Ponga en peligro la vida. Esta lesión surge derivada de otra; primero se debe causar un daño anatómico o funcional cualquiera, como los mencionados, y en consecuencia resultará un peligro para la vida, pues no todas las lesiones, por graves que sean, aproximan al sujeto pasivo a la muerte.

A juicio experto de los médicos forenses, debe existir la probabilidad cierta de que sobrevenga la muerte a causa de la lesión inferida al sujeto pasivo.

Tres funciones vitales que sean deficientes acercan a una persona a la muerte: respiratoria, cerebral y cardiocirculatoria. Si la lesión afecta seriamente cualquiera de esas funciones existirá la probabilidad de que sobrevenga la muerte. Al respecto, Quiroz Cuarón afirma que "no hay peligro de perder la vida en las lesiones clínicamente no graves y sin probabilidad de complicarse".[8]

Podrá existir el peligro de perder la vida en las lesiones de cierta gravedad, pero asintomáticas durante la exploración, o en las lesiones clínicamente sin gravedad actual, pero en peligro de complicarse, en que lo recomendable es aplazar la resolución de un segundo examen.[9]

Las lesiones gravísimas en el CPDF están previstas en las fraccs. VI y VII del art. 130 (primero y segundo grupos).

[8] A. Quiroz, *op. cit.*, pág. 281.

[9] *Idem.*

El primer grupo (fracc. VI) corresponde a la lesión que produce la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, un órgano o una facultad cuando cause una enfermedad incurable o una deformidad incorregible.

El segundo grupo (fracc. VII) corresponde a la lesión que pone en peligro la vida.

Para redondear este tema relativo a las distintas clases de lesiones, en seguida se incluye un aspecto de vital importancia: la clasificación de las lesiones causadas en vida del sujeto pasivo y las ocasionadas después de su muerte, pues ello es relevante en la práctica del examen físico del lesionado o en la necropsia para una adecuada aplicación de la pena.

En vida

Las características de las lesiones ocasionadas a una persona viva son las siguientes:

- Labios de la herida engrosados, infiltrados de sangre y separados por retracción de los tejidos.
- Exudación de linfa y supuración.
- Hemorragia e infiltración de sangre en los tejidos.
- Sangre coagulada.

Post mortem

Los rasgos de las lesiones originadas a quien ya ha perdido la vida son:

- Labios blandos, no engrosados ni retraídos.
- Ausencia de exudación de linfa y de supuración.
- Ausencia de hemorragia y de infiltración.
- No hay sangre coagulada.[10]

20.8 Culpabilidad

El reproche penal en cuanto al delito de lesiones puede revestir dos formas:

Lesiones dolosas o intencionales

El sujeto activo desea el resultado típico de lesionar al pasivo; actúa de manera intencional.

Lesiones culposas, imprudenciales o no intencionales

Pueden configurarse cuando, sin intención de causarlas, ocurren por negligencia, impericia o falta de cuidado por parte del sujeto activo. Son comunes en hechos de tránsito. En los estados donde aún existe la preterintención, pueden presentarse lesiones preterintencionales.

[10] *Ibidem*, pág. 377.

El art. 140 del CPDF establece lo siguiente:

> Cuando el homicidio o las lesiones se cometan culposamente con motivo del tránsito de vehículos, se impondrá la mitad de las penas previstas en los artículos 123 y 130 respectivamente, en los siguientes casos:
>
> I. Derogada (septiembre de 2004);
> II. Derogada (septiembre de 2004);
> III. El agente conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras substancias que produzcan efectos similares; o
> IV. No auxilie a la víctima del delito o se dé a la fuga. [...]

El art. 141, segundo párrafo, también hace referencia a las lesiones culposas, pero cuando se causan a dos o más personas, y a las previstas en las fraccs. V, VI y VII del art. 130, en cuyo caso se aumentará la punibilidad y habrá suspensión de derechos.

Inculpabilidad

Igual que en el homicidio, en las lesiones pueden presentarse las causas de inculpabilidad que anularán el elemento o aspecto positivo del delito (culpabilidad). Puede haberlas por caso fortuito, eximentes putativas, error esencial de hecho invencible, etcétera.

20.9 Punibilidad

Diversas punibilidades

La pena correspondiente a la lesión causada dependerá de la clase de afectación inferida, así como de la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes, y del grado de culpabilidad del agente.

Excusas absolutorias

El art. 321 *bis* del CPF establece una excusa cuando se trate de lesiones culposas, siempre que el pasivo sea un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, estupefacientes o psicotrópicos sin prescripción médica, o bien, si no auxilia a la víctima.

El art. 139 del CPDF establece una excusa absolutoria para el caso de lesiones culposas cometidas en contra de un ascendiente, descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, de amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos sin mediar prescripción médica, o que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima.

El problema práctico de esta excusa absolutoria radica en que con cierta facilidad el agente puede dar apariencia de culpa a un comportamiento doloso.

20.10 Consumación y tentativa

En las lesiones se presentan ambas situaciones.

Consumación

El delito de lesiones se consuma en el momento de alterar la salud o de causar el daño anatómico.

Tentativa

Puede existir el grado de tentativa, ya sea acabada o inacabada, toda vez que este delito es de resultado material.

20.11 Concurso de delitos

En las lesiones se pueden presentar los dos casos: ideal o formal y real o material.

Ideal o formal

Ocurre cuando con una conducta se producen diversos resultados típicos y uno de ellos es el de lesiones; por ejemplo, al colocar veneno en la sal de la cocina de un restaurante, se producen lesiones y homicidios.

Real o material

También puede suceder que diferentes conductas generen varios resultados típicos, uno de los cuales sea la producción del delito de lesiones; por ejemplo, en un robo en casa habitación, un sujeto roba, mata y lesiona a distintas personas, y todo ello implica comportamientos diferentes y resultados también diferentes.

20.12 Participación

Igual que en el homicidio, en las lesiones pueden presentarse todos los grados de participación: autoría, coautoría, encubrimiento, etcétera.

20.13 Perseguibilidad o procedencia

En el delito de lesiones, la procedibilidad es de oficio, excepto en dos casos:

- Lesiones levísimas. Se persiguen por querella de la parte ofendida conforme al art. 289, segundo párrafo, del CPF, excepto si las realiza quien ejerce la patria potestad o la tutela.
- Lesiones por hechos de tránsito. Según el art. 62, segundo párrafo, del CPF, las lesiones se perseguirán por querella, "cualquiera que sea su naturaleza", cuando se causen por culpa y con motivo del tránsito de vehículos (véase el art. 62, segundo párrafo, del CPF), y si quien lesiona no se encuentra bajo el efecto de bebidas embriagantes o de estupefacientes o psicotrópicos.

El art. 135 del CPDF establece las reglas para la procedencia por querella.

Actividades

1. Caso práctico. Margarita Hernández, enfermera de un hospital importante, al realizar su guardia nocturna en la sección de urgencias recibe a un niño que acaba de sufrir un serio accidente. Sin dar aviso al médico de guardia, pretende curar al pequeño. Como consecuencia de su intervención y debido a las maniobras realizadas sobre el rostro del menor, donde se localizaban las heridas que sufrió, le causa daño en la vista y, en opinión de los médicos, dicho daño durará para siempre.

   a) ¿Qué delito se cometió?

   b) ¿A qué clase pertenece?

   c) ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo?

   d) ¿Cuáles son los objetos material y jurídico?

   e) ¿Cómo es la culpabilidad en el delito?

   f) ¿Cuál es la pena aplicable?

2. Elabore un cuadro en el que se muestren los aspectos más importantes del delito de lesiones.

3. Proponga tres ejemplos en los que se vea la presencia de un delito de lesiones doloso y otro culposo.

4. Localice una noticia periodística acerca de un accidente de tránsito y explique qué tipo de delito surge, así como la culpabilidad y el concurso de delitos.

5. Elabore un cuadro comparativo entre las clases de lesiones en los códigos penales federal y del Distrito Federal.

6. Elabore un breve ensayo sobre la diferencia entre pérdida de la funciones sexuales e impotencia.

Autoevaluación

1. Dé la definición de lesiones.

2. ¿Quién puede ser sujeto pasivo de lesiones?

3. ¿Cómo se clasifica el delito de lesiones?

4. ¿Se puede configurar la ausencia de conducta en las lesiones?

5. ¿Cuáles son las circunstancias atenuantes en las lesiones?
6. Explique las circunstancias agravantes en las lesiones.
7. ¿Cuál es la diferencia entre las lesiones levísimas y las leves?
8. Señale cuáles pueden ser lesiones graves.
9. ¿En qué consiste la afectación en lo referente a las lesiones gravísimas y cuál es su temporalidad?
10. ¿Se puede presentar la tentativa en las lesiones?
11. ¿Cuál es el requisito de procedibilidad en las lesiones?
12. ¿Pueden coexistir las lesiones y el delito de violencia familiar?

Sección 2

Delitos de peligro efectivo y presunto

Introducción

En esta unidad se analizan los delitos que tienen a la vida y la integridad corporal como bienes jurídicos por tutelar, pero por cuanto hace a su puesta en peligro, sin requerirse la producción de daño alguno, por no tratarse de delitos de daño.

Entre el peligro para la vida y la integridad corporal se contemplan dos posibilidades: el peligro efectivo y el peligro presunto.

Peligro efectivo

En estos delitos existe mayor riesgo de afectación para el bien jurídico. En este grupo se encuentran los delitos siguientes: disparo de arma de fuego y ataque peligroso. Dichos ilícitos fueron derogados con las reformas al código penal publicadas en el DOF del 30 de diciembre de 1991.

En varios estados de la República Mexicana siguen existiendo estos tipos penales. De hecho, tanto el disparo de arma de fuego como el ataque peligroso son en sí mismos medios de ejecución de delitos de daño contra la vida e integridad corporal.

Peligro presunto

El riesgo para el bien jurídico es menor que en el caso anterior, pero existe de todos modos una probabilidad de afectación. En el peligro presunto se hallan los delitos siguientes: abandono de niños y enfermos, abandono de atropellados, abandono del cónyuge, los hijos o ambos; y omisión de socorro en el CPF, y en el CPDF, a su vez, el tipo de omisión de auxilio y de cuidado (arts. 156 y 157).

Contra la salud pública

Exclusivamente tutela la salud pública el tipo previsto en el CPF. En él se manifiesta un evidente peligro para la salud pública. Este delito es el de peligro de contagio, que se incluye en esta parte del libro, aunque su bien jurídico es la salud pública, no la salud privada o individual. Sin embargo, el CPDF prevé este tipo penal en el rubro correspondiente al bien jurídico del peligro para la salud personal.

21 Disparo de arma de fuego

Como ya se aclaró, este delito fue derogado en diciembre de 1991, pero se incluye aquí por las mismas razones ya expresadas al inicio de este libro (su existencia en diversos códigos estatales). Esta figura típica existe como delito autónomo en función de que tutela los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, a partir del peligro en el cual se coloca al sujeto pasivo.

Este delito, que se ha visto como una verdadera tentativa de delitos de daño, con el tiempo irá desapareciendo de los códigos estatales.

21.1 Noción legal

La noción legal se proporcionaba en el art. 306, fracc. I, del CPF, que señalaba: "Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos: I. Al que dispare a una persona o grupo de personas, un arma de fuego."

Casi todos los códigos estatales que prevén este ilícito lo definen de la misma manera; generalmente varía el hecho de referirse a una persona o a varias.

Se sugiere buscar en varios códigos penales estatales este tipo penal.

21.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Conforme a la noción legal expresada, el sujeto activo puede serlo cualquier individuo, ya que el código no señala calidades especiales. Así, podía serlo cualquier persona física que disparara un arma de fuego contra una persona o grupo de ellas.

- Pasivo. En este delito es cualquier persona física en lo individual o un grupo de ellas.

Debe tenerse en consideración el fuero federal o local.

Objetos

- Material. En este delito el objeto material se identifica con el sujeto pasivo, así que el objeto material es la persona física o grupo de personas.
- Jurídico. El bien jurídico tutelado es la vida, por cuanto hacía al peligro en que se colocaba y también la integridad física.

21.3 Clasificación

El disparo de arma de fuego es un delito:

- Por la conducta: de acción.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el resultado: formal o de mera conducta.
- Por el daño: de peligro concreto.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: normal.
- Por su formulación: de formulación libre.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.

21.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Consiste en disparar un arma de fuego (contra una persona o grupo de personas).

Formas y medios de ejecución

El delito se configura cuando se dispara un arma de fuego, de modo que debe ser mediante acción y no a través de comisión por omisión.

Resultado típico

Se trata de un delito formal o de mera conducta, o sea, no requiere la producción de un resultado.

Ausencia de conducta

Se pueden presentar la *vis absoluta*, actos reflejos, sueño, sonambulismo o hipnosis.

21.5 Tipicidad en el delito de disparo de arma de fuego

Tipicidad

El comportamiento del sujeto activo debe adecuarse a la hipótesis prevista por la norma penal.

Atipicidad

Puede ocurrir que la conducta no encuadre en el tipo, en cuyo caso habría atipicidad y, por tanto, no existiría delito; por ejemplo, el que dispara una flecha con un arco, con dardos o con una ballesta. La conducta es atípica respecto del delito de disparo de arma de fuego.

También sería atípico disparar un arma de fuego contra un edificio vacío y no hacia personas físicas.

21.6 Antijuridicidad en el delito de disparo de arma de fuego

Antijuridicidad

El delito de disparo de arma de fuego es antijurídico en tanto contraría la norma que lo prevé, pues existe un peligro para el bien jurídico tutelado por la ley penal.

Causas de justificación

Pavón Vasconcelos y Vargas López consideran posible la existencia de la legítima defensa y el cumplimiento de un deber.[1] Otros autores afirman que no puede configurarse ninguna. En lo personal, opino que puede presentarse el cumplimiento de un deber.

Circunstancias modificadoras

No se presentan en este delito y sólo debe tenerse en cuenta lo previsto en el último párrafo del art. 306 del CPF, que señalaba: "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito."

Esta misma regla la siguen los códigos estatales que contemplan esa figura típica. Al respecto, se formulan las críticas siguientes:

- Cuando el legislador indicaba "sanciones previstas en la fracción I...", cometía el error de remitir a una fracción en la cual no se preveía sanción alguna, pues la misma definía la conducta en que había de consistir el disparo de arma de fuego, mas no mencionaba la pena aplicable. La sanción se preveía en el primer párrafo del propio artículo, pero no en la fracc. I.

[1] Francisco Pavón Vasconcelos y G. Vargas López, *Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal*, 5ª ed., Porrúa, México, 1987, pág. 60.

- En relación con las circunstancias modificadoras, se critica esta adición legislativa, la cual indicaba que, además de la sanción que debería imponerse por el delito de peligro de disparo de arma de fuego, se aplicarían las correspondientes por la comisión de cualquier otro delito.
- Aunque los distintos estudiosos manejan diversas interpretaciones, coinciden en que imponer dos sanciones por una misma conducta no es congruente con el sentido de la ley, ni justo.

La mayor parte de las interpretaciones indican que, de cometerse homicidio, se impondría la sanción por el disparo de arma de fuego (de tres días a tres años), más la que correspondiera al otro delito (homicidio), lo cual parece injusto debido a lo siguiente:

- El disparo de arma de fuego es un delito de peligro, mientras que el homicidio es un delito de daño; por tanto, no resulta congruente sancionar una misma conducta por el peligro y por el daño, respecto del mismo bien jurídico.
- En mi opinión, como se trata del mismo bien jurídico, el delito de mayor gravedad debía absorber el menor, y no duplicarse la pena.
- Definitivamente y por simple lógica, el peligro deja de existir cuando surge el daño; dicho de otra manera, cuando se configuran un delito de daño y uno de peligro, aquél deja sin existencia al de peligro.

En la práctica se aplican las dos sanciones: una por el disparo de arma de fuego y la correspondiente al otro delito que resulte, el cual puede ser homicidio o lesiones.

Nuestra interpretación en este aspecto coincide con la de Jiménez Huerta,[2] quien sostiene que el legislador se refiere a delitos de distinta naturaleza, como el daño en propiedad ajena, cuya sanción es perfectamente válida, además del de disparo de arma de fuego, pues mientras el primero tutela el patrimonio, el segundo tutela la vida en cuanto al peligro en que se pone.

Consideramos necesaria la desaparición de este tipo penal, ya que en la práctica se presentan confusiones e injusticias. En todo caso, disparar a alguien con un arma de fuego o cualesquier otro artefacto lleva implícita, salvo prueba en contrario, la intención de causar daño (herir o matar) y, el que no se produzca éste sería constitutivo del grado de tentativa.

21.7 Culpabilidad

El delito de disparo de arma de fuego sólo admite la forma dolosa o intencional. Esta figura autónoma y controvertida es en realidad una tentativa acabada de homicidio o lesiones, que tipifica especialmente el legislador.

[2] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, págs. 224-229.

21.8 Punibilidad

La sanción señalada en el CPF resultaba muy baja: según el primer párrafo del art. 306, era de tres días a tres años de prisión.

Para quienes admiten el concurso ideal, la pena podría darse de la manera siguiente:

- Pena por disparo de arma de fuego, más sanción por lesiones.
- Pena por disparo de arma de fuego, más sanción por homicidio.
- Pena por disparo de arma de fuego, más sanción por el daño en propiedad ajena.
- Pena por disparo de arma de fuego, más sanción por lesiones, más sanción por daño en propiedad ajena.
- Pena por disparo de arma de fuego, más sanción por homicidio, más sanción por daño en propiedad ajena.

En nuestra opinión lo anterior no es aceptable, pues consideramos que el delito de daño debe absorber al de peligro, y el de mayor gravedad al de menor gravedad.

21.9 Consumación y tentativa

Consumación

El delito se consuma en el momento de disparar el arma de fuego, pues respecto de un delito formal o de mera conducta no se requiere un resultado; por tanto, el delito se consuma al realizarse la conducta típica, que es disparar un arma de fuego hacia una persona física.

Tentativa

Al respecto, hay quienes niegan la posibilidad de que se configure y otros afirman que sí es configurable.

En lo personal, creo que *de facto* es posible que exista la tentativa cuando el sujeto, al querer disparar un arma de fuego contra una persona o grupo de personas, jala del gatillo, pero el arma se encasquilla. Hubo voluntad y se realizaron los actos encaminados a producir el delito, pero éste no se consumó por causas ajenas a la voluntad del agente.

Como la mayoría de los autores consideran el disparo de arma de fuego una tentativa tipificada de homicidio o lesiones, niegan la existencia de la tentativa y argumentan que no puede configurarse la tentativa de una tentativa.

21.10 Concurso de delitos

En el disparo de arma de fuego puede haber concurso ideal o real.

Ideal o formal

Se puede configurar, por ejemplo, que con el disparo se dañe la propiedad ajena.

Real o material

También puede configurarse, pues con una conducta se dispara el arma de fuego y con otra se profieren amenazas.

21.11 Participación

En el disparo de arma de fuego pueden existir los distintos grados de participación a los que se ha hecho referencia en los capítulos precedentes.

21.12 Perseguibilidad o procedencia

El delito de disparo de arma de fuego se persigue de oficio.

Conclusión

En nuestra opinión, no tenía razón de ser la existencia de esta imprecisa y confusa figura típica que, además de controvertida, resultaba peligrosa, debido a la multiplicidad de interpretaciones que a veces tenían muy endeble fundamento y sólo ocasionaban acumulación de sanciones y graves perjuicios al acusado.

Probablemente las legislaciones locales que aún contemplan este tipo penal en breve tiempo lo deroguen, en virtud de resultar innecesario.

Actividades

1. De la definición legal de algún código penal estatal, tome los elementos típicos del tipo del disparo de arma de fuego y explíquelos.
2. Idee un caso práctico en el cual se observe el derogado delito de disparo de arma de fuego respecto de un grupo de personas, de las cuales una resulte lesionada y otra no.
3. Indique si se puede dar el concurso de delitos, cuál o cuáles de ellos, o si sólo se castiga por alguno de los delitos surgidos.
4. Si una persona quiere disparar contra otra sin ánimo de matarla y se encasquilla el arma, ¿se configuraría la tentativa? Exponga sus argumentos personales con base en la doctrina y jurisprudencia.
5. Investigue en qué estados de la República está previsto el tipo penal que nos ocupa.

Autoevaluación

1. ¿En qué consistía la conducta típica en el delito de disparo de arma de fuego prevista en el código penal vigente hasta 1991?
2. ¿Cuándo se daba la atipicidad?
3. Señale si existían circunstancias modificadoras en el disparo de arma de fuego.
4. ¿Cómo era la culpabilidad en ese delito?
5. Si además del disparo surgía el delito de lesiones, ¿había acumulación o sólo se castigaba uno de los dos delitos?
6. De producirse el homicidio, además del disparo de arma de fuego, ¿cómo se sancionaba al activo?
7. Cite cinco códigos penales estatales que aún contemplen este delito.
8. En su opinión, ¿puede presentarse la legítima defensa en el disparo de arma de fuego?
9. ¿Puede darse el disparo de arma de fuego por error esencial de hecho invencible?

22 Ataque peligroso

Éste es el otro tipo penal de peligro efectivo contra la vida e integridad corporal que, junto con el disparo de arma de fuego, fue derogado el 30 de diciembre de 1991.

22.1 Noción legal

La noción legal de ataque peligroso estaba prevista en el art. 306, fracc. II, del CPF: "II. Al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia semejante pueda producir como resultado la muerte [...]."

Como se advierte del análisis de los elementos que constituían esta figura típica, era también un delito con características especiales y, como el disparo de arma de fuego, impreciso y controvertido, razones que provocaron finalmente su desaparición en el referido código.

Al igual que el del disparo de arma de fuego, este tipo penal continúa vigente en varios códigos penales estatales.

22.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Puede serlo cualquier persona física, pues la ley no señala calidades especiales para ello.
- Pasivo. También puede serlo cualquier persona física.

Objetos

- Material. Se identifica con el sujeto pasivo, o sea, la persona física atacada.
- Jurídico. El bien jurídicamente tutelado en este delito es la vida, la integridad corporal o física, o ambas, en cuanto se refiere al peligro en que se coloca al bien jurídico.

En lo que toca a los demás elementos y aspectos, esta figura es igual a la del disparo de arma de fuego, por lo que aquí sólo se destacan los rasgos distintivos.

De hecho, esta figura debía haber absorbido al delito de disparo de arma de fuego, ya que este último era una forma específica de ataque, por lo cual debió haber desaparecido.

22.3 Conducta, formas y medios de ejecución

En el ataque peligroso, la conducta de acometer consiste en atacar a alguien, o sea, agredir o lanzarse sobre alguien.

Dicho ataque debe ser lo suficientemente potencial para que revista la posibilidad de producir como resultado la muerte, exigencia del propio tipo penal.

La conducta de ataque, indica la ley, debe ser de tal forma que pueda producir la muerte en razón de:

- El medio empleado.
- El arma.
- La fuerza o destreza del agresor.
- Cualquier otra circunstancia semejante.

Las diversas posibilidades de ataque que casuísticamente enumeraba el precepto legal concluían con la forma genérica "cualquier otra circunstancia semejante", con lo cual quedaba abierto cualquier posible modo de agresión.

Cuando se mencionaba "el arma", como la ley no hacía distinción, se entendía que podía tratarse de un arma blanca o de fuego; por ello, anteriormente se dijo que debió haber desaparecido la fracc. I, la cual contemplaba el disparo de arma de fuego, para quedar en la forma genérica de la fracc. II del ataque peligroso.

La variedad de medios ejecutivos que podía utilizar el activo para atacar a una persona era tan amplia (y lo mismo ocurre en los códigos que contemplan este ilícito) que resultaría interminable mencionarlos. Abarcan desde armas (blancas y de fuego) hasta objetos no destinados para el ataque, como artículos de ornamentación (estatuas, tibores, lámparas, etc.); podía tratarse de un vehículo (automóvil, motocicleta, tractor, etc.), objetos deportivos (pesas, barras, arpones y cualesquier otros), animales y el propio cuerpo humano, que empleado adecuadamente y conforme a disciplinas como las artes marciales, resulta ser una auténtica arma letal, y en sí,

todo aquello que implique la factibilidad de causar algún daño que pueda traducirse, en un momento dado, en la muerte del pasivo.

22.4 Culpabilidad

Este delito sólo admite la forma dolosa o intencional.

22.5 Punibilidad

La punibilidad que correspondía a este ilícito era la misma que se señalaba para el delito de disparo de arma de fuego, esto es, de tres días a tres años en prisión.

No hay circunstancias atenuantes ni agravantes.

22.6 Consumación y tentativa

Consumación

Este delito se consuma en el instante de atacar al sujeto pasivo.

Tentativa

Dada su naturaleza, esta figura típica no admite el grado de tentativa.

22.7 Consideraciones finales

Se concluye con la afirmación de que esta conducta delictiva, al igual que la de disparo de arma de fuego, adolece de muchas fallas y puntos vulnerables. Su conformación es tan imprecisa que da origen a un sinnúmero de falsas interpretaciones, lo que trae como consecuencia, amén de su subjetividad, que en la práctica se produzcan sanciones inadecuadas e injustas, o bien, al contrario, que precisamente por ello se deje de castigar a quien en realidad lo merece.

Los argumentos manifestados en el caso del delito de disparo de arma de fuego son aplicables al de ataque peligroso, que comparte su extraña, compleja e imprecisa naturaleza autónoma, razones por las que dichas figuras típicas fueron derogadas en el entonces código penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal. Igual destino se prevé en las entidades federativas.

En España existe una figura delictiva semejante que se llama “conducción temeraria”, que aunque se refiere al hecho de conducir un vehículo en ciertas circunstancias que constituyen peligro para los demás, parte de la misma idea de realizar una actividad que resulta una amenaza para otros.

Actividades

1. Localice en los códigos estatales aquellos que aún contemplen este tipo penal.
2. Elabore un cuadro sinóptico en el que se observen los rasgos más importantes del derogado delito de ataque peligroso.
3. En caso de que una persona atacara a otra mediante un disparo de escopeta y hubiere resultado lesionada, cuando estaban vigentes los delitos de disparo de arma de fuego y el de ataque peligroso:
   a) ¿Qué delito se hubiera cometido?
   b) ¿Existiría concurso de delitos? En caso afirmativo, señale qué tipo de concurso.
   c) ¿Qué artículos habrían sido aplicables?
4. Compare dicho precepto con cuatro legislaciones locales que aún lo contemplen.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal del derogado delito de ataque peligroso.
2. ¿Quiénes podían ser los sujetos activo y pasivo en dicho delito?
3. Indique cuáles eran los objetos material y jurídico en el ataque peligroso.
4. Cuando la ley hablaba del resultado que podía producirse, ¿a cuál se refería?
5. En el ataque peligroso, ¿podía existir la tentativa?
6. ¿Cómo era la culpabilidad en tal delito?
7. Cite cuatro códigos penales estatales que aún contemplen el disparo de arma de fuego o el ataque peligroso.
8. ¿Puede presentarse la legítima defensa en el ataque peligroso?
9. ¿Puede darse el estado de necesidad en el ataque peligroso?
10. ¿Pueden coexistir el disparo de arma de fuego y el ataque peligroso?

23 Abandono de niños y enfermos

A continuación se estudiarán cuatro delitos que la legislación penal mexicana prevé dentro de un mismo tronco: el peligro presunto. Dichas figuras típicas tienen en común que en ninguna de ellas se produce daño o afectación material al bien jurídico tutelado, sino que solamente lo colocan en situación de peligro o riesgo; por tanto, resultan punibles, dada la importancia de proteger dichos bienes: la vida y la integridad física.

Por otra parte, el riesgo o peligro es menor que en los delitos de peligro efectivo (disparo de arma de fuego y ataque peligroso), ya derogados en los códigos penales federal y para el Distrito Federal; sin embargo, significan una afrenta para esos bienes jurídicos debido al riesgo en que se colocan, por lo que ocupan un lugar importante en la legislación penal. Cada uno de ellos es muy breve y en muchos aspectos resultan iguales. Estas figuras típicas no están previstas como tales en el CPDF ni en otros códigos penales estatales. Estos delitos de peligro, llamados también omisivos o de peligro, en el CPF son cuatro; en el CPDF, dos.

El nombre genérico de este grupo de delitos es *abandono de personas*.

23.1 Noción legal

La noción legal del abandono de niños y enfermos la contiene el art. 335 del CPF, que señala:

> Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

23.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Puede serlo únicamente la persona física que tenga la obligación de cuidar al pasivo.

  Sólo quien tiene dicha obligación podrá ser sujeto activo de este delito. La obligación puede tener su origen en la relación de parentesco que existe entre los sujetos, por ejemplo, que se trate de los padres o los abuelos respecto de sus hijos o nietos. También puede ocurrir que tal deber provenga de la previa celebración de un contrato que señale la obligación de cuidar al niño o al enfermo, como las enfermeras o cuidadores que se comprometen a atender o simplemente cuidar al paciente; tal contrato puede ser escrito o verbal.

  Respecto de los niños, existe esta relación contractual cuando en una institución, por la naturaleza de sus funciones, se establece el compromiso de cuidar a los pequeños, como sucede en las guarderías, estancias infantiles, jardines de niños, etc. También encuadran en esta hipótesis las personas a quienes se contrata para hacerse cargo de la custodia de los infantes en el propio domicilio de éstos.

- Pasivo. El CPF es muy claro cuando se refiere en este delito al sujeto pasivo, ya que establece que sólo podrá serlo un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o una persona enferma.

  - *Niño incapaz de cuidarse a sí mismo.* La ley menciona al niño, pero no señala edad límite. En este sentido, en el caso concreto se debe determinar si se trata de un niño capaz o incapaz de cuidarse a sí mismo, de lo cual dependerá que sea o no sujeto pasivo de este delito.

    Para muchos, se es niño hasta la edad de 14 años, pero éste es un dato muy relativo y variable, que depende de las características internas y externas de cada pequeño. También hay quienes, en una interpretación extensiva, afirman que por niño se entiende todo ser humano hasta antes de cumplir 18 años.

    Se sabe que hay niños menores de esa edad que son capaces de vivir y cuidarse a sí mismos e incluso cuidar a sus hermanos, pero en otros casos, algunos, aun cuando son mayores, no tienen esa capacidad. A veces, las condiciones ambientales son determinantes en ello. El juez deberá valorar todas esas circunstancias a fin de aplicar la disposición legal de manera congruente y justa.

  - *Persona enferma*. Tampoco en este caso la norma es precisa. Al referirse a persona enferma, se entiende que, al no hacer distingo, se refiere a cualquier enfermedad: crónica o temporal, grave o simple, mental o física, etc. Sin embargo, algunas enfermedades, por su naturaleza, no son peligrosas y hacen

que el sujeto pueda no correr riesgo alguno en su vida o integridad y que aun al ser abandonado se encuentre bien y sin peligro; esto deberá tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción (si fuese necesaria). El juez valorará el alcance del peligro; así, habrá casos en que ni siquiera surja el peligro y, si no existe, no habrá delito.

Por otra parte, nos unimos al sentir del maestro Jiménez Huerta,[1] quien manifiesta que la ley penal deja fuera de su tutela a personas cuya situación, a pesar de no ser enfermas, corre tanto o más riesgo, como es el caso de los ancianos.

Actualmente al anciano, aparte de los inconvenientes que tiene por su edad, se le considera víctima propicia de diversos delitos, como los patrimoniales y sexuales, debido a la facilidad que representa para el sujeto activo en razón de la nula o poca defensa que aquél puede oponer. Esto se acentúa si el anciano se encuentra en estado de abandono. Al respecto, se apunta lo siguiente: "Los casos más frecuentes que responden a modas criminales es la victimización de los ancianos por sus hijos."[2]

"Otro caso es el asalto sexual y patrimonial, que se realiza abusando de su limitada movilidad, deficiente habilidad física y a su soledad."[3]

Es deseable que, en breve, se incluya la tutela del anciano en dicha figura, por ser una realidad y necesidad sociales.

Objetos

- Material. En este caso también se trata del propio sujeto pasivo, que es la persona sobre quien recae el peligro derivado de la conducta típica; así, el objeto material en este delito es el niño incapaz de cuidarse a sí mismo y también la persona enferma.
- Jurídico. Está constituido por la vida y la integridad corporal, por cuanto hace al peligro en que se coloca a dichos bienes.

Opina Osorio y Nieto que el bien jurídico es "el derecho a ser asistido".[4]

23.3 Clasificación

Dicho delito se clasifica como sigue:

- Por la conducta: de omisión.
- Por el resultado: formal o de mera conducta.

[1] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, págs. 240 y 241.

[2] María de la Luz Lima Malvido, *Ensayos de derecho penal y criminología. Senilidad y criminología*, Porrúa, México, 1985, pág. 289.

[3] P. H. Harn, citado por Lima Malvido, *loc. cit.*

[4] César Augusto Osorio y Nieto, *La averiguación previa*, 9ª ed., Porrúa, México, 1998, pág. 281.

- Por su duración: instantáneo.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: amplio.
- Por su composición: normal.
- Por su estructura: simple.
- Por el daño: de peligro.

23.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Consiste en abandonar al pasivo. Dicho abandono se puede presentar antes de una acción o por medio de una conducta omisiva; se trata de la primera cuando el activo traslada al niño o enfermo a un lugar distinto de aquel en el que se encontraba para dejarlo solo, sin posibilidad de ayuda; y se trata de omisión cuando, sin movimiento corporal alguno, simplemente se abstiene de proporcionar los alimentos, abrigo, medicamentos o la vigilancia constante, etc., que le son indispensables al sujeto pasivo. Ambos procedimientos ejecutivos deben implicar el peligro para la vida o integridad corporal de la víctima.

Presupuesto básico

Este ilícito exige un presupuesto básico que resulta necesario, pues de otra suerte no se configuraría dicho delito. Consiste en que el sujeto activo tenga la obligación de cuidar al niño o al enfermo.

Formas y medios de ejecución

Éstas pueden ser cualesquiera que resulten idóneas para colocar en peligro al sujeto pasivo. Como se mencionó en el apartado anterior, puede darse mediante una acción previa (actuar positivo) o una omisión (actuar negativo).

Debe quedar claro que si el cónyuge, por ejemplo, se va del domicilio conyugal, pero continúa suministrando las cantidades correspondientes para la subsistencia de la esposa y los hijos, no habrá delito de abandono de personas, aunque exista la vía civil.

Criterio jurisprudencial

> ABANDONO DE PERSONAS. Aunque el acusado confiese haberse separado de su hogar, si durante su ausencia suministró mercancías y víveres para la manutención de su esposa e hijos, no está configurado el delito de abandono de personas por no llenarse el requisito, *sine qua non*, de que se efectúe el abandono dejándolos desamparados, es decir, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. LXXIX, p. 4452. Amparo penal directo 671/43, Garrido Garrido, Rosendo, 29 de febrero de 1944, unanimidad de cuatro votos.

Resultado típico

Este delito, por ser formal o de mera conducta, no requiere un resultado material. Para que el delito se integre, basta la puesta en peligro del bien tutelado.

Nexo de causalidad

En caso de producirse algún resultado, como lesiones u homicidio, éstos deben ser la consecuencia material de la conducta típica del abandono; pero entonces ya no se estará en presencia del delito de peligro, sino de uno de daño, cuyo medio de ejecución fue precisamente el abandono.

Ausencia de conducta

Pueden presentarse algunas de ellas, por ejemplo, estado de sonambulismo, en el cual se abandona al niño o enfermo sin la voluntad consciente de la actuación; o puede configurarse la *vis absoluta*. Según López Betancourt, no es posible la configuración de la ausencia de conducta.[5]

En opinión de Porte Petit, sí puede configurarse, refiriéndose concretamente a la *vis absoluta*.[6]

En lo personal, considero que sí pueden presentarse algunas de las hipótesis de ausencia de conducta.

23.5 Tipicidad en el delito de abandono de niños y enfermos

Tipicidad

La conducta debe encuadrar en el tipo legal con la configuración de todos los elementos del tipo.

Atipicidad

Puede ocurrir que la conducta no se adecue al tipo, a causa de no satisfacerse los requerimientos legales determinados en la norma respecto de los sujetos, conducta, etc.; por ejemplo, si el sujeto activo no tiene la obligación de cuidar al sujeto pasivo, el delito no se integrará. Si el resultado es que la persona abandonada muera, la conducta será atípica respecto del delito de abandono de personas, pero típica de homicidio. También será atípica la conducta si el abandono lo realiza el activo respecto de una persona que ya no es niño o que no está enferma.

[5] Eduardo López Betancourt, *Delitos en particular*, t. I, Porrúa, México, 1994, pág. 225.

[6] Celestino Porte Petit Candaudap, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal,* 11ª ed., Porrúa, México, 1998, pág. 521.

23.6 Antijuridicidad

Esta figura típica contraría el derecho, toda vez que mediante su inclusión en la ley se tutelan bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, por cuanto hace al peligro, lo que la convierte en una conducta antijurídica.

Causas de justificación

Se puede presentar, como causa de justificación, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber.

Circunstancias modificadoras

En este delito no existen circunstancias atenuantes, pero sí agravantes. Por disposición expresa de la ley existe la consecuencia siguiente: el art. 335 del CPF prevé que si el activo es ascendiente o tutor, se le privará del ejercicio de la patria potestad o de la tutela.

Asimismo, en caso de resultar lesión o muerte a causa del abandono, éstas se considerarán premeditadas, como se verá más adelante.

23.7 Culpabilidad

El delito de abandono de niños y enfermos sólo puede cometerse en forma dolosa, siendo inconfigurable el grado culposo.

Inculpabilidad

Puede existir el error esencial de hecho invencible, así como la no exigibilidad de otra conducta.

23.8 Punibilidad

Es punible dicha figura, a pesar de no producirse daño alguno. Siempre debe tenerse presente que, en estos delitos de peligro, la ley protege el riesgo para la vida y la integridad.

La sanción es de un mes a cuatro años de prisión. Si es ascendiente o tutor el activo, también se le privará de la patria potestad o de la tutela.

En este delito no se presentan excusas absolutorias.

23.9 Consumación y tentativa

Consumación

Este delito se consuma en el momento de abandonar al sujeto pasivo, pues no se requiere la producción de un daño.

Tentativa

Por tratarse de un delito formal o de mera conducta, no es admisible la tentativa. De hecho, este delito es, en sí, una tentativa de lesiones u homicidio, de manera que no puede haber tentativa de tentativa.

23.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Sí puede presentarse.

Real o material

También es factible su configuración.

23.11 Resultado derivado del abandono

Para la integración del delito en estudio no debe haber resultado; sin embargo, puede ocurrir que del abandono del niño incapaz de cuidarse a sí mismo o de la persona enferma surja uno, como la muerte o una lesión. De suceder esto, el art. 339 del CPF considera premeditado este delito.

El problema es que el abandono puede ser el medio empleado para producir el resultado, sin que necesariamente se haya premeditado. En opinión de Jiménez Huerta, ésta es una interpretación inadecuada, por "suponer premeditado un homicidio preterintencional".[7]

Recuérdese que aunque ya no existe la preterintencionalidad en el CPF, el razonamiento de Jiménez Huerta sigue vigente y es lógicamente válido.

23.12 Participación

Los distintos grados de la participación pueden configurarse en dicho delito. Pero habrá que tomar en cuenta quién es el sujeto activo y el grado de participación de los demás, considerando lo previsto en el art. 54 del CPF.

23.13 Perseguibilidad o procedencia

Este delito es perseguible de oficio.

Crítica

Consideramos que difícilmente se presentará este delito en el fuero federal, ya que para ello la persona que lo cometiera tendría que actuar en funciones de servidor público del fuero federal, además de que dicha conducta típica debería afectar a la federación, lo cual resulta muy difícil, pues se trata de delitos que competen al orden familiar.

[7] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 243.

Actividades

1. Elabore un cuadro sinóptico que contenga los elementos del delito de abandono de niños y enfermos.
2. Diseñe un ejemplo en el que se vea la ausencia de conducta en el delito de abandono de enfermo.
3. Plantee las razones por las que, en caso de configurarse el delito de lesiones, la aplicación de la pena debe ser la correspondiente a este último delito y no al de abandono.
4. Elabore un resumen sobre los sujetos de este delito y proponga ejemplos concretos respecto de los posibles sujetos activo y pasivo.
5. Recorte una nota periodística en la cual pueda observarse un caso de abandono de personas.

Autoevaluación

1. Indique quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en este delito.
2. ¿Cuál es el objeto jurídico en el abandono de niños y enfermos?
3. ¿Cómo se clasifica este delito?
4. ¿En qué consiste la conducta típica?
5. ¿Cuál es el presupuesto básico que exige este ilícito?
6. ¿Se requiere un resultado típico en el delito de abandono de niños y enfermos?
7. Señale si se pueden presentar los aspectos negativos de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.
8. ¿Puede cometerse de manera culposa este delito?
9. ¿Se puede configurar el grado de tentativa en este ilícito?
10. Indique si se puede presentar el concurso de delitos.
11. ¿Cuáles son las reglas para la aplicación de la pena en el caso de que surjan lesiones debido al abandono?
12. ¿Pueden coexistir los delitos de abandono y homicidio en el concurso ideal o en el formal?

24 Abandono de atropellados

24.1 Noción legal

La noción legal se encuentra en el art. 341 del CPF, que prevé:

> Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa.

24.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Sólo podrá ser sujeto activo la persona física que, al haber atropellado a alguien, lo deje abandonado.
- Pasivo. Es la persona atropellada.

Objetos

- Material. Es el sujeto pasivo, o sea, la persona atropellada.
- Jurídico. Es la vida o la integridad física en peligro.

24.3 Clasificación

El delito de abandono de atropellados se clasifica como sigue:

- Por la conducta: de omisión.

- Por su duración: instantáneo.
- Por su resultado: formal.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: normal.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por su estructura: simple.
- Por su formulación: amplio.
- Por el daño: de peligro.

24.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Consiste en dejar en estado de abandono al sujeto pasivo sin prestarle o facilitarle auxilio después de atropellarlo, o no solicitar asistencia para auxiliarlo. Es común el error de creer que la conducta típica es atropellar, pero no es así.

Formas y medios de ejecución

Se fundan en la expresión *sin prestarle auxilio o solicitar asistencia*. Las formas de realizar la conducta omisiva son no brindar la ayuda que en esos casos requiere un atropellado.

Resultado típico

No se exige que haya un resultado, pues se trata de un delito formal.

Presupuesto básico

En este delito es necesaria la existencia de un presupuesto básico que resulta indispensable para la realización de aquél. Se trata del atropellamiento, pues sólo se presentará este delito cuando el sujeto activo abandone a la persona a quien previamente atropelló.

El atropellamiento puede realizarse con un vehículo de motor, mecánico, instrumento manual, etcétera.

Ausencia de conducta

Se puede presentar la ausencia de conducta por *vis maior* y *vis absoluta*.

24.5 Tipicidad en el delito de abandono de atropellados

Tipicidad

Habrá tipicidad cuando la conducta concuerde con todos los elementos del tipo legal. En el presente caso, deben existir los elementos siguientes:

- Atropellar (culposa o fortuitamente).
- No prestar auxilio a la víctima.
- No solicitar la asistencia que requiera (el atropellado).
- Siempre que el agente pueda hacerlo.

Atipicidad

Se configurará cuando falte alguno de los elementos, por ejemplo, abandonar a alguno que no sea el atropellado: que quien abandone no haya sido quien atropelló; cuando se atropella pero sí se auxilia al atropellado.

24.6 Antijuridicidad en el delito de abandono de atropellados

Con tal conducta típica se contraviene la ley, al poner en peligro el bien jurídico tutelado por ella.

Causas de justificación

Es posible que exista el estado de necesidad cuando el activo se vea precisado a no prestar ayuda a quien atropelló recientemente, para salvaguardar un bien jurídico de mayor valía.

Circunstancias modificadoras

En este delito no existen atenuantes ni agravantes.

24.7 Culpabilidad

Abandono doloso de atropellados

Sólo puede cometerse en forma intencional o dolosa, de modo que no es admisible la culpa. No debe confundirse con el atropellamiento, el cual sí puede ser culposo o fortuito, pero la omisión de auxiliar es sólo dolosa.

Inculpabilidad

Puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta. Ejemplo: una persona lleva en su automóvil a su esposa gravemente herida y en el camino atropella a alguien, pero no se detiene a auxiliarlo, por llegar pronto al hospital para que su esposa sea atendida.

24.8 Punibilidad

Tal delito, al ser sólo de peligro, tiene sanción en cuanto se considera antijurídico el comportamiento de dejar en estado de abandono a quien se acaba de atropellar.

La sanción que la ley impone en este delito es de 15 a 60 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Excusas absolutorias

No existen en este delito.

24.9 Consumación y tentativa

Consumación

El delito de abandono de atropellados se consuma en el momento de dejar en estado de abandono al sujeto pasivo, es decir, sin auxiliarlo o no solicitar ayuda. Es un error frecuentemente observado el que este delito se consuma en el momento exacto de ocurrir el atropellamiento (recuérdese que éste es sólo el presupuesto básico en el delito).

Tentativa

No es configurable en este delito, por la misma razón que en el caso anterior: se trata de un delito formal o de mera conducta.

24.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Quienes interpretan que la lesión u homicidio es consecuencia del abandono, consideran que se configura el concurso, pero los delitos surgidos serán resultado del atropellamiento, y el abandono es otra conducta distinta e independiente.

Real o material

Es posible que se produzca cuando, al abandonar al atropellado (huir en el propio vehículo), se lesione o mate a un tercero; cuando, a causa del atropellamiento, resulte lesionado o muerto el sujeto pasivo, o cuando al huir se ocasionen daños en propiedad ajena.

24.11 Participación

Pueden presentarse los distintos grados de participación.

Si el automovilista va acompañado por otras personas, éstas pueden incurrir en omisión de socorro, porque para ser activo de este delito se requiere que se trate de la persona que atropelló.

También se puede configurar el encubrimiento, por ejemplo, en el caso siguiente: un vehículo autoescuela, en el que van dos personas al volante; podrá ser el caso de coautoría si uno de ellos atropella y el otro permite que deje de auxiliar a la víctima, y ambos, al huir, abandonan a ésta.

24.12 Perseguibilidad o procedencia

Este delito es perseguible de oficio.

Consideración final

Debe insistirse en que este delito, al estar contemplado en el CPF, para su integración, debe realizarlo un servidor público en funciones y que afecte a la federación.

Actividades

1. Elabore un resumen acerca de este delito y concluya con comentarios propios, referentes a la realidad que impera en este tipo de conductas. Señale si es común la comisión de este ilícito y si se denuncia ante las autoridades.
2. Idee un ejemplo en el que se configure un delito de abandono de atropellados y se presente la participación de sujetos, y explique el grado en que participó cada uno de ellos.
3. Proponga un caso en el cual se presente el abandono de atropellados y explique qué papel desempeñan las personas que, sin haber atropellado a la víctima, tampoco la auxilian y ésta muere a consecuencia de la falta de atención oportuna por parte de quien la atropelló y de las personas que presenciaron el hecho.
4. Elabore un cuadro comparativo entre el abandono de personas y el abandono de atropellados.

Autoevaluación

1. Proporcione la definición legal del delito de abandono de atropellados.
2. Indique quiénes pueden ser los sujetos (activos o pasivos) en este delito.
3. ¿Cómo se clasifica el delito de abandono de atropellados?
4. Señale si puede configurarse la ausencia de conducta en este delito.
5. ¿En qué casos se presentará la atipicidad en esta figura típica?
6. ¿Existen circunstancias modificadoras en este ilícito?
7. En cuanto a la culpabilidad, ¿cómo puede ser el abandono de atropellados?
8. ¿Cuándo se consuma este delito?
9. ¿Se presentan excusas absolutorias en esta figura?
10. ¿Cómo se persigue este delito?
11. Indique si en este delito el atropellamiento puede ser culposo.
12. Señale si el abandono puede ser culposo.
13. ¿Se puede presentar el concurso ideal?
14. ¿Qué aspectos negativos se pueden presentar en este delito?

25 Abandono de cónyuge, hijos, o ambos

25.1 Noción legal

La noción legal está contenida en el art. 336 del CPF, que establece:

> Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, o de 180 a 360 días multa; privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Dicho delito también recibe el nombre de *abandono de hogar* o *incumplimiento de la obligación de proveer los recursos para la subsistencia familiar*. No debe confundirse con el abandono en materia civil.

En materia penal debe existir, derivado del abandono, un peligro real para los bienes jurídicos, en este caso, la vida y la integridad corporal.

25.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Sólo pueden serlo el padre, la madre o el cónyuge que abandona al sujeto pasivo, o también los padres adoptivos, pues la descripción legal no precisa que deba tratarse de padres consanguíneos. En todo caso, unos y otros tienen la misma obligación de satisfacer las necesidades de los hijos, sean descendientes consanguíneos o adoptivos.

Por cuanto hace al cónyuge, se debe tratar únicamente de la relación surgida en virtud de matrimonio civil, pues, como en otros delitos, el matrimonio religioso no da origen a la relación que tutelan las leyes.

También quedan excluidos de dicha disposición penal la concubina y el concubinario, y personas unidas bajo cualquier otro tipo de relación, quienes, aunque incurran en el abandono, no cometerán el delito que corresponde a tal figura típica; sin embargo, si además de abandonar a la concubina, se abandona a los hijos, respecto de éstos sí se configura el delito.

- Pasivo. Pueden serlo los hijos (incluidos los adoptivos) y el cónyuge abandonado, sea el hombre o la mujer.

Objetos

- Material. Es el sujeto pasivo del delito, o sea, los hijos, el cónyuge, o ambos.
- Jurídico. Está constituido por la vida y la integridad corporal colocadas en riesgo o peligro.

25.3 Clasificación

Dicho delito se clasifica como sigue:

- Por la conducta: de omisión.
- Por su duración: permanente.
- Por el resultado: formal o de mera conducta.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: formado alternativamente (sujetos).
- Por su composición: normal.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el daño: de peligro.

25.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Consiste en el abandono en que el sujeto activo deja a sus hijos o a su cónyuge, lo cual implica, conforme a la ley, dejarlos "sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia [...]".

Formas y medios de ejecución

La conducta del sujeto activo puede desplegarse con cualquier medio que implique abandono, como alejarse físicamente y desplazarse a lugares diversos de donde se encuentra el sujeto pasivo, dejándolo así en estado de abandono. La conducta también puede ser sólo omisiva cuando el sujeto activo, aun permaneciendo en el mismo lugar, sin alejarse físicamente, deje en estado de abandono al pasivo sin suministrarle las cantidades necesarias para la subsistencia del pasivo, o sea, incumplir con dicha obligación.

También puede suceder que ya en ausencia del cónyuge o de alguno de los padres, por ejemplo, cuando existe una sentencia de divorcio, deje de suministrar las pensiones alimentarias a que está obligado en virtud de la misma sentencia y, con tal conducta omisiva, deje en estado de abandono al pasivo o pasivos del delito.

La conducta debe implicar que el abandono represente un verdadero peligro para la vida o la integridad corporal del pasivo, pues de no surgir dicho peligro o amenaza, no habrá tal delito.

Jiménez Huerta[1] asegura que las necesidades de subsistencia a que se refiere esta figura típica tienen un sentido más estricto que en materia civil; no se debe perder de vista el bien jurídico tutelado, constituido por la vida y la integridad corporal. De este modo, tal precepto, al referirse a *necesidades de subsistencia*, se refiere limitativamente a aquellos satisfactores que, de no existir, arriesgan o exponen la vida o la integridad de la persona, como los alimentos (comida), el vestido y la atención médica, principalmente.

Resultado típico

No es necesario que ocurra un resultado, ya que se trata de un delito de peligro; no obstante, de surgir un resultado (lesiones o la propia muerte), la ley lo presume premeditado, conforme lo establece el art. 339 del CPF.

Nexo de causalidad

De producirse un daño, deberá existir un nexo que una la conducta de abandono con el resultado típico generado, pues puede haber lesiones, pero no ser la consecuencia del abandono, y ocurrir lo mismo en caso de que resulte la muerte; pero desde luego, el delito de daño absorberá al de peligro. No pueden coexistir ambos. En caso de no producirse resultado alguno por tratarse de un delito de peligro, éste se integrará por el simple hecho del abandono.

Ausencia de conducta

Sí puede presentarse; por ejemplo, *vis maior* y *vis absoluta*.

[1] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 252.

25.5 Tipicidad en el delito de abandono de cónyuge, hijos, o ambos

Tipicidad

La conducta del sujeto activo debe ajustarse al tipo legal, de modo que se satisfagan todos los elementos típicos que exige la norma; tales como los sujetos con las calidades específicas que establece la ley, la conducta omisiva y el surgimiento de un peligro real para el bien jurídico tutelado, y, por supuesto, la existencia del elemento típico normativo.

Atipicidad

Se presentará cuando la conducta no concuerde con el tipo, por no ser el sujeto activo o pasivo el que intervenga en la conducta, o porque ésta no sea la descrita en el tipo, o por no producirse el elemento típico normativo; por ejemplo, la conducta consistente en que el hombre abandone a su concubina será atípica, pues aunque haya un abandono no se encuentran casados civilmente y, conforme a la ley, no son cónyuges.

25.6 Antijuridicidad en el delito de abandono de cónyuge, hijos, o ambos

Antijuridicidad

Esta figura es antijurídica en tanto contradice el derecho, el cual tutela los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, por el peligro en que los coloca.

Elemento normativo

Este delito contiene un elemento típico normativo en la expresión *sin motivo justificado*. De haber un motivo que justifique el abandono en que el sujeto activo coloca al pasivo, aquél actuará sin contrariar el derecho; por tanto, su comportamiento no será antijurídico, sino lícito.

Causas de justificación

Se pueden presentar algunas de las causas justificativas, como el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber.

Circunstancias modificadoras

En esta figura no se presentan circunstancias atenuantes ni agravantes. Sólo en caso de que surja algún daño (lesiones u homicidio) se sancionará por el delito de daño, pero además se considerará premeditado, conforme lo dispone el art. 339 del CPF.

25.7 Culpabilidad

El abandono del cónyuge, de los hijos, o ambos, sólo admite la forma dolosa o intencional, de modo que no es posible, aunque algunos autores la admiten, su configuración culposa.

Al respecto, afirma Porte Petit: "Este delito es doloso, puesto que el sujeto quiere el no hacer, quiere la inactividad: no suministrar los recursos para atender las necesidades de subsistencia."[2]

Por cuanto hace a la inculpabilidad, puede presentarse el error esencial de hecho invencible y el estado de necesidad putativo.

25.8 Punibilidad

Este delito se castiga con una pena que va de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días de multa; además, se priva al activo de ejercer los derechos familiares. La ley también exige el pago de las cantidades no suministradas como reparación del daño.

Excusas absolutorias

No se presentan en este delito.

25.9 Consumación y tentativa

Consumación

Este delito se consuma en el momento de abandonar al sujeto pasivo. El abandono ocurre cuando el sujeto activo deja sin recursos al pasivo para atender sus necesidades de subsistencia.

Tentativa

No es dable la configuración del grado de tentativa en este delito, por ser un ilícito formal o de simple conducta, que sólo pone en peligro el bien jurídico tutelado.

25.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

En opinión de diversos penalistas, puede presentarse; sin embargo, en mi opinión, en caso de surgir el delito de lesiones o el de homicidio como consecuencia del abandono, no se configurará el delito de abandono del cónyuge, hijos, o ambos, pero sí el daño consistente en las lesiones o el homicidio.

Real o material

Según algunos tratadistas, no se puede presentar este tipo de concurso;[3] no obstante, estimamos que sí puede configurarse, siempre que con algunas conductas diferentes se ocasionen diversos resultados típicos.

[2] Celestino Porte Petit Candaudap, *op. cit.*, pág. 542.

[3] *Ibidem*, pág. 498.

25.11 Participación

Pueden presentarse los distintos grados de participación, tomando siempre en consideración las reglas sobre el grado de participación y las calidades de cada una de las personas, de conformidad con el contenido del art. 54 del CPF.

25.12 Perseguibilidad o procedencia

De acuerdo con el art. 337 del CPF, existen dos supuestos:

- El abandono del cónyuge se persigue por querella, de modo que sólo el cónyuge abandonado puede solicitar la persecución de este delito, y
- El abandono de los hijos siempre se perseguirá de oficio.

Finalmente, debemos recordar que el CPDF no contempla esta figura como tal; sin embargo, este comportamiento queda implícito en el art. 156 de dicho código.

Actividades

1. Imagine un caso práctico en el cual exista una situación de abandono de cónyuge mediante una acción por omisión, y señale cuál es el requisito de procedibilidad.
2. Proponga tres casos a manera de ejemplo en los que se observe la atipicidad en dicho delito.
3. En un caso cualquiera de abandono de hijos del que resulte una afectación física para éstos, ¿surgirá el curso ideal de delito?, ¿qué figura surge y cómo actúa el derecho penal?
4. Explique el porqué de la perseguibilidad en este delito y señale cómo ocurre respecto del cónyuge o de los hijos como pasivos.
5. Elabore un cuadro comparativo entre los delitos de abandono de personas y abandono de cónyuge e hijos.

Autoevaluación

1. Conforme a la ley, ¿quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo de este delito?
2. ¿En qué consiste la conducta típica en el abandono de cónyuge, hijos, o ambos?

3. ¿Cuáles son los medios de ejecución de este delito?
4. ¿Cuándo se consuma esta figura típica?
5. ¿En qué casos habrá atipicidad en dicho ilícito?
6. ¿En qué consiste el elemento normativo de tal abandono?
7. ¿Cómo es la culpabilidad en el abandono de cónyuge?
8. ¿Es configurable la tentativa?
9. ¿Puede presentarse la participación?
10. ¿Los concubinos pueden ser sujetos activo y pasivo?
11. ¿Los hijos adoptivos son sujeto pasivo de este delito?
12. ¿Se requiere un resultado material en este ilícito?
13. Enuncie cada uno de los diversos aspectos negativos que pueden presentarse en este delito.

26 Omisión de socorro

26.1 Noción legal

El art. 340 del CPF establece:

> Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal.

26.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Cualquier persona física que encuentre abandonado al pasivo.
- Pasivo. Conforme a la descripción legal, pueden serlo únicamente:
  - Un menor incapaz de cuidarse a sí mismo.
  - Una persona herida.
  - Una persona inválida.
  - Una persona amenazada de un peligro cualquiera.

Recuérdese que por encontrarse este tipo penal en el CPF su ámbito de competencia es federal y, por tanto, sólo se presentará este delito cuando lo cometa un servidor público federal en funciones o se presente una afectación para la federación.

Por cuanto hace a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, nos remitimos a lo manifestado en el delito de abandono de niños enfermos.

En lo referente a las tres últimas hipótesis, sólo debe tratarse de personas heridas por cualquier causa, o de una persona inválida, esto es, impedida para realizar movimientos, o que, dadas las circunstancias en las cuales la encuentre el activo, exista algún peligro para el pasivo.

Como el precepto recogido por esta figura típica se encuentra en el Título Decimonoveno del CPF, el cual incluye los delitos contra la vida y la integridad corporal, se entiende que el peligro cualquiera citado en la cuarta hipótesis debe ser tal que amenace la vida o la integridad del sujeto pasivo.

Objetos

- Material. Coincide con el sujeto pasivo, el cual se ha analizado en el apartado anterior.
- Jurídico. Está constituido por la vida y la integridad corporal, por cuanto hace al peligro en que se coloca a dichos bienes.

26.3 Clasificación

La omisión de socorro es un delito:

- Por la conducta: de omisión simple.
- Por el resultado: formal o de mera conducta.
- Por su duración: instantáneo.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: independiente o autónomo.
- Por su formulación: formado alternativamente.
- Por su composición: normal.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su estructura: simple.
- Por el daño: de peligro.

26.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Se traduce en dos formas alternativas de conducta omisiva:

- No dar aviso inmediato a la autoridad de haber encontrado a una persona en peligro (cualquiera de las cuatro hipótesis).
- Omitir prestarle el auxilio necesario al sujeto pasivo, si lo puede hacer sin riesgo personal.

Se entiende que, de ser posible, es preferible auxiliar al pasivo que se encuentra en peligro y, como segunda opción, al no poder hacerlo, se procederá a la primera situación que prevé la norma, consistente en dar aviso inmediato a la autoridad.

El aviso ha de ser inmediato, es decir, cercano, próximo a la situación de peligro en que se halla la persona, pues de otra manera no resultaría eficaz.

La limitación que resultaría de auxiliar materialmente a la víctima se produce en virtud de que el sujeto corra un riesgo personal al ayudarla; por ejemplo, una persona al caminar por una calle, de pronto se da cuenta de que alguien es amedrentado con un arma de fuego; a pesar de la obligación que la ley le impone de auxiliarla, podrá incumplir con dicha obligación en virtud de que, si ayudara al sujeto pasivo, su propia vida o integridad corporal correrían un riesgo evidente.

Presupuesto básico

Esta conducta típica requiere una situación previa y necesaria para que surja: que el sujeto activo encuentre al pasivo en una situación de peligro. La conducta se integrará sólo si el activo se halla ante esta situación; el CPF aclara que ello puede ocurrir en cualquier sitio, lo que resulta innecesario, pues aunque la descripción legal no estableciera esta fórmula, se sobreentiende que tal condición puede darse en cualquier sitio, atento al principio general del derecho que establece que donde la ley no distingue, no se debe distinguir.

Resultado típico

No hay resultado en esta figura, por tratarse de un delito de peligro.

Ausencia de conducta

Es posible que se presenten causas de ausencia de conducta, como la *vis maior* y la *vis absoluta*; para quienes aceptan la hipnosis, también es factible.

26.5 Tipicidad en el delito de omisión de socorro

Tipicidad

La conducta deberá adecuarse al tipo que describe la norma, de modo que se reúnan todos los elementos del tipo. En este tipo penal, los elementos constitutivos son:

- Encontrar abandonado en cualquier sitio al pasivo.
- Que el sujeto encontrado sea un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera.
- No dar aviso inmediato a la autoridad.
- Omitir prestarle auxilio al pasivo.
- Siempre que pueda hacerse sin riesgo personal.

Atipicidad

La conducta del sujeto activo puede no encuadrar por razones diversas; por ejemplo, que el sujeto activo no sea quien encontró abandonado al pasivo, sino que fue avisado por quien realmente lo halló (en este caso no se produce el presupuesto básico), o porque el pasivo se encuentre en otra hipótesis que no sea ninguna de las señaladas por la ley.

26.6 Antijuridicidad en el delito de omisión de socorro

Antijuridicidad

La conducta prevista en el art. 340 del CPF atenta contra un bien jurídico tutelado por la ley, contraría el derecho y, por tanto, es antijurídica.

Causas de justificación

Pueden presentarse algunas de las causas justificativas; por ejemplo, configurarse el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber.

Circunstancias modificadoras

No se presentan circunstancias que atenúen o agraven la pena.

26.7 Culpabilidad

Omisión dolosa de socorro

Sólo puede presentarse la forma dolosa o intencional.

Inculpabilidad

Puede presentarse el error esencial de hecho invencible, el caso fortuito y la no exigibilidad de otra conducta.

26.8 Punibilidad

La pena con la cual se amenaza a quien incurra en este delito es de 10 a 60 jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Excusas absolutorias

No se configura ninguna.

26.9 Consumación y tentativa

Consumación

Este delito se consuma cuando, al encontrarse en situación de peligro al sujeto pasivo, el activo no avisa a la autoridad o no auxilia a aquél.

Tentativa

No puede existir en este delito.

26.10 Concurso de delitos

En la omisión de socorro se pueden presentar tanto el concurso ideal o formal como el material o real.

26.11 Participación

En dicho delito se pueden presentar los distintos grados de la participación, pero habrá que tener presente el grado exacto de ésta, atendiendo a la conducta típica.

26.12 Perseguibilidad o procedencia

Tal delito se persigue de oficio.

En éste, como en los anteriores delitos de peligro analizados, se aplica la crítica correspondiente, por cuanto hace a su naturaleza de delitos del fuero federal.

Actividades

1. Escriba un resumen acerca del delito de omisión de socorro, en el cual se destaquen los elementos que integran dicha figura típica a partir de la noción legal establecida en el art. 340 del CPF y del contenido de este capítulo.
2. Elabore un cuadro comparativo que contenga lo siguiente:
   - El delito de abandono de niños y enfermos, abandono de atropellados, abandono del cónyuge e hijos y omisión de socorro.
   - La noción legal de cada uno.
   - Los objetos material y jurídico en cada delito.
   - Los sujetos activo y pasivo en cada delito.
   - La perseguibilidad en cada caso.
3. Proponga un ejemplo en el que no se configure el presupuesto básico exigido por la ley en cada uno de los delitos de peligro u omisión.
4. Localice una nota periodística donde se observe este delito y destaque cada uno de sus elementos típicos.

Autoevaluación

1. ¿Quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en el delito de omisión de socorro?
2. ¿Cómo se clasifica este delito?
3. ¿Cómo puede manifestarse la conducta típica en esta figura típica?
4. ¿Cuál es el presupuesto básico en este ilícito?
5. En cuanto a la culpabilidad, ¿qué grados pueden existir en tal delito?
6. ¿Cuál es la razón que la propia norma concede al sujeto activo para no socorrer al pasivo?
7. ¿Se puede configurar el concurso de delitos?
8. Señale si es posible producir el aspecto negativo de la antijuridicidad.
9. ¿Puede configurarse la participación en la omisión de socorro?
10. Indique si es posible presentar la tentativa en este delito.
11. Explique este tipo penal comparándolo con el abandono de personas.
12. Explique la noción amenazada de un peligro cualquiera.
13. Diga qué se requiere para que este delito sea de competencia federal.

27 Omisión de cuidado

En el *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF), los delitos de peligro presunto contemplados son los previstos en los arts. 156 y 157, ubicados bajo el rubro "Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas". Estos tipos penales se encuentran en el Título Tercero y el código se refiere a ellos como delitos de omisión de auxilio o de cuidado (por el orden en que se localizan, debieran denominarse al revés: de cuidado o auxilio).

27.1 Noción legal

El art. 156 del CPDF establece:

> A quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela (*sic*).

27.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Es la persona física que tiene una obligación de cuidado respecto del sujeto pasivo de este delito.
- Pasivo. Es la persona física sobre quien recae la acción de la conducta de puesta en riesgo o de peligro causada por el sujeto activo.

Objetos

- Material. Es la persona sobre la que recae directamente el riesgo o peligro de daño o lesión de la conducta comisiva del delito.

- Jurídico. Es el interés o bien jurídico tutelado por la ley; en este caso es la puesta en peligro de la vida o salud.

27.3 Clasificación

Por la conducta. Puede ser de acción (un hacer) o de omisión (no hacer), que a su vez pueden ser de omisión simple (sin resultado material) y de comisión por omisión (con resultado material).

Por omisión

- Por el daño: es de peligro presunto.
- Por el resultado: es formal porque basta la omisión de la norma para que se consume el delito.
- Por la reprochabilidad o intencionalidad: este tipo de delito es doloso.
- Por su duración: es instantáneo, se consuma en el momento en que se coloca la vida o la integridad corporal en riesgo o peligro.
- Por la materia: es del fuero común (aunque, como se vio anteriormente, está contemplado en el CPF).
- Por el número de sujetos: es unisubjetivo o plurisubjetivo.
- Por el número de actos: puede ser unisubsistente o plurisubsistente.
- Por su estructura: es simple.
- Por su procedibilidad o perseguibilidad: es de querella.
- Por el bien jurídico tutelado: este tipo de delito es de peligro contra la vida e integridad corporal.
- Por su ordenación metódica: es básico o fundamental.
- Por su autonomía: es autónomo, porque tiene existencia por sí mismo.
- Por su composición: en este delito es anormal.
- Por su formulación: es amplio.
- Por la descripción de sus elementos: es descriptivo.
- Presupuesto básico: la vigencia de una obligación del agente, sujeto activo respecto del sujeto pasivo, consistente en cuidarlo.
- Medios de ejecución: dejar de hacer o incumplir una obligación de cuidado respecto de una persona.
- Elementos normativos, subjetivos o ambos: no hay.
- Resultado: es formal o de mera conducta; no se presenta ningún resultado material.

27.4 Conducta, formas y medios de ejecución

- Conducta típica. Es el comportamiento humano voluntario; puede ser activo, de hacer o de acción, y negativo, dejar de hacer, o sea, de omisión. En el delito de este capítulo es de omisión.
- Presupuesto básico. En este tipo penal se requiere que exista la obligación, por parte del agente, de cuidar al pasivo.
- Resultado típico. Por tratarse de un delito formal, no se requiere un resultado material.
- Ausencia de conducta. Pueden presentarse la *vis maior*, la *vis absoluta* y el estado hipnótico.

27.5 Tipicidad en la omisión de cuidado

Se da cuando la conducta concuerda con todos sus elementos en la descripción legal que hace la ley, en el art. 156 del CPDF.

Atipicidad. Se presentará cuando falte algún elemento típico.

En este delito se dará la atipicidad cuando el sujeto no tenga una obligación de cuidar al sujeto pasivo o cuando se presente un daño o lesión, o bien, cuando no surja peligro alguno.

27.6 Antijuridicidad

Es antijurídico porque atenta contra el bien jurídico tutelado por la ley, que es la puesta en peligro de la vida o salud de las personas a quienes se tiene la obligación de cuidar.

- Causas de justificación. Puede presentarse el estado de necesidad.
- Imputabilidad. Es la capacidad de querer y entender, así que también en este tipo penal será imputable sólo el mayor de edad y quien goce de capacidad mental.
- Causas de inimputabilidad. Minoría de edad y falta de capacidad mental crónica o transitoria.

27.7 Culpabilidad

Siempre se presentará en forma dolosa (intencional) esta conducta omisiva.

Inculpabilidad. Puede presentarse el error de hecho esencial invencible.

27.8 Punibilidad

El art. 156 del CPDF establece de tres meses a tres años de prisión. Señala además que esta punibilidad se aplicará cuando no resulte daño o lesión.

Excusas absolutorias. No se presenta ninguna.

27.9 Consumación y tentativa

- Consumación. Se consuma en el preciso instante de abandonar al pasivo.
- Tentativa. No se puede presentar el grado de tentativa, por ser de peligro.

27.10 Concurso de delitos

Se pueden presentar ambos concursos.

27.11 Participación

Pueden presentarse los distintos grados de participación en el delito, pero tomando en cuenta que el activo únicamente podrá serlo quien tiene la obligación de cuidar al pasivo. Véanse los arts. 22 y 24 del CPDF.

27.12 Perseguibilidad o procedencia

Este delito se persigue de oficio.

Actividades

1. Elabore un resumen sobre el presente tema.
2. Diseñe cuatro casos hipotéticos respecto del delito de omisión de cuidado previsto en el art. 156 del CPDF.
3. Prepare un cuadro sinóptico que contenga los elementos típicos de este tipo penal, el concurso de delitos y la perseguibilidad.
4. Establezca las semejanzas y diferencias entre este delito y el abandono de niños y enfermos previsto en el art. 335 del CPF.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal del delito de omisión de auxilio o de cuidado.
2. Señale quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en este delito.
3. Explique cuál es el presupuesto básico.
4. ¿Cómo es la procedibilidad en este delito?
5. ¿Existe resultado material en este ilícito?
6. ¿Se puede presentar la forma culposa en este delito?
7. Establezca las semejanzas y diferencias que existen entre este delito y el abandono de personas previsto en el CPF.
8. ¿Qué características y calidades exige el tipo penal al sujeto pasivo?
9. ¿Puede presentarse el concurso de delitos?
10. ¿Cómo es la perseguibilidad en este delito?

28 Omisión de auxilio

28.1 Noción legal

Artículo 157. A quien después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de quince a sesenta días multa, independientemente de la pena que proceda por el o los delitos cometidos.

28.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Es la persona física que lesiona culposa o fortuitamente a otra y no le presta ayuda o no la solicita pudiendo hacerlo.
- Pasivo. Es la persona física sobre quien recae la acción de la conducta de riesgo o puesta en peligro causada por el sujeto activo.

Objetos

- Material. Es la persona sobre quien recae directamente el riesgo o peligro de daño o lesión de la conducta comisiva del delito, esto es, el sujeto pasivo.
- Jurídico. Es el interés o bien jurídico tutelado por la ley; en este caso es la puesta en peligro de la vida o salud del pasivo, al no brindarle la ayuda o auxilio.

28.3 Clasificación

- Por la conducta: primero es de acción y luego de omisión.

- Por el daño: de peligro presunto cuando se refiere a "no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo", aunque será necesario que haya lesionado previamente al pasivo.
- Por el resultado: es formal porque basta la omisión de la norma para que se consume el delito, en este caso cuando se dice: "no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo".
- Por la reprochabilidad o intencionalidad: este tipo penal es intencional (doloso).
- Por su duración: es instantáneo, se consuma en el momento en que se coloca la vida o la integridad corporal en riesgo o peligro.
- Por la materia: es del fuero común.
- Por el número de sujetos: es unisubjetivo o plurisubjetivo.
- Por el número de actos: puede ser unisubsistente o plurisubsistente.
- Por su estructura: puede ser simple o complejo: es simple cuando el delito sólo consta de una lesión, y complejo cuando el delito en su estructura consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad.
- Por su procedibilidad o perseguibilidad: es de oficio.
- Por el bien jurídico tutelado: este tipo de delito es de peligro contra la vida e integridad corporal.
- Por su ordenación metódica: es básico o fundamental.
- Por su autonomía: es autónomo.
- Por su composición: en este delito es anormal.
- Por su formulación: este delito es amplio.
- Por la descripción de sus elementos: es descriptivo.

28.4 Conducta, formas y medios de ejecución

- Conducta típica. Es el comportamiento humano voluntario, que puede ser activo de hacer o acción, y negativo de dejar de hacer, o sea, de omisión. En este delito se presenta una acción y posteriormente una omisión. Sin embargo, prevalece la conducta omisiva por ser de peligro.
- Presupuesto básico. Es necesario que el agente primero lesione para que posteriormente omita el auxilio o no solicite la asistencia.
- Resultado típico. En la primera conducta se presenta la de lesionar y en la segunda conducta (omisiva) no se presenta resultado.
- Ausencia de conducta. Puede presentarse la *vis maior* y la *vis absoluta*.

28.5 Tipicidad en el delito de omisión de auxilio

- Tipicidad. Se da cuando la conducta concuerda con todos sus elementos en la descripción legal que se hace en el art. 157 del CPDF.
- Atipicidad. En este delito se presentará cuando el sujeto no lesione culposa o fortuitamente al pasivo, o cuando lo prive de la vida o cuando sí lo auxilie.

28.6 Antijuridicidad

Es antijurídico porque atenta contra el bien jurídico tutelado por la ley, que es la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas, al no brindar atención o solicitar la misma para quien lo requiera.

- Causas de justificación. Se puede presentar el estado de necesidad.
- Circunstancias modificadoras. No se presentan.

28.7 Culpabilidad

La primera conducta (lesionar) puede presentarse culposa o fortuitamente; la segunda (omisión), sólo dolosamente.

Inculpabilidad. Puede presentarse el error de hecho esencial invencible.

28.8 Punibilidad

La establece el art. 157 del CPDF y es de 15 a 60 días multa. Existe una consecuencia derivada de la comisión de este delito, contemplada en el art. 157 *bis*.

Excusas absolutorias. No se presentan.

28.9 Consumación y tentativa

- Consumación. Se presenta en el momento de lesionar y, posteriormente, en el de omitir el auxilio o no solicitar la asistencia.
- Tentativa. No se presenta.

28.10 Concurso de delitos

Se pueden presentar ambos.

28.11 Participación

Se pueden presentar todos los grados, tomando en cuenta, asimismo, que el activo sólo puede ser quien lesione y, posteriormente, omita el auxilio o no solicite la asistencia requerida.

28.12 Perseguibilidad o procedencia

Se persigue de oficio.

Actividades

1. Elabore un cuadro sinóptico con los elementos típicos de este delito.
2. Seleccione una nota periodística que haga referencia a este delito.
3. Prepare un breve ensayo sobre este tema.
4. Elabore un resumen sobre este delito comparándolo con el previsto en el art. 341 del CPF.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal de la omisión de auxilio (art. 157, CPDF).
2. ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo?
3. ¿Cuál es el presupuesto básico?
4. ¿Existe resultado material?
5. ¿Puede presentarse la legítima defensa?
6. ¿Cómo es la perseguibilidad?

Sección 3

29 Delito de peligro contra la salud (pública)

Peligro de contagio

Éste es el tipo penal creado especialmente para tutelar la salud pública, a partir del peligro en que se coloca a dicho bien jurídico en el ámbito federal. Por esta razón su análisis debería ubicarse en capítulo aparte, ya que la salud que tutela es la de orden público y no la individual, pero su importancia y trascendencia son de tal magnitud que se ha insertado en esta parte del libro para que su estudio no quede fuera del mismo. El tipo penal que nos ocupa se halla dentro del Título Séptimo, "Delitos contra la salud", Capítulo II, "Del peligro de contagio", del CPF.

El CPDF prevé esta figura típica en el art. 159, dentro del Título Tercero, "Delitos de Peligro para la Vida o la Salud de las Personas". De nuevo nos encontramos ante una situación que, aunque es prácticamente igual, los códigos penales federal y del Distrito Federal la manejan de manera diferente. En este caso, la misma figura típica es contemplada en ambos códigos, pero cada uno de ellos le atribuye un bien jurídico distinto: mientras el CPF considera que el bien jurídicamente tutelado es la salud pública, el CPDF indica que es la salud individual.

29.1 Noción legal

La noción legal está contenida en el art. 199 *bis* del CPF, el cual señala:

> **Artículo 199 *bis***. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de

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

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

Cuando se trate de cónyuges, concubinarios o concubinas, sólo podrá procederse por querella del ofendido.

La noción legal en el CPDF se encuentra en el art. 159, que establece:

> **Artículo 159**. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de tres meses a tres años y de cincuenta a trescientos días multa.
>
> Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrán prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá por querella de la víctima u ofendido.

Cabe mencionar que el CPDF no hace referencia a *mal venéreo*, sino únicamente a enfermedad grave.

29.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. En este delito, sólo pueden ser sujetos activos el hombre o la mujer que padezcan cualquier mal venéreo o enfermedad grave en periodo infectante.
- Pasivo. Cualquier persona física.

En el ámbito federal, sólo podrán serlo servidores públicos federales en funciones en perjuicio de la federación.

Objetos

- Material. Es el sujeto pasivo.
- Jurídico. En cuanto al bien jurídico tutelado, existe dualidad de opiniones respecto de su ubicación en el Capítulo II del Título Séptimo del CPF, "Delitos contra la Salud". Así, se ha interpretado que la salud referida por este delito es la de tipo público, a diferencia del de lesiones, que tienen a la salud individual como bien jurídico tutelado; sin embargo, muchos autores mexicanos estiman que se trata también de la salud individual y argumentan, como lo hace Jiménez Huerta, lo siguiente:

  > La conducta descrita en el art. 199 *bis* afecta de una manera directa a una persona determinada; claramente lo expresa la siguiente frase: Ponga en peligro de contagio la salud de otro, por medio de relaciones sexuales.

> Esta individualización está todavía más especificada en el párrafo tercero del artículo en estudio, ya que contempla la hipótesis de que los sujetos activo y pasivo fueran cónyuges, concubinarios o concubinas.[1]

Tanto Carrancá y Trujillo como Carrancá y Rivas expresan: "Objeto jurídico del delito: la salud del individuo y de la especie."[2]

El CPDF ubica este tipo penal dentro del Título Tercero, "Delitos de Peligro para la Vida o la Salud de las Personas", en tanto que el tipo de lesiones tutela la integridad física (salud) como tipo de daño.

29.3 Clasificación

El peligro de contagio es un delito:

- Por la conducta: de acción.
- Por el daño: de peligro.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por el resultado: formal o de mera conducta.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de personas: unisubjetivo.
- Por su composición: anormal.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: casuística.

29.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Tener relaciones sexuales con el pasivo o realizar cualquier otra conducta por la que pueda transmitir la enfermedad.

El error en que incurren los códigos penales federal y del Distrito Federal, así como la mayoría de los estatales, es que emplean el término *contagio* y dejan fuera la infección del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), ya que ésta no se transmite por contagio, sino por infección. Respecto del VIH, por ejemplo, no se transmite por contacto físico superficial, como saludo de manos, beso en la mejilla, etc., sino por medio de sangre, semen, placenta, leche materna y fluidos vaginales.

[1] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 334.

[2] Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *op. cit.*, pág. 529.

Presupuesto básico

Este tipo penal, tanto federal como local, requiere que el sujeto activo, al realizar la conducta típica contra el pasivo, padezca un mal venéreo o una enfermedad grave en periodo infectante.

Formas y medios de ejecución

En este delito, la conducta típica se lleva a cabo mediante la realización del acto sexual o cualquier otro medio por el cual se pueda transmitir la enfermedad. En el caso del VIH, además de la relación sexual, puede darse por otro medio, como inyectar sangre contaminada de ese virus.

Resultado típico

No existe un resultado: se trata de un delito formal o de mera conducta. De darse un resultado como lesiones u homicidio, estos delitos de daño absorberían al de peligro.

Elemento típico subjetivo. Este tipo penal exige que el sujeto activo tenga conocimiento de que está enfermo o de que lo aqueja un mal venéreo. En caso de que se compruebe que el agente ignoraba esa importante circunstancia, el resultado es la atipicidad. En el CPDF se exige un doble elemento típico subjetivo, ya que además de indicar que el activo debe tener conocimiento de su enfermedad, también estipula que el sujeto pasivo "no tenga conocimiento" de esa circunstancia.

Ausencia de conducta

No es posible que se configuren las hipótesis del aspecto negativo de la conducta.

Pavón Vasconcelos y Vargas López afirman: "Es, desde luego, más aceptable la posibilidad de la relación sexual sin voluntad, en el caso del estado hipnótico, cuando una persona realiza el ayuntamiento de esa índole bajo el mandato del hipnotizador y estando enferma de sífilis o de algún mal venéreo..."[3]

Consideramos que, dada la existencia del elemento típico subjetivo exigido por este delito, "Al que sabiendo que padece una enfermedad...", es imposible que se configure alguna de las hipótesis de ausencia de conducta.

En la actualidad, la sífilis dejó de ser incurable.

29.5 Tipicidad en el delito de peligro de contagio

Tipicidad

Para que la conducta sea típica, el comportamiento deberá ajustarse al tipo legal. Por tanto, tendrán que existir todos los elementos típicos, que son:

- la existencia de un mal venéreo o una enfermedad grave en periodo infectante;

[3] F. Pavón Vasconcelos y G. Vargas López, *op. cit.*, pág. 168.

- la relación sexual o la realización de cualquier conducta que ponga en peligro la salud del pasivo;
- el conocimiento, por parte del agente, del mal venéreo o enfermedad;
- el desconocimiento, por parte del pasivo, de la enfermedad (en el CPDF).

Atipicidad

Se presentará cuando falte alguno de los elementos del tipo; por ejemplo, cuando la persona ignore que está enferma, o cuando quien realiza la conducta típica no esté enferma o su enfermedad sea distinta de la exigida en este tipo penal.

En relación con el peligro de contagio que debe producirse, ha de existir realmente el peligro, pues si no lo hubiese tampoco se integraría la figura típica, como sucedería si el activo enfermo tuviera cópula con una persona que también se encontrase enferma del mismo o de otro padecimiento venéreo. Otra condición sería que una persona enferma de sida o infectada del VIH tuviera relación sexual con otra, pero con la previsión de haber usado un preservativo y de haberlo hecho del conocimiento de su pareja, ya que así no se puso en peligro la salud de la otra persona.

En la primera situación ya no surge el peligro, porque el supuesto sujeto pasivo carece del bien jurídico de la salud.

29.6 Antijuridicidad en el delito de peligro de contagio

Antijuridicidad

Es antijurídico el comportamiento descrito en los arts. 199 *bis* del CPF y 159 del CPDF, porque la propia norma lo prevé y sanciona; así, quien incurra en dicha conducta actuará antijurídicamente. Pese a no haber un resultado típico o daño, la ley tutela el bien jurídico por el peligro o riesgo en que se pone al sujeto pasivo. Estos comportamientos denotan una alta peligrosidad por parte del activo, pues el hecho de que no haya violencia en el actuar no significa que no sean temibles dichas conductas.

Causas de justificación

Estimamos que no puede presentarse ninguna causa justificativa.

Circunstancias modificadoras

No existen circunstancias atenuantes.

Consideramos como circunstancia agravante el hecho de que la enfermedad de que se trate sea incurable, ya que la ley prevé una sanción mayor en este caso, en el segundo párrafo del art. 199 *bis* del CPF.

Del mismo modo, el art. 159, segundo párrafo, del CPDF contempla un agravamiento para esta situación. Éste sería el de quien, sabiéndose enfermo de sida, dolosamente tiene relaciones sexuales con otras personas, como ha ocurrido en la última década. En algunos casos el activo, después de la relación sexual, deja una nota al pasivo en términos como éstos: “Bienvenido al club del sida.”

29.7 Culpabilidad

Dicho delito sólo admite la forma dolosa, pues únicamente con intencionalidad se puede realizar tal conducta típica, porque al exigir el tipo "El que a sabiendas de que está enfermo...", ya elimina la forma culposa. "A sabiendas. Elemento subjetivo del activo que hace referencia a la culpabilidad en su aspecto dolo o intención, calificándolo."[4]

En nuestra opinión, el que este delito se cometa entre cónyuges revela mayor gravedad en cuanto a la reprochabilidad, pues si bien es cierto que resulta grave mantener relaciones sexuales cuando se está afectado de un mal venéreo, lo es más cuando el sujeto pasivo de la conducta es el cónyuge, la concubina o el concubinario. La ley penal no impone sanción mayor para este caso y da al sujeto pasivo el derecho de querellarse o abstenerse de ello. El CPDF prevé el requisito de procedibilidad de la querella para el sujeto pasivo, sea quien fuere éste, sin hacerlo como el CPF, que sólo lo establece para el cónyuge, la concubina o el concubinario.

29.8 Punibilidad

La ley penal federal señala una sanción de tres días a tres años de prisión y hasta 40 días de multa, y si la enfermedad es incurable, de seis meses a cinco años. Antes de la reforma de enero de 1991 se establecía: "será independiente de la que corresponda si se causa el contagio", lo cual se criticó mucho y fue suprimido.

El CPDF dispone una punibilidad de tres meses a tres años de prisión y de 50 a 300 días de multa, y si la enfermedad es incurable, será de tres meses a 10 años, y de 500 a 2 mil días. Consideramos reducida esta punibilidad, tomando en cuenta la gravedad de la conducta y el elevado riesgo para el pasivo, así como la gran falta de responsabilidad del agente que, sabiéndose enfermo de tan grave mal, coloca en situación de peligro al o a los pasivos.

El *Código Penal para el Estado de México* (CPEM), con una visión más futurista y real, pero sobre todo valorando la importancia de la objetividad jurídica tutelada, incluye dentro del tipo penal de homicidio (art. 241) la hipótesis, a manera de equiparación con el homicidio, de la conducta consistente en que alguien, a sabiendas de padecer una enfermedad grave, incurable y mortal, contagie o cause la muerte.

Este precepto, que a primera vista puede parecer incluso exagerado, revela una verdadera preocupación por el sinnúmero de casos de infección del VIH-sida que se está dando en la actualidad. Personas con un gran resentimiento social, con ánimo de venganza o simplemente sin ningún escrúpulo o respeto por la vida ajena, sa-

4 Raúl Carrancá, *op. cit.*, pág. 529.

biéndose infectadas del VIH, de manera dolosa y premeditada han infectado a otras mediante relaciones sexuales o por otros medios transmisibles.

Quizá el verdadero problema es que el CPEM coloca en la misma situación a la conducta que pone en peligro y a la que causa un daño al bien tutelado, al establecer: "contagie a otro o le cause la muerte".

29.9 Consumación y tentativa

Este delito se consuma en el momento de tener la relación sexual con el sujeto pasivo o al realizar el comportamiento que implique el peligro.

Tentativa

No puede configurarse, por tratarse de un delito formal o de mera conducta.

Por otra parte, si se transmite el mal o la enfermedad, entonces habrá un resultado material cuya naturaleza es distinta de la de un delito de peligro.

29.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

De causarse lesiones al realizar la conducta típica de este delito, no existiría concurso ideal. Se trata de una apariencia, pues el delito de daño (mayor) absorbe al de peligro (menor). Sin embargo, puede configurarse el concurso ideal con algunos otros delitos; por ejemplo, puede producirse el "contagio" y el incesto, o el adulterio, el estupro o la violación.

Real o material

También es posible que se presente este concurso, pues con una conducta se produce el contagio y con otra puede surgir cualquier otro delito de índole diversa; por ejemplo, al secuestrar al sujeto pasivo, el plagiario tiene relación sexual con él, con su consentimiento, pero pone en peligro su salud, por padecer aquél alguna enfermedad o mal venéreo, teniendo conocimiento de ello. Al respecto, es oportuno señalar que existe un conflicto entre los delitos previstos por los arts. 199 *bis* y 315, tercer párrafo, del CPF. El primero prevé el delito de peligro de contagio, mientras que el segundo considera una presunción de premeditación cuando las lesiones y el homicidio se cometan por medio de contagio venéreo.

En opinión de Carrancá y Trujillo, "como el contagio venéreo habrá sido causado dolosamente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 315 *in fine* del CPF, deberá ser considerado como premeditado..."[5]

Nos unimos a esta interpretación, pero aclaramos que la presunción de premeditación admite prueba en contrario, por tratarse de una presunción *iuris tantum*. Y,

5 *Ibid.*, pág. 472.

por otra parte, no debe perderse de vista que el art. 315 se refiere a delitos de daño (lesiones y homicidio).

29.11 Participación

En este delito de peligro pueden existir todos los grados de participación y haber así, por ejemplo, un autor intelectual, uno material, encubridores, etcétera.

29.12 Perseguibilidad o procedencia

En el CPF el delito que nos ocupa se persigue de oficio, pero si ocurre entre cónyuges o concubina y concubinario, conforme al tercer párrafo del art. 199 *bis* de ese ordenamiento, se perseguirá por querella del ofendido. Faltaría agregar otro tipo de relaciones que ya están reconocidas por el derecho civil. El art. 159, segundo párrafo, última parte, del CPDF, establece la querella para la víctima o el ofendido en cualquier caso.

29.13 Consideración final

En el momento actual, un problema de salud (individual y pública) lo representa la latente amenaza del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida).

Mucho se dice acerca de este mal y poco es lo que en realidad se sabe; se manipulan ideas, se trata de orientar a la población y un sinnúmero de obstáculos hacen que los esfuerzos resulten estériles, tanto en campañas como en otras medidas. No se está informando adecuadamente, o bien, los espacios en televisión se transmiten en horarios de difícil audiencia.

Se ha visto la reticencia de la gente a donar sangre, problema agudo de tiempo atrás, incrementado por el temor a ser infectada, sin saber cuáles son las medidas preventivas; asimismo, se detecta la apatía y el desinterés de personas que continúan sus relaciones sexuales con distintas parejas (solteras y casadas), sin tener la menor precaución y sin preocuparse por los demás.

Por lo anterior, creemos necesaria una auténtica y seria información hacia los distintos sectores de la población, sobre todo tendente a despertar su interés y tratar de cambiar actitudes indiferentes que resultan perjudiciales. Se sabe que esto implica educar, lo cual es una tarea difícil, pero resulta indispensable para que el derecho penal tenga como último recurso la aplicación de sanciones, al tomar medidas preventivas más que represivas.

Realmente, la desinformación en torno de este problema es el principal obstáculo para prevenir infecciones, ya que la gente ignora desde las formas de infección hasta los tratamientos médicos y psicológicos adecuados.

La propia legislación emplea erróneamente el verbo *contagiar*, cuando médicamente se sabe que el VIH no se contagia, sino que se transmite por infección, por lo

que sería recomendable que los códigos penales denominaran a este tipo "Peligro de contagio o infección" y así se cubrirían todas las hipótesis. Finalmente, se sugiere obtener información sobre enfermedades incurables, degenerativas, contagiosas, etc., en la página web de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Actividades

1. Escriba un resumen acerca del delito de peligro de contagio y destaque los aspectos siguientes:
   a) Concepto legal.
   b) Sujetos.
   c) Conducta típica.
   d) Presupuesto básico.
   e) Procedibilidad.
   f) Concurso.
   g) Consumación y tentativa.
2. Relacione los arts. 199 *bis* y 315, tercer párrafo, del cpf y haga un análisis respecto de la inclusión de esta figura, tratada como delito de peligro en el primer caso y como delito de daño, en el cual se presume la premeditación, en el segundo.
3. Plantee los problemas que puede provocar el sida en el terreno jurídico-penal.
4. Establezca una comparación entre los arts. 199 *bis* del CPF y 159 del CPDF.
5. Lea varios códigos penales estatales y haga un comparativo entre cada uno de ellos en relación con este delito.

Autoevaluación

1. ¿Cuál es la conducta típica en el delito de peligro de contagio?
2. ¿Quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo?
3. ¿Cuáles son los objetos jurídico y material en este delito?
4. ¿Cuál es el presupuesto básico que exige la ley en tal delito?
5. ¿Cuáles pueden ser las causas de atipicidad que se configuran en el contagio?
6. ¿Puede producirse la forma culposa en dicho delito?
7. ¿Cuál es el requisito de perseguibilidad en este delito en el CPDF?
8. ¿Se puede presentar la participación?
9. ¿Pueden coexistir el delito de peligro de contagio y el de lesiones u homicidio?
10. Precise el elemento típico subjetivo en este tipo penal.

Cuadro 44 **Delitos de peligro contra la vida y la integridad corporal.**

	Abandono de niños y enfermos	Abandono de atropellados	Abandono de cónyuge e hijos	Omisión de socorro	Peligro de contagio
Artículos del *Código Penal Federal*	335 y 339	341	336 al 339	340	199 bis
Clase de peligro	Presunto	Presunto	Presunto	Presunto	Efectivo
OBJETOS: Material	El sujeto pasivo	El sujeto pasivo	El sujeto pasivo	El sujeto pasivo	El sujeto pasivo
Jurídico	La vida y la integridad corporal (en peligro)	La vida y la integridad corporal (en peligro)	La vida y la integridad corporal (en peligro)	La vida y la integridad corporal (en peligro)	La salud (en peligro)
SUJETOS: Activo	La persona que tiene la obligación de cuidar al niño o enfermo	La persona que atropella al pasivo	El cónyuge o cualquiera de los padres	La persona física que encuentra al sujeto pasivo amenazado de un peligro cualquiera	Cualquier persona física que esté enferma
Pasivo	El niño incapaz de cuidarse a sí mismo o la persona enferma	La persona atropellada por el sujeto activo	El cónyuge, los hijos, o ambos	Un menor incapaz de cuidarse a sí mismo; persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera	Cualquier persona física
Conducta típica	Abandonar al sujeto pasivo, teniendo la obligación de cuidarlo	Dejar en estado de abandono al sujeto pasivo atropellado	Abandonar al sujeto pasivo sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia	No dar aviso a la autoridad u omitir prestar auxilio al sujeto pasivo cuando lo encuentra abandonado el activo	Tener relación sexual con el sujeto pasivo, a sabiendas de hallarse enfermo de un mal venéreo o cualquier otro transmisible
Perseguibilidad o procedibilidad	De oficio	De oficio	De oficio o por querella (si se trata de cónyuges)	De oficio	De oficio o por querella (si se trata de cónyuges, concubinarios y concubinas)

Sección 4

Delitos contra la libertad, seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual

Introducción

Dentro del género de la libertad se hallan diversas especies, por lo que existen delitos contra la libertad física, contra la libertad de morada, contra la libertad de trabajo, contra la libertad psíquica, etc. Una especie muy importante es la libertad sexual, que implica el libre desenvolvimiento personal en el terreno del comportamiento sexual. Con las reformas del 21 de enero de 1991 al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el bien jurídico de estos delitos cambió por el de "la libertad y el normal desarrollo psicosexual", pero por razones de simplificación nos referiremos a éstos como delitos sexuales.

En esta unidad se agrupan las figuras típicas que tienen como tronco común a dicho bien jurídico.

El *Código Penal Federal* (CPF) contempla cinco figuras que tienen ese objeto jurídico: *a)* hostigamiento sexual, *b)* abuso sexual, *c)* estupro, *d)* violación y *e)* incesto. El *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF) también los contempla. Pero al hostigamiento lo denomina "acoso sexual".

En nuestra opinión, sólo los cuatro primeros tutelan la libertad, la seguridad y el normal desarrollo psicosexual. El delito de incesto tiene otro bien jurídico y no, como lo consideran los códigos penales federal y del Distrito Federal, que lo ubican como delito sexual; por ello se estudiará en otro capítulo, como se verá y aclarará en la parte relativa. Lo mismo ocurre con el delito de adulterio que aún contemplan legislaciones locales; algunas de ellas otorgan acertadamente al incesto

y al adulterio el bien jurídico de la integridad familiar y no el de la libertad, seguridad o normal desarrollo psicosexual.

Estos comportamientos delictivos son actos humanos que afectan a la víctima con tal intensidad que le dejan un daño generalmente irreversible; además, se trata de una afectación no sólo en el plano individual, sino que trasciende al grupo familiar, al círculo de amistades y seres queridos y, en general, produce malestar en el ámbito social.

Ese malestar general se traduce en rechazo, repulsión, miedo y, en más de una ocasión, en un deseo de venganza que lleva a las personas (víctimas y familiares, principalmente) a hacerse justicia por mano propia. Por otra parte, es frecuente el daño psicológico que permanece durante largo tiempo en la víctima directa y, a veces, incluso por toda la vida.

30 Hostigamiento (acoso) sexual

30.1 Noción legal

El art. 259 *bis* del CPF proporciona la noción siguiente:

> Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.
>
> Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.
>
> Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.

Este delito nace en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de enero de 1991. Poco a poco se ha ido insertando en las legislaciones estatales.

Como se advierte de la simple lectura del precepto citado, la noción de este ilícito revela un comportamiento, por parte del agente, de naturaleza erótica, con rasgos imprecisos y sobre todo subjetivos, que en la práctica ocasiona diversos problemas, entre otros, la imposibilidad material de probarlo y la existencia de denuncias infundadas. En el primer caso, la dificultad de probar dicho delito resulta de su propia subjetividad; por cuanto hace al segundo, la existencia de este delito se presta para que personas sin escrúpulos presenten, infundadamente, querellas por diversas causas como celos, venganzas, pretensiones laborales o económicas, o incluso por el simple afán de querer causar desprestigio a alguien.

No se desconoce que comportamientos como los que prevé el art. 259 *bis* del CPF existen, y lamentablemente son muy frecuentes, aunque la inclusión de este delito en los códigos penales no es, por sí sola, la solución al problema, el cual tiene diversos orígenes, sobre todo de índole familiar y educativa. En ocasiones, el afán del legislador por proteger a determinados sectores o grupos de la población, en relación con ciertos comportamientos, provoca que, lejos de proteger, se desproteja a la víctima.

El CPDF denomina a este delito acoso sexual y lo contempla en el art. 179 de la manera siguiente:

> A quien solicite favores sexuales para sí o para una tercera persona o realice una conducta de naturaleza sexual indeseable para quien la recibe, que le cause un daño o sufrimiento psicoemocional que lesione su dignidad, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

En nuestra opinión, esta figura tiene una buena intención, pero su construcción legal es difusa y se pierde en la subjetividad, lo que puede ocasionar una elevada cifra negra, sin perder de vista los problemas anotados anteriormente.

30.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. En el CPF y conforme a la descripción típica, podrá ser activo de este delito cualquier hombre o mujer que por su relación con el pasivo, que implique subordinación, aproveche tal situación, valiéndose de su posición jerárquica para realizar la conducta típica. Son innumerables los ejemplos que pueden ofrecerse en este sentido: el patrón o patrona respecto de su empleada(o), el o la profesor(a) en relación con su alumna(o), etcétera.

  Al no precisarse el sexo del sujeto, entendemos que tanto el hombre como la mujer pueden ser activos en este delito.

  Por cuanto hace a la terminología empleada, nos parece que habría sido más apropiado que el CPF estableciera, para referirse al activo, la expresión *a quien*, en lugar de *al que*...

  En el CPDF también puede serlo la persona de cualquier sexo. En este código no es necesaria la existencia de una relación jerárquica que implique subordinación, lo que me parece correcto, pero de existir, la pena será mayor.

- Pasivo. El texto legal federal se refiere expresamente a "persona de cualquier sexo", e interpretando el mismo, será pasivo de hostigamiento sexual la persona, hombre o mujer, que se encuentre bajo la subordinación del activo en cualquiera de las hipótesis enunciadas por el art. 259 *bis* del CPF. Por ejemplo, la secretaria podrá ser pasivo respecto de su jefe, la enfermera respecto del médico de quien

dependa laboralmente, el servidor público respecto del funcionario de mayor jerarquía y al cual se encuentre subordinado, etcétera.

Se discute sobre la posibilidad de que este delito pueda darse a la inversa en relación con los sujetos, esto es, que el sujeto activo sea el inferior jerárquico que asedie a su superior. Aunque para algunos esto es factible, descartamos tal posibilidad en función de que la ley establece con mucha claridad que ese comportamiento típico se da en función de la relación habida entre el activo y el pasivo, precisamente "valiéndose" el activo "de su posición jerárquica...", derivada de una relación cualquiera que "implique subordinación...". Con esto queda claro que el activo es quien se vale de su posición jerárquica y de la relación que implica subordinación. El legislador federal debería considerar como hostigamiento sexual la misma conducta, pero en sentido inverso respecto de los sujetos, pues en la vida real así ocurre.

El art. 179 del CPDF, al referirse al sujeto pasivo en el acoso sexual, emplea el término *víctima*, sin señalar sexo, por lo que puede ser tanto hombre como mujer. Por otra parte, sería más afortunado emplear el término *ofendido*.

En lo personal, me parece acertado que el CPDF contemple que este delito puede cometerlo cualquier persona física, independientemente de la relación jerárquica.

Objetos

- Material. Es el sujeto pasivo, al cual ya nos hemos referido en el punto anterior.
- Jurídico. En el ámbito federal está constituido por la libertad y el normal desarrollo psicosexual o ambos, como se desprende del propio Título Decimoquinto. El CPDF, en su Título Quinto, establece como bien jurídico la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual. Sin embargo, al disponer "… que lesione su dignidad", parecería que el bien jurídicamente tutelado fuera la dignidad, en cuyo caso, debería estar ubicado en el Título Décimo, cuyo rubro es "Delitos contra la dignidad de las personas". En todo caso, sería aconsejable eliminar del tipo penal esa expresión de la "dignidad" y, quizá, volver a la noción de "pudor".

  Evidentemente, con este ilícito se coarta la libertad de conducirse en el terreno de la sexualidad y también puede surgir una afectación en el desarrollo psicosexual del pasivo.

30.3 Clasificación

Se trata de un delito:

- Por su composición: anormal.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: autónomo.

- Por su formulación: amplio.
- En orden a la conducta: de acción.
- Por el daño: de lesión.
- Por su duración: continuado.
- Por su estructura: simple.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por el número de actos: plurisubsistente.
- Por el resultado: material o de resultado.

En relación con su clasificación como delito material o de resultado, algunos penalistas consideran que se trata de un delito formal o de simple conducta, pero en nuestra opinión es de resultado. La propia norma en materia federal exige el surgimiento de un perjuicio o daño, lo que revela que se trata de un delito material o de resultado. De no darse el perjuicio o daño, simplemente no se castigará a su autor, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del art. 259 *bis* del CPF. Del mismo modo, el CPDF exige que se cause daño o sufrimiento psicoemocional (que también es un daño).

30.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el hostigamiento sexual en materia federal, la conducta típica, esto es, el comportamiento que lleva a cabo el sujeto activo del delito en examen, consiste en asediar reiteradamente (con fines lascivos) al sujeto pasivo.

Surge ahora el problema de determinar qué debemos entender por *asedio*, núcleo de este comportamiento.

Conforme al *Diccionario de la lengua española*, *asediar*, en una de sus acepciones, es "importunar a uno sin descanso con pretensiones".[1] Entendemos exactamente que en este delito el asedio consiste en importunar, molestar, agobiar al pasivo.

Además, la norma exige que el asedio se dé en forma reiterada, es decir, repetidamente, volviendo a hacer lo que ya antes se hizo. De ello se desprende que una sola vez, aunque resulte una molestia para el pasivo, no constituye la conducta típica que exige este tipo penal, puesto que no es reiterada.

El tipo también exige la existencia de un elemento típico subjetivo consistente en que dicho asedio, además de ser reiterado, debe darse con fines lascivos. Por *fines lascivos* se entiende un propósito relativo al placer sexual o de naturaleza erótica.

[1] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, t. I, 20ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1984.

En el CPDF la conducta típica consiste en solicitar favores sexuales para sí o para un tercero o realizar una conducta sexual indeseable para quien recibe el asedio. La conducta no debe llegar a un contacto físico, pues en ese caso sería abuso sexual o estupro, etcétera.

Formas y medios de ejecución

En realidad, la norma no señala cuáles serán los medios ejecutivos, de lo que se desprende que puede ser cualquiera, siempre que sea idóneo. Estos medios pueden consistir en invitaciones, ofrecimientos o amenazas veladas, todos ellos con los referidos propósitos lascivos. Tales insistencias resultan muy evidentes y también sumamente molestas. La ocasionalidad de dichos comportamientos no llega a constituir este delito, sino únicamente cuando se presenta en forma reiterada (en el CPF). En el caso del Distrito Federal, los medios también podrán ser cualesquiera que logren la conducta típica.

Cuadro 45 **Elementos típicos en el hostigamiento sexual (CPF).**

1. Una persona física	(sujeto activo)
2. Otra persona física	(sujeto pasivo)
3. Asedio reiterado	(conducta típica)
4. Fines lascivos	(elemento subjetivo)
5. Valerse de la posición jerárquica que implique subordinación	(presupuesto básico)
6. Causar un perjuicio o daño al pasivo	(resultado típico)

Resultado típico

El segundo párrafo del art. 259 *bis* del CPF establece claramente que este delito sólo será punible cuando se cause un perjuicio o daño. El problema estriba en determinar qué perjuicio o daño es aquel al que se refiere el legislador. Si el tipo no exigiera este daño, estaríamos ante la presencia de un auténtico delito de mera conducta o formal; pero como ya lo hemos establecido, es un delito de resultado.

Creemos que sería un error pensar que el perjuicio o daño debe ser de índole sexual, por ejemplo un tocamiento o la cópula, pues entonces el delito de hostigamiento o acoso daría paso al surgimiento de otro delito sexual más grave, como el abuso sexual, estupro o violación. Aun en el caso de que el activo llegase al extremo de realizar un acto de naturaleza sexual, pero distinto de la cópula, estaríamos ante un delito de abuso sexual; sin embargo, desaparecería el de hostigamiento sexual.

En este orden de ideas, consideramos que el único perjuicio o daño a que puede referirse este tipo es aquel que se traduce, por ejemplo, en una afectación psicológica o en la pérdida del trabajo, de un año lectivo en la escuela, etc. Señala acertadamente Carrancá y Rivas: "La única verdad es que el legislador ha caído en su propia trampa, puesto que si el agente alcanza el fin lascivo se tratará de un delito sexual ya tipificado en el Código; y si no lo alcanza estaremos en presencia, como ya se dijo, de una tentativa."[2]

Subsiste el problema de demostrar y probar dicho resultado típico. En nuestra opinión, son muchos los casos de hostigamiento sexual que pueden darse, aun cuando no causen un daño y ocasionen únicamente una simple molestia e incomodidad. La dificultad es que sólo será punible cuando llegue a causar aquél, de conformidad con la norma.

En materia del fuero local (Distrito Federal), la ley exige para su integración que cause un daño o sufrimiento psicoemocional que lesione la dignidad del pasivo. Consideramos innecesaria la expresión "sufrimiento psicoemocional", pues éste no es otra cosa que un daño.

Ausencia de conducta

No puede presentarse ninguna de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta, dado el dolo especial requerido en este delito.

30.5 Tipicidad en el delito de hostigamiento (acoso) sexual

Tipicidad

Habrá tipicidad cuando la conducta realizada se adecue exactamente al tipo penal, o sea, cuando se den todos los elementos típicos a que hace referencia la norma.

Debe insistirse en que el CPF exige elementos típicos diferentes de los del CPDF y lo mismo ocurre en algunas legislaciones estatales.

Atipicidad

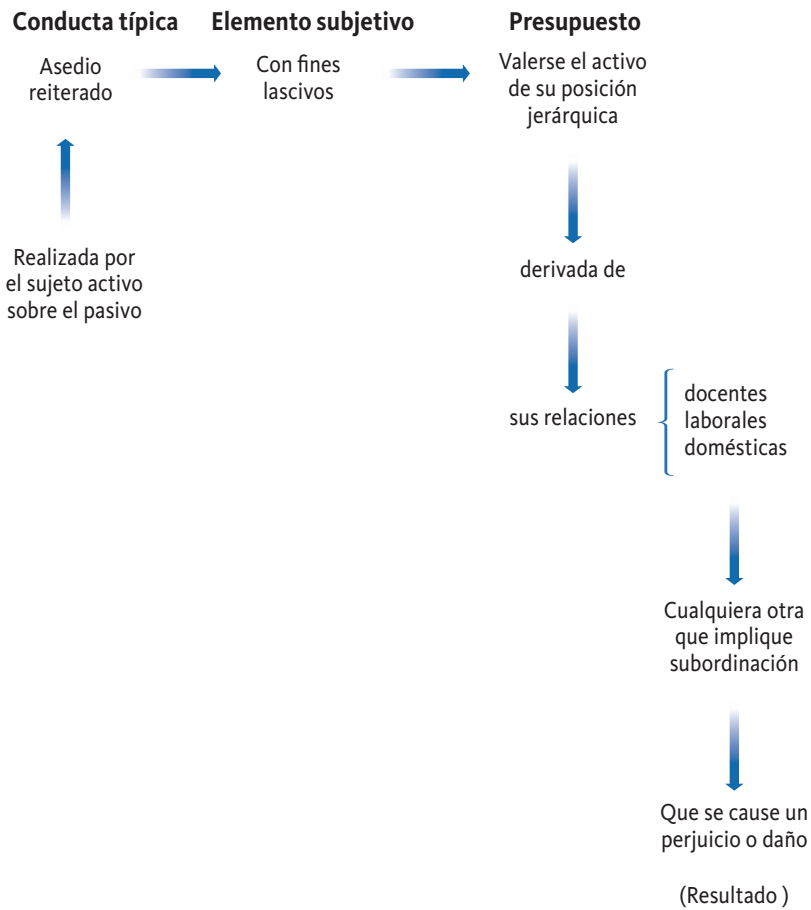
Habrá atipicidad en el hostigamiento (acoso) sexual cuando falte alguno de los elementos típicos mencionados. Por ejemplo, el jefe que en vez de asediar a su secretaria, la acaricia con fines lascivos sin la voluntad de ella; este sujeto cometerá abuso sexual y no hostigamiento, ya que el comportamiento típico es otro, muy distinto de aquel al que se refiere el tipo de hostigamiento sexual. Otro ejemplo podría ser que una persona asediara reiteradamente a otra con fines lascivos, pero que no se tratara de un superior jerárquico (en el fuero federal).

En el Distrito Federal sería atípico el acoso sexual cuando no se cause daño.

[2] Raúl Carrancá *et al.*, *op. cit.*, pág. 683.

Elemento típico subjetivo. En el CPF el elemento típico subjetivo consiste en los fines lascivos con que el agente lleva a cabo la conducta típica.

Cuadro 46 Tipicidad en el hostigamiento sexual (CPF).



30.6 Antijuridicidad en el delito de hostigamiento sexual

Antijuridicidad

Este comportamiento típico que ocasiona el delito de hostigamiento (acoso) sexual es antijurídico, ya que atenta contra una norma penal que tutela el bien jurídico a que nos hemos referido. Tal comportamiento es sancionado por contrariar la norma penal, de manera que obra antijurídicamente quien comete este ilícito.

Causas de justificación

No ampara a este delito ninguna de las causas justificativas que constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Circunstancias modificadoras

No existen circunstancias atenuantes en el ilícito que nos ocupa.

Por cuanto hace a circunstancias agravantes, la parte *in fine* del art. 259 *bis* del CPF indica: "Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo."

Aunque no se trata propiamente de una circunstancia agravante, lo cierto es que el hecho de imponer la destitución implica un evidente agravamiento en la pena, para el caso de que el agente sea un servidor público en los términos que señala el precepto indicado, o si se quiere, una pena adicional.

Por cuanto hace al CPDF, el art. 179 establece en su segundo párrafo que si entre el acosador y el acosado existiera relación jerárquica, se aumentará la pena en una tercera parte; en el tercer párrafo indica que si el activo fuera servidor público y utilizara los medios o circunstancias que el encargo le proporciona, se le destituirá y se le inhabilitará por un lapso igual al de la pena.

30.7 Culpabilidad

Este delito, como todos los de carácter sexual, sólo puede configurarse dolosamente. No puede presentarse su forma culposa, dada su especial naturaleza.

Inculpabilidad

Ninguna de las hipótesis que constituyen el aspecto negativo de la culpabilidad puede presentarse en este delito.

30.8 Punibilidad

El CPF señala que la pena que se impondrá al activo de este delito será de hasta 40 días multa.

La sanción nos parece reducida, puesto que el delito debe ocasionar un daño o perjuicio y resulta injusto que el activo sólo pague económicamente.

Por otra parte, en el caso de que el agente sea un servidor público, la pena abarcará, además de los 40 días multa, la destitución del cargo.

En el CPDF la punibilidad es de uno a tres años de prisión y destitución por un lapso igual, si se trata de un servidor público.

No existen excusas absolutorias, ni en materia federal ni local (Distrito Federal).

30.9 Consumación y tentativa

Consumación

Esta figura típica adolece, como ya hemos anticipado, de imprecisión y subjetividad, que dificultan la posibilidad de establecer con exactitud su momento consumativo; sin embargo, trataremos de determinarlo.

En materia federal, cuando un sujeto inicia el asedio con fines lascivos, no puede decirse que ya se haya consumado el delito. En una reconstrucción lógica, habrá que tomar en consideración lo siguiente: como el tipo exige que el asedio se dé reiteradamente, sólo entonces puede afirmarse que existe la conducta típica. No obstante, ello es insuficiente, pues la norma también exige que dicho comportamiento llegue a causar daño o perjuicio, por lo que interpretamos que no es sino hasta que se produce el daño o perjuicio cuando se consuma este delito, y no antes.

El jefe que inicia el asedio hacia su secretaria no habrá consumado el delito si con sus primeras actitudes de asedio no le ha causado un daño y ella tolera la situación sin que le esté ocasionando aún ningún perjuicio. Si llega el momento en que éste se cause, en ese preciso instante se consuma tal delito. Probar el momento exacto de su consumación no resulta nada sencillo en la práctica y deberá quedar debidamente probado. Cuando el pasivo evidencia tal daño y existe manera de probarlo, no habrá dificultad, pero si el pasivo no manifiesta el perjuicio, aunque exista, resultará sumamente difícil su acreditación.

En el Distrito Federal no se exige que la conducta sea reiterada; sin embargo, de igual manera que en el fuero federal, se tendrá por consumado cuando cause daño o sufrimiento psicoemocional.

Tentativa

Más difícil resulta determinar este aspecto. En lo personal, considero que no es posible la integración del grado de tentativa en este delito por las razones siguientes: un asedio reiterado, mientras no cause daño, es un hecho no consumado; la consumación se dará cuando se cause el perjuicio o daño, pero cuando éste surja, ya se habrá consumado el delito. Resulta muy difícil que en las primeras actitudes del activo, consistentes en asediar reiteradamente al pasivo, pueda determinarse con precisión que existe el grado de tentativa, pues con toda facilidad el activo manifestará que no tenía pensado continuar con dicho asedio y mucho menos llegar a causar algún daño al pasivo. En verdad, *de facto* puede darse la tentativa, pero *de jure* resultará muy difícil su existencia y, sobre todo, su probanza.

Por otra parte, cuando la norma penal federal expresa que sólo será punible el hostigamiento sexual cuando haya causado un perjuicio o daño, puede desprenderse la intención del legislador de que sólo se castigará cuando se haya consumado, y esto ocurre cuando se causa el perjuicio o daño; dicho de otra manera, aunque se admitiera que puede presentarse el grado de tentativa en este ilícito, no será punible. Lo mismo ocurre en el fuero local (Distrito Federal).

30.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Si con el asedio reiterado surge una afectación psicológica que modifique el comportamiento del pasivo y le cree alteraciones en la conducta y aun alteraciones somáticas, estaremos en presencia de un auténtico delito de lesiones; sin embargo, el problema jurídico será determinar si este resultado típico constituye un delito aparte o sólo será visto como el daño causado, al cual se refiere la noción de hostigamiento (acoso) sexual. Quedará a la interpretación y criterio del juez determinar esta delicada situación.

Real o material

Puede ocurrir que con una serie de comportamientos distintos resulten delitos diferentes, siendo uno de ellos el de hostigamiento (acoso) sexual. Un ejemplo sería que con una conducta se asediara y con otra distinta se amenazara (en el CPF) o se cometiera un delito patrimonial sobre el mismo pasivo. Pero si el asedio es reiterado y se realiza un acto sexual distinto de la cópula o la cópula misma, se habrá cometido un delito diferente que, en su caso, será abuso sexual, estupro o violación, por lo que dejaría de existir el de hostigamiento o acoso. No creemos que el daño o perjuicio a que alude el concepto de hostigamiento (acoso) sea uno de naturaleza sexual. Sin embargo, puede ocurrir que un sujeto asedie al pasivo y le cause un daño, como una afectación psicológica por quedarse sin trabajo, pues renuncia ante la molestia que le ocasiona el asedio, y un día el activo viola al pasivo. Aquí hay dos delitos: el hostigamiento (acoso) sexual y, además, el de violación.

En la mitología griega se presenta el caso de Rea, quien fue asediada por su propio hermano Cronos. Finalmente ella, subyugada por él, cohabita y da a luz, por lo que primero se da el acoso sexual y posteriormente el incesto.[3]

30.11 Participación

Afirmar que puedan presentarse los grados de participación es muy arriesgado, pues la naturaleza imprecisa y nebulosa de este delito así lo pone de manifiesto.

Pensar en un autor material y no intelectual lleva a cuestionarnos: ¿en quién de los dos existe la intención lasciva? Creemos que tanto los elementos meramente objetivos como, en este caso, el subjetivo, deben darse en la misma persona y no en forma separada. Por otra parte, sí puede haber dos o más sujetos activos que de manera simultánea asedien una y otra vez a una misma persona, pero cada uno de ellos cometerá en forma independiente el delito, del cual cada uno será responsable individualmente.

[3] Juan Manuel González Raya, *Aspectos penales y criminológicos de la mitología griega*, 2ª ed., Ecce-homo, México, 2012, pág. 142.

Por cuanto hace al encubrimiento, es más factible que se presente. Respecto del CPDF, existe una situación específica que se desprende de la expresión "… a quien solicite favores sexuales para sí o para una tercera persona": un sujeto (autor intelectual) será quien solicite los favores sexuales y otro (autor material) quien los reciba; por lo demás, ocurre lo mismo que hemos expresado para el caso del fuero federal.

30.12 Perseguibilidad o procedencia

El propio art. 259 *bis* del CPF señala en su párrafo tercero que solamente se procederá contra el hostigador a petición de la parte ofendida.

Al respecto, se nos ocurre que en la práctica sucede lo siguiente: una chica que es reiteradamente asediada por su patrón tendrá dos caminos: uno es querellarse, pero sabe que perderá su empleo como consecuencia, y el otro, consiste en que si tiene necesidad del trabajo, preferirá no querellarse y soportar las molestias del activo.

Como vemos, quien se encuentre en situación de ser pasivo de este delito tendrá que valorar si le conviene hacer del conocimiento de la autoridad ese hecho, tomando en cuenta el riesgo de perder su trabajo, como en el caso que mencionamos; además de que difícilmente contará con testigos, pues éste, como los demás delitos de naturaleza sexual, son delitos de "realización oculta", esto es, por lo general se realizan en lugares privados, evitando la presencia de otras personas, dada su naturaleza.

El art. 179, tercer párrafo, del CPDF, también establece que el delito que nos ocupa se perseguirá por querella.

Actividades

1. Diseñe un cuadro resumen sobre el hostigamiento sexual.
2. Elabore un ensayo del tema y plantee sus conclusiones personales respecto de este delito.
3. Realice una investigación de derecho comparado, precisando en qué países ya existe este delito y cómo se le ha contemplado.
4. Localice en códigos estatales cuáles contemplan este tipo penal y sus semejanzas con los previstos en el CPF y en el CPDF.
5. Localice en la cinematografía alguna(s) película(s) en que se presente este delito y realice un debate en grupo.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción del hostigamiento sexual en el CPF y en el CPDF.
2. Determine quiénes pueden ser sujetos activo y pasivo.
3. Explique el elemento típico subjetivo.
4. ¿Existen circunstancias atenuantes?
5. ¿Existen circunstancias agravantes?
6. ¿Se presentan los aspectos negativos de los elementos del delito?
7. ¿Cómo es la reprochabilidad en el hostigamiento sexual?
8. ¿Cómo se persigue este delito?
9. ¿Puede configurarse la tentativa?
10. ¿Cuál es el resultado típico?
11. ¿Se puede presentar el concurso de delitos?
12. Señale las diferencias que existen en este delito en los códigos penales federal y para el Distrito Federal.

31 Abuso sexual

Este delito es el menos grave dentro del grupo de ilícitos que nos ocupa; sin embargo, su comisión resulta frecuente y es muy bajo el número de denuncias, por lo que existe una elevada cifra negra.

Respecto de su denominación, vale precisar que antes de las reformas a que nos referimos al principio de esta sección, el delito de abuso sexual se llamaba *atentado al pudor*. Otras legislaciones, tanto nacionales como extranjeras, lo conocen como *atentados al pudor*, *abusos deshonestos*, *actos libidinosos*, etc. En seguida se analizarán los elementos de que se integra tal figura típica.

31.1 Noción legal

Este tipo penal fue reformado en materia federal mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 14 de junio de 2012. El art. 260 del CPF define esta figura típica de la manera siguiente:

> Comete el delito de abuso sexual quien ejecute en una persona, sin su consentimiento, o la obligue a ejecutar para sí o en otra persona, actos sexuales sin el propósito de llegar a la cópula.
>
> A quien cometa este delito, se le impondrá pena de seis a diez años de prisión y hasta doscientos días multa.
>
> Para efectos de este artículo se entiende por actos sexuales los tocamientos o manoseos corporales obscenos, o los que representen actos explícitamente sexuales u obliguen a la víctima a representarlos.
>
> También se considera abuso sexual cuando se obligue a la víctima a observar un acto sexual, o a exhibir su cuerpo sin su consentimiento.

Si se hiciera uso de violencia, física o psicológica, la pena se aumentará en una mitad más en su mínimo y máximo.

El art. 176 del CPDF define el abuso sexual en estos términos: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión."

31.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Conforme a la descripción legal citada, el sujeto activo en el delito de abuso sexual puede ser cualquier persona física, sea hombre o mujer.
- Pasivo. Puede ser también cualquier persona, sin importar sexo o característica alguna.

  El art. 261 del CPF hace especial referencia al sujeto pasivo de este delito, al señalar una punibilidad agravada en relación con la prevista en el art. 260. En este caso, el sujeto pasivo debe ser:

  - Persona menor de 15 años de edad.
  - Persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho.
  - Persona que por cualquier causa no pueda resistirlo.

En lo referente a que el pasivo sea menor de 15 años de edad, cabe destacar que los sujetos idóneos, elegidos por el sujeto activo en este delito, son precisamente los niños. Dada la inmadurez natural, la poca edad y su temor a decir lo que les sucede, aunado a la menor capacidad para defenderse, suelen ser escogidos por quienes realizan estos comportamientos como sus víctimas idóneas, pues son totalmente vulnerables.

Como puede imaginarse, el daño más serio no es el consistente en la conducta típica que en breve se analizará, sino las consecuencias de tipo emocional que se convierten, con el tiempo y la falta de una atención adecuada, en problemas de tipo psicológico. Tal afectación llega a ocasionar alteraciones en el futuro comportamiento del menor en el terreno de la sexualidad y aun en su desarrollo general; de ahí la conveniencia de detectar estas conductas, que muchas veces permanecen ignoradas por los padres del sujeto pasivo, de manera que éste no recibe la atención profesional debida.

A falta de una adecuada educación y comunicación de los menores con sus padres, existe un gran número de actos delictivos de esta especie no denunciados, con lo cual se incrementa el problema, pues el sujeto activo se hace inmune y más propicio e indefenso el pasivo, quien, además, suele serlo de forma reiterada.

Cuando el sujeto activo es un profesor, un pariente o un allegado, el pequeño manifiesta cambios en su conducta que, de no ser atendidos por sus padres adecuadamente y a tiempo, ocasionarán en el largo plazo peores consecuencias. A veces los padres interpretan la resistencia del niño a asistir a la escuela, iglesia, deportivo, etc., como una actitud de rebeldía o de pereza, sin saber la verdadera causa; esto último ocasiona una reacción de disgusto en los padres y, a veces, de excesivo rigor hacia el menor.

El segundo supuesto se refiere a personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o que por alguna causa no pueden resistirlo. Se trata de quienes se encuentran en un estado de indefensión, ya sea transitorio o permanente, por razones naturales, de enfermedad, meramente circunstanciales, etc. Los ejemplos clásicos se refieren a personas con padecimientos mentales, dormidas, hipnotizadas, anestesiadas, inválidas o aquellas a las que el propio sujeto activo impide su defensa, etcétera.

Sin embargo, al respecto algunos tratadistas consideran que quien se encuentra en estado de inconsciencia (temporal o permanente) no puede ser sujeto pasivo de este delito, pues precisamente por su situación de inconsciencia no puede ser receptor de la conducta ofensiva que representa el abuso sexual; por tanto, no puede manifestar su desagrado o repulsión, porque no es titular del bien jurídico cuando no está consciente. Por ejemplo, si un médico psiquiatra hipnotiza a su paciente y en ese estado realiza tocamientos lascivos en determinadas partes del cuerpo del sujeto pasivo o lo obliga a efectuar actos de esa índole sobre el cuerpo del médico, no resultará afectado, por no estar consciente de ese hecho; sin embargo, en este caso, el bien tutelado es la libertad en el terreno sexual.

La razón de ser del agravamiento de la pena en este caso es la mínima facilidad de defensa que tiene el sujeto pasivo, dadas las circunstancias en que se encuentra. En estos casos la pena será de seis a 13 años de prisión. En este mismo caso, si además se emplea violencia sobre el pasivo, se aumentará la pena hasta en una mitad para el mínimo y el máximo.

El CPDF, en semejante hipótesis, contempla un aumento en la punibilidad de una mitad más.

Objetos

- Material. En este delito, el objeto material es el propio sujeto pasivo. Ya se indicó que puede serlo, en principio, cualquier persona y en dos casos especiales agravados: los menores de 15 años y quienes no pueden comprender o resistir la conducta típica.
- Jurídico. Está constituido por la libertad y el normal desarrollo psicosexual en la legislación federal; el CPDF establece como objeto jurídico tutelado la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual. Algunos juristas afir-

man que el objeto jurídico es el pudor de las personas; pero, en realidad, el pudor se ve afectado también en otros delitos sexuales y aun patrimoniales (cuando el ladrón desviste a la víctima para robarla), pero ello no indica que el bien tutelado sea el pudor. El delito en estudio atenta contra la libertad de actuar o de abstenerse en el ámbito sexual, sobre todo en menores, y contra su adecuado desarrollo psicosexual.

Cuando una persona no desea tocar o ser tocada en alguna parte del cuerpo y esta conducta es realizada por otra, contra su voluntad, se afecta la libertad sexual. En ese orden de ideas, cabe afirmar categóricamente que el objeto jurídico en este delito no es el pudor, como lo consideró por mucho tiempo el código, sino la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

El pudor afectado es, en todo caso, una consecuencia.

31.3 Clasificación

El delito de abuso sexual se clasifica como sigue:

- Por la conducta: de acción.
- Por el número de actos: unisubsistente o plurisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el daño: de lesión.
- Por su ordenación metodológica: fundamental.
- Por su autonomía: autónomo.
- Por su composición: anormal.
- Por su formulación: formado alternativamente.

31.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En este delito, la conducta típica consiste en ejecutar sobre una persona un acto sexual distinto de la cópula, u obligarla a ejecutarlo para sí o para otra persona e incluso observarlo (CPF).

El CPDF también considera la ejecución de un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula, por ejemplo, cuando el agente se practica en su propio cuerpo un acto sexual distinto de la cópula, obligando al pasivo a observarlo.

Antes de la reforma de febrero de 1989, la conducta típica consistía en realizar un "acto erótico sexual", terminología criticada por ser repetitiva, y antes de la reforma de enero de 1991 se incluía la frase "con intención lasciva".

En seguida se analizará qué debe entenderse, para efectos de este delito, por *acto sexual*.

Comúnmente y de acuerdo con el lenguaje coloquial, *acto sexual* es la relación sexual o cópula. En éste, como en muchos otros casos, es necesario recurrir a la norma y llevar a cabo una interpretación sistemática, o sea, relacionar esa norma con otras del mismo cuerpo legal. Así, cuando el código penal quiere referirse a la realización de la cópula, habla de ella, como en los delitos de violación y estupro. En este sentido, se entiende que respecto del delito de abuso sexual, el legislador se refiere a actos sexuales distintos de la cópula; además, la propia definición menciona que el acto sexual será sin el propósito de llegar a la cópula, con lo cual ésta queda excluida de dicho delito.

En ese orden de ideas, ¿qué se debe entender por *acto sexual*? En esta expresión quedan comprendidos todos los actos de tipo erótico que, sin llegar al coito, realiza una persona sobre otra. Se trata de tocamientos, frotamientos, besos, apretones, etc., que con erotismo lleva a cabo el activo sobre el pasivo; además, puede ser conducta típica el hecho de obligar al sujeto pasivo a que sea este último quien lleve a cabo el acto sexual sobre la persona del sujeto activo. Generalmente, tales tocamientos se realizan sobre zonas erógenas, como senos, labios, genitales masculinos o femeninos, caderas, etcétera.

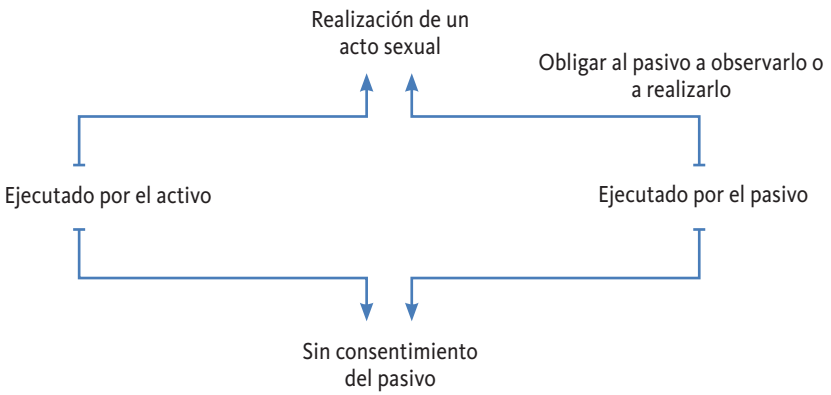
Con la reciente reforma al CPF le fue adicionado un tercer párrafo al art. 260 que precisa lo que debe entenderse por actos sexuales: "Para efectos de este artículo se entiende por actos sexuales los tocamientos o manoseos corporales obscenos, o los que representen actos explícitamente sexuales u obliguen a la víctima a representarlos." Además, el siguiente párrafo agrega que también se considera abuso sexual obligar a la víctima a observar un acto sexual o a exhibir su cuerpo sin su consentimiento (suponemos que el legislador quiso decir "sin ropa", desnuda o en actitud o posición obscena).

A su vez, el problema será probar la intención (aunque ya no la expresa la norma), que es algo meramente subjetivo. Algunos casos no ofrecen problema, como el de los sujetos que aprovechan las apreturas e incomodidades de un medio de transporte para tocar diversas partes del cuerpo de otra persona; sin embargo, en algunas situaciones resulta casi imposible saber o demostrar la intención del sujeto activo. Un caso sería el del médico ginecólogo que toca los senos de la mujer y argumenta que trata de localizar un abultamiento anormal, posiblemente revelador de un tumor, cuando en realidad lo hace con un propósito lascivo, obsceno. Es un hecho que el sujeto pasivo sabe mejor que nadie cuál es la intención o motivación del activo, lo difícil es acreditarlo.

Formas y medios de ejecución

En este delito son formas de ejecución cualesquiera que impliquen para el sujeto activo el móvil obsceno o lujurioso, manifestado mediante cualquier comportamiento distinto de la cópula.

Cuadro 47 **La conducta en el abuso sexual.**



Es necesaria la ausencia del consentimiento (excepto en lo previsto por los arts. 261 del CPF y 177 del CPDF) por parte del sujeto pasivo, pues en ello se basa el atentado a su libertad sexual, lo que origina el reproche penal.

Un medio para lograr la ejecución del acto sexual típico puede ser la violencia, en cuyo caso la ley establece una pena agravada tanto en el art. 260, quinto párrafo, como en los arts. 261, segundo párrafo y 266 *bis* del CPF, y 176, segundo párrafo, 177, segundo párrafo y 178 del CPDF. Más adelante se analizará esta situación.

Otro aspecto importante en relación con la conducta típica y su forma de ejecución es el referente a precisar que puede manifestarse de varias maneras:

- El activo realiza el acto sexual.
- El sujeto activo obliga al pasivo a efectuar dicho acto.
- Obligar al pasivo a observar el acto sexual.
- Obligar al pasivo a exhibir su cuerpo sin su consentimiento (CPF).

Dicho de otra manera, lo anterior implica que el acto sexual puede llevarlo a cabo el agente sobre el cuerpo del sujeto pasivo, o que quien lo realice esté obligado por aquél. Un ejemplo de esta última conducta sería que una persona obligara a otra a realizar caricias eróticas sobre el propio cuerpo del sujeto activo.

Se cuestiona si el exhibicionismo es una forma de cometer este delito. La respuesta es negativa. Cuando una persona exhibe su cuerpo desnudo a otra o sólo sus genitales, realiza un comportamiento atípico del delito de abuso sexual, porque éste exige, por disposición de la norma, que ejecute el acto "en ella", o sea, en la persona del pasivo de manera directa, y en el exhibicionismo la conducta no se dirige a ejecutarla sobre la persona de manera material.

El comportamiento a que se hace referencia, si bien es atípico de abuso sexual, resulta típico de otra conducta: la descrita en el art. 201, inciso *f)*, del CPF.

En este delito, el bien jurídico que se tutela es el libre desarrollo de la personalidad, no la libertad sexual en el plano individual.

Por último, en cuanto al número de actos, este delito puede cometerse mediante uno solo (unisubsistente) o por medio de varios (plurisubsistente).

Ausencia de conducta

En opinión de diversos autores, se acepta la ausencia de conducta en este delito en los casos de *vis absoluta*, *vis maior* y actos reflejos.

Si se considera que este tipo exige la doble concurrencia de elementos subjetivos, intención erótica y no intención de llegar a la cópula, no será configurable la ausencia de conducta, pues quien realiza un acto sexual en función de actos reflejos o por *vis maior*, por ejemplo, no actúa como se exige para los casos de ausencia de conducta. Cuando no hay elemento subjetivo se presenta la atipicidad y no el elemento negativo de la conducta. Sólo en delitos que no exigen un elemento subjetivo, ligado a la intencionalidad específica, se puede presentar la ausencia de conducta.

31.5 Tipicidad en el delito de abuso sexual

La conducta realizada por el sujeto activo debe concordar con el tipo penal correspondiente, con la concurrencia de los elementos típicos siguientes:

- Conducta.
- Sujetos (activo y pasivo).
- Bien jurídico tutelado.
- Medios de ejecución.
- Elemento subjetivo.

Atipicidad

La conducta será atípica cuando no encuadre en el tipo. Esto podrá suceder por faltar alguno de los elementos típicos a los que ya se ha hecho referencia.

Un ejemplo de atipicidad es el del masajista que toca todo el cuerpo de una persona con el propósito de brindar un masaje de descanso, o cuando el médico toca ciertas partes del cuerpo para detectar anomalías, o cuando el sastre toca algunas partes del cuerpo del cliente para tomar medidas o probar una prenda.

31.6 Antijuridicidad en el delito de abuso sexual

Antijuridicidad

Esta figura es antijurídica en tanto la ley la consagra al tutelar un bien jurídico. Quien realiza este comportamiento contraría la norma penal y actúa contra derecho.

Causas de justificación

En nuestra opinión, no puede configurarse ninguna de las hipótesis de causas de justificación, como estado de necesidad, legítima defensa, etcétera.

Alberto González Blanco considera que es factible el ejercicio de un derecho respecto de cónyuges y, por causa de necesidad, en el caso de los médicos.[1]

Por su parte, Marcela Martínez Roaro concibe posible el ejercicio de un derecho y el estado de necesidad.[2]

Circunstancias modificadoras

En este delito no se presentan circunstancias atenuantes, pero sí agravantes.

Agravantes. En el delito de abuso sexual existen las agravantes específicas siguientes:

- Cuando el activo emplea la violencia, sea física o moral, según lo dispone el quinto párrafo del art. 260 del CPF, en cuyo caso, la pena se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo.
- En el supuesto del art. 261 del CPF, cuando la conducta se realiza en menores de 15 años de edad o en personas que no pueden comprender el significado del hecho o resistir la conducta criminal.
- En el caso anterior, cuando además se emplea violencia física o moral (art. 261, segundo párrafo, CPF).
- De conformidad con lo dispuesto en el art. 266 *bis* del CPF, las penas previstas para el abuso sexual (y violación) se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

  I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;
  II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, 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 en que la ejerciere sobre la víctima;
  III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el condenado será destituido 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 aproveche la confianza en él depositada.

[1] Alberto González Blanco, *Delitos sexuales*, 4ª ed., Porrúa, México, 1979, pág. 83.

[2] Marcela Martínez Roaro, *Delitos sexuales*, Porrúa, México, 1991, pág. 212.

Por cuanto hace al CPDF, la punibilidad se agrava cuando se ejerce violencia (art. 176, segundo párrafo) y en los casos siguientes:

I. Con intervención directa o inmediata de dos o más personas;
II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquéllos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido. [...];
III. Por quien valiéndose de medios o circunstancias que le proporcionen su empleo, cargo o comisión públicos, profesión, ministerio religioso o cualquier otro que implique subordinación por parte de la víctima. Además de la pena de prisión, si el agresor fuese servidor público se le destituirá e inhabilitará en el cargo, empleo o comisión, o en su caso, será suspendido en el ejercicio de su profesión por un término igual al de la pena de prisión;
IV. Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada;
V. Fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público;
VI. Fuere cometido en despoblado o lugar solitario;
VII. Dentro de los centros educativos, culturales, deportivos, religiosos, de trabajo o cualquier otro centro de naturaleza social; y
VIII. En inmuebles públicos (art. 178, CPDF).

Además de lo anterior, cuando se ejerce en una persona que no tiene la capacidad de comprender el hecho o no lo puede resistir. En estos casos se aumentarán dos terceras partes a la pena.

31.7 Culpabilidad

Por cuanto hace al reproche penal, éste sólo puede ser doloso.

El delito de abuso sexual únicamente puede ser doloso o intencional. Sólo con la intención específica del activo es posible la configuración de este ilícito.

La intención obscena, lasciva, etc., y la de no llegar a la cópula eliminan la posibilidad de cualquier otro tipo de reproche, como la culpa (imprudencia).

El pasajero de un autobús que sin querer toca el seno de una mujer que se encuentra frente a él, a causa de la apretura o un movimiento repentino del vehículo, no comete este delito ni puede decirse que sea culposo, pues ni en este ilícito ni en ninguno de tipo sexual es posible configurar la imprudencia, ni la preterintención en las legislaciones donde aún existe.

Inculpabilidad

A causa del elemento típico subjetivo requerido en este delito, no es posible que se presente el aspecto negativo de la culpabilidad.

Igual que en otras cuestiones, algunos tratadistas opinan que es posible la configuración del error esencial de hecho y la no exigibilidad de otra conducta. Nosotros insistimos en afirmar que, dada la necesidad de que se presente el elemento subjetivo, no es posible el surgimiento del aspecto negativo (en este caso, de la culpabilidad), pues el error y la intención específica no pueden coexistir simultáneamente.

En caso de que una persona obligara a otra a tocar ciertas partes del cuerpo de otra, amenazándola, no habría reproche penal hacia la persona amenazada: actuaría por un temor fundado o no exigibilidad de otra conducta.

31.8 Punibilidad

En el delito de abuso sexual existen punibilidades distintas, dependiendo de cada hipótesis y de las conductas agravadas.

Debido a las constantes reformas en materia de punibilidad, se recomienda consultar directamente los códigos penales.

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna en este delito.

31.9 Consumación y tentativa

Consumación

El abuso sexual se consuma en el instante de ejecutar en el sujeto pasivo el acto sexual distinto de la cópula, o cuando se obliga al pasivo a observar o ejecutar el acto distinto de la cópula o a exhibir su cuerpo.

Tentativa

Antes de las reformas aludidas en relación con este delito (febrero de 1989), el código penal señalaba que este delito se castigaría sólo cuando se hubiera consumado. Esto quería decir que la tentativa no se configuraba *de jure*, aunque pudiera existir *de facto*.

Al eliminar tal precepto, queda abierta la posibilidad de que se presente el grado de tentativa; sin embargo, es difícil su configuración.

31.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Los delitos de abuso sexual, estupro y violación no pueden coexistir en la misma conducta, pues el primero establece la ausencia del propósito de copular, mientras

que en la violación y el estupro la cópula es la conducta típica. Sin embargo, el daño en propiedad ajena o la lesión sí pueden coexistir simultáneamente con el delito de abuso sexual cuando el sujeto activo, para realizar el acto sexual, rasga la ropa del pasivo o hiere su piel, sobre todo cuando emplea violencia física.

Real o material

Igualmente puede presentarse, por ejemplo, cuando con una conducta se profieren amenazas y con otra se realiza el acto sexual; también cuando después de cometer el abuso sexual se lesiona, roba o mata a la víctima.

31.11 Participación

En la figura mencionada pueden presentarse los distintos grados de participación de personas.

31.12 Perseguibilidad o procedencia

El delito de abuso sexual se persigue de oficio en el ámbito federal.

En materia de fuero común, cada código estatal establece la procedibilidad. El CPDF, en su art. 176, párrafo tercero, precisa la querella como requisito de procedibilidad, salvo que concurra violencia, en cuyo caso se procederá de oficio. Nos parece que lo adecuado es la procedibilidad por querella de parte ofendida y no la de oficio.

Actividades

1. Resuma el tema relativo al delito de abuso sexual y redacte un breve ensayo acerca del mismo.
2. Diseñe un cuadro sinóptico que contenga todos los elementos típicos de este delito.
3. Proponga varios ejemplos en los que se vea claramente la conducta típica, los sujetos y el elemento típico subjetivo.
4. Después de leer este capítulo, explique, por escrito, las razones que considere que existen para que dicho delito tenga una elevada cifra negra.
5. Elabore un cuadro comparativo sobre el abuso sexual en los códigos federal y para el Distrito Federal.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal de abuso sexual en materia federal.
2. Indique cuál es el elemento típico subjetivo en este delito.
3. Señale quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo.
4. Indique cuáles son los objetos material y jurídico en el abuso sexual.
5. En cuanto a la culpabilidad, ¿cómo puede ser este ilícito?
6. Indique si existen circunstancias atenuantes y agravantes.
7. Diga si pueden configurarse el concurso ideal y el material y proponga dos ejemplos de cada uno.
8. ¿Cómo es la perseguibilidad en este delito en el fuero federal?
9. Explique cuándo se consuma dicha figura típica.
10. Explique en qué consiste la reforma legal de junio de 2012.

32 Estupro

Contemplado desde tiempos remotos en diversos pueblos, el estupro ha tenido varias modificaciones e incluso en la actualidad son distintas las concepciones que se tienen al respecto.

En la legislación penal mexicana, los diferentes estados de la República, al concebir este delito, le dan diversos matices en cuanto al sujeto pasivo, sus características y medios de ejecución, así como por lo que se refiere a las punibilidades.

En términos generales, dicha figura típica tiene bases subjetivas endebles que dificultan la interpretación en los casos concretos, además de su inoperancia práctica en muchos aspectos, dados los cambios y la evolución cultural ocurridos en el comportamiento humano. Sin duda, el hombre y la mujer de hoy son distintos de los de hace varias décadas; su pensamiento, comportamiento, necesidades, etc., son totalmente diversos y, por tanto, no corresponden a principios éticos y fundamentos legales de otras épocas.

Por cuanto hace a su terminología, la palabra *estupro* también representa confusión, a la fecha, sin que exista unanimidad en el criterio de cada tratadista.

Antiguamente, incluso había serias confusiones entre diversos delitos, como violación, estupro, rapto y adulterio.

En seguida se verá cómo está contemplado este delito en la legislación penal vigente y de qué manera es visto por la doctrina.

32.1 Noción legal

Este delito es uno de los que sufrieron más transformaciones con las reformas de enero de 1991, sobre todo porque cambia el sujeto pasivo, que antes sólo podía ser la mujer menor de 18 años, casta y honesta.

El art. 262 del CPF, vigente hasta el 14 de junio de 2012, definía al estupro de la manera siguiente: "Al que tenga cópula con una persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaños, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión." Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) en la fecha citada, se modificó la edad mínima para quedar así: "Al que tenga cópula con persona mayor de quince años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión."

El art. 180 del CPDF lo define así: "Al que tenga cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión."

De dichas descripciones legales se obtienen los elementos constitutivos de este delito, que se analizan a continuación.

32.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. El sujeto activo en el estupro puede ser tanto el hombre como la mujer.
- Pasivo. El CPF precisa, de manera clara, que puede ser sujeto pasivo de estupro la persona (hombre o mujer) que tenga más de 15 años de edad y menos de 18. El CPDF establece que debe ser mayor de 12 y menor de 18.

  Tan era cuestionable el señalamiento de esta edad, por considerarse que no correspondía a las exigencias socioculturales de la época actual, que el 14 de junio de 2012 se modificó la mínima para quedar "mayor de quince años".

Sin perder de vista el bien jurídico tutelado, cabe afirmar que el límite máximo para ser sujeto pasivo de este delito no debe aumentarse, pues una persona mayor de esta edad debe obrar con absoluta libertad en cuanto a su comportamiento sexual, dadas las actuales condiciones culturales que hacen de una persona un ser capaz de decidir libremente acerca de su actuar sexual. Incluso, bien podría disminuirse la referida edad a 16 años, porque hoy un joven de esta edad posee el conocimiento y la madurez que hace varios años no tenía. En consecuencia, el derecho penal no debe intervenir en sus decisiones personalísimas, que incumben sólo al individuo, derivadas tanto de la educación como de las pautas culturales que individualmente le hayan proporcionado sus familiares y el ambiente social en el que se haya desenvuelto.

Cabe recordar que aun cuando antes de la reforma de 1991 la norma era omisa en lo que concierne a la edad mínima para ser sujeto pasivo de estupro, al llevar a cabo una interpretación sistemática en relación con otras normas, se llegaba a la conclusión de que había un límite mínimo. Esto se desprendía del art. 266 del código penal vigente entonces, que establecía una pena igual a la del delito de violación

para quien tuviera cópula sin violencia con persona menor de 12 años. Esto significa que el legislador consideraba como violación la cópula voluntaria, no violenta, con persona menor de 12 años, dada la inmadurez natural debida a la escasa edad y, por tanto, reveladora de incapacidad para conducirse de manera adecuada en el terreno sexual.

Así, los límites de edad para ser sujeto pasivo de estupro son: mayor de 15 años y menor de 18. Las legislaciones locales no son uniformes en este sentido. Por dar algunos ejemplos, tenemos lo siguiente:

- El *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca* señala que el pasivo debe ser persona menor de 18 y mayor de 12.
- El *Código Penal del Estado de Yucatán* exige que sea menor de 18 y mayor de 12 años.
- El *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco* menciona que debe ser menor de 18 años y mayor de 12.
- El *Código Penal para el Estado de Hidalgo* prevé la edad menor de 18 y mayor de 12 años.
- El *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave* contempla mayor de 14 y menor de 18 años.

Además de la edad, el entonces vigente Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal exigía dos características de tipo subjetivo que debía reunir el pasivo de estupro (mujer): la castidad y la honestidad. Se trata de dos nociones imprecisas, confusas y cambiantes que suelen confundirse entre sí o con otras ideas, como la virginidad y la doncellez. Por otra parte, en la práctica cada una de ellas resulta de muy difícil probanza. Dado que algunas legislaciones locales aún las contemplan, a continuación se hace referencia a ellas.

Castidad. González de la Vega afirma que "es una virtud relativa a la conducta externa del ser humano, que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita".[1]

Carrancá y Trujillo afirma que la castidad es un elemento "normativo, de valoración cultural, y por ello corresponde al juez apreciarlo, en uso de su facultad de interpretación".[2]

En realidad, las nociones y definiciones de castidad que se han dado son muchas; comúnmente, se le asocia con la pureza, la doncellez y la virginidad.

[1] Francisco González de la Vega, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1997, pág. 371.

[2] Raúl Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pág. 691.

En la Edad Media, el cinturón de castidad resguardaba a la mujer (soltera y casada) de tener relaciones sexuales, sobre todo cuando el padre o marido se alejaba del hogar por un tiempo prolongado.

Cabe aclarar que la noción de virginidad, tan manejada y mal interpretada, consiste en la integridad del himen, es decir, que éste no se haya desgarrado. En ese orden de ideas, es válido precisar que su desgarramiento puede deberse a la penetración del miembro viril o al exceso de masturbación por parte de la propia mujer, pero también a causa de algún accidente.

Por otra parte, entre la multiplicidad de hímenes que existen, algunos son elásticos (llamados comúnmente *complacientes*) y a pesar de penetraciones innumerables permanecen intactos; hay otros muy frágiles, que se rasgan con leves accidentes deportivos, derivados de la práctica de la danza, etc. Asimismo, hay cirugías reconstructivas del himen a las cuales recurren algunas mujeres que, antes de contraer matrimonio, quieren aparentar su virginidad.

De todo lo anterior se colige que puede presentarse el caso de que haya mujeres vírgenes no castas o castas no vírgenes. En el primer supuesto estaría una prostituta con himen elástico, el cual se mantiene íntegro a pesar de innumerables cópulas realizadas; en el segundo se encuentran las mujeres que han sufrido desgarramiento del himen sin haber realizado cópula alguna, ya sea de manera accidental, como una caída o abertura de piernas (que generalmente ocurre en la infancia) o como sucede en algunos pueblos de cultura oriental, donde a las recién nacidas les perforan el himen, de la misma manera que en pueblos occidentales se les perforan los lóbulos de las orejas, con fines meramente estéticos.

Como se advierte, la virginidad dista mucho de resolver el problema referente a la castidad y, por supuesto, no son lo mismo; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sentado jurisprudencia al respecto, en el sentido siguiente: "Para la configuración del delito de estupro, la virginidad de la ofendida menor de 18 años es indicio vehemente de su castidad y honestidad."[3]

Consideramos que tal "indicio" no es otra cosa que una presunción *iuris tantum*.

Honestidad. "Nosotros encontramos entre honestidad y castidad una relación de género a especie. La primera sería el género y la segunda la especie; y como puede existir género sin especie, cabe admitir mujeres honestas, no castas (viudas, casadas, divorciadas)."[4]

La SCJN considera la honestidad como "el recato y la correcta manera de conducirse en la vida sexual".[5]

[3] Tesis aisladas. Segunda parte XLI. Primera Sala. Sexta Época. *Semanario Judicial de la Federación*. Página 31, 1960.

[4] Alberto González Blanco, *Delitos sexuales*, Porrúa, México, 1979, pág. 107.

[5] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1985, México, pág. 281.

En resumen, castidad es la abstención de realizar actividades sexuales ilícitas, en tanto que la honestidad constituye la manera recatada de comportamiento en el ámbito sexual ante los demás; la primera es de tipo interno y la segunda externo, de apariencia.

A continuación se precisará si puede haber mujeres castas no honestas y honestas no castas.

Mujer casta no honesta sería la que trabaja por las noches como bailarina y se desnuda ante el público, pero que aún no ha tenido relaciones sexuales.

Mujer honesta no casta sería la mujer casada, viuda o divorciada que se conduce con recato en cuanto a su comportamiento con los demás.

Tanto la castidad como la honestidad son situaciones subjetivas y cambiantes, con una valoración distinta según la época y el lugar, y de acuerdo con las condiciones socioculturales del momento. Al juez le corresponde su valoración con base en las pruebas aportadas, pero la ley exigía ambas, no una u otra.

Obra la presunción de castidad hasta demostrar lo contrario.

En relación con lo que contemplan las legislaciones locales, algunas exigen ambas calidades en la mujer, otras sólo una de ellas y varias más no aluden a ninguna y hacen referencia únicamente a la edad.

Varios códigos estatales conservan estos requisitos para la mujer como sujeto pasivo.

Objetos

- Material. Es el propio sujeto pasivo del delito, que en este caso es cualquier persona mayor de 15 y menor de 18 años.
- Jurídico. A pesar de la divergencia de opiniones que existen al respecto, nos inclinamos por aceptar que el bien tutelado en el estupro es la libertad sexual, y dependiendo de la edad, el normal desarrollo psicosexual; para algunos tratadistas es la seguridad sexual o la inexperiencia en este ámbito. Sin embargo, opinamos que éste no es el bien tutelado, pues al exigir la ley que el consentimiento otorgado lo sea mediante el engaño, no se puede aceptar que sea la seguridad sexual. Por tanto, se considera acertada la inclusión de esta figura típica en el título relativo a libertad sexual y normal desarrollo psicosexual.

32.3 Clasificación

El estupro se clasifica como un delito:

- Por su conducta: de acción.
- Por el número de actos: unisubsistente o plurisubsistente.
- Por su duración: instantáneo.

- Por el daño: de lesión o daño.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: normal.
- Por su formulación: de formulación casuística, y acumulativamente formado.
- Por el resultado: material.

32.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el estupro, es la realización de la cópula.

Por *cópula* se entiende la unión o ayuntamiento carnal, que puede ser de dos tipos: normal o idónea y anormal o inidónea.

Normal o idónea. Es la conocida como *vaginal* o *vulvar*, que consiste en la introducción del miembro viril o pene en la abertura vaginal. Únicamente pueden realizarla un hombre y una mujer.

Anormal, inidónea o impropia. Es la que se realiza por vía no idónea, esto es, la introducción no se ejecuta por vía vaginal y puede ser de dos tipos: oral y anal.

- Oral o bucal. Consiste en la introducción del miembro viril en la boca. Puede realizarla un hombre con una mujer o un hombre con otro hombre.
- Anal o rectal. Es la consistente en introducir el pene en el ano de otra persona. Puede ejecutarlo el hombre sobre la mujer o sobre otro hombre.

En el caso del estupro, existen dos corrientes respecto de cuál es la cópula que puede configurar el delito. Para unos, sólo será la cópula normal o idónea o vaginal, mientras que para otros también puede serlo la inidónea o impropia.

La norma penal, al no limitar su sentido, debe entenderse en el más amplio, lo cual significa que cualquier tipo de cópula configura el estupro. Se debe tener presente, sobre todo, que cualquiera de ellas, configurados los demás elementos típicos, afecta el bien jurídico tutelado.

La menor o mayor gravedad del daño será valorada por el juez, quien, en ejercicio de su arbitrio, podrá imponer la pena que sea más adecuada en el caso concreto, dentro del mínimo y máximo señalados en la norma.

Formas y medios de ejecución

El estupro es un delito que exige un medio específico para su realización y, por tanto, para que se configure la tipicidad, como se verá más adelante. El CPF hace referencia al engaño y el CPDF a "cualquier tipo de engaño". Consideramos innecesaria la expresión "cualquier tipo…" El sujeto activo debe engañar a la víctima y así

obtener su consentimiento para copular con ella. Sólo mediante el engaño se puede realizar el estupro; jamás la violencia podría integrar el estupro, pues en ese caso se estaría en presencia del delito de violación. En seguida se precisa lo que se entiende por *engaño*.

Engaño. Es inducir a alguien a creer que es cierto lo que no es. Consiste en dar apariencia de verdad a una mentira. Puede consistir en una simulación, por ejemplo, simular el activo que es soltero, cuando en realidad está casado, o simular una celebración de matrimonio para realizar la cópula con la supuesta esposa. De todos los engaños, el más común es la falsa promesa de matrimonio, por la cual una mujer acepta copular con un varón.

Sólo como dato adicional se menciona que en enero de 1985 entró en vigor una reforma por la cual se eliminó un medio de ejecución en este delito, que era la seducción. Tanto el engaño como la seducción se presentaban como medios idóneos necesarios, pero de manera alternativa: el estupro se producía mediante engaño o por seducción.

Varios códigos estatales aún conservan como medio ejecutivo a la seducción.

Ausencia de conducta

No puede presentarse ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta.

32.5 Tipicidad en el delito de estupro

Tipicidad

Para que la conducta concreta se considere típica debe reunir los elementos de que se conforma el tipo, como se muestra en el cuadro 48. Habrá tipicidad cuando:

- Se dé la conducta: cópula.
- Existan los sujetos activo y pasivo con las calidades exigidas por la norma.
- Cuando la conducta se realice a través del medio de ejecución expresado en la norma: engaño.

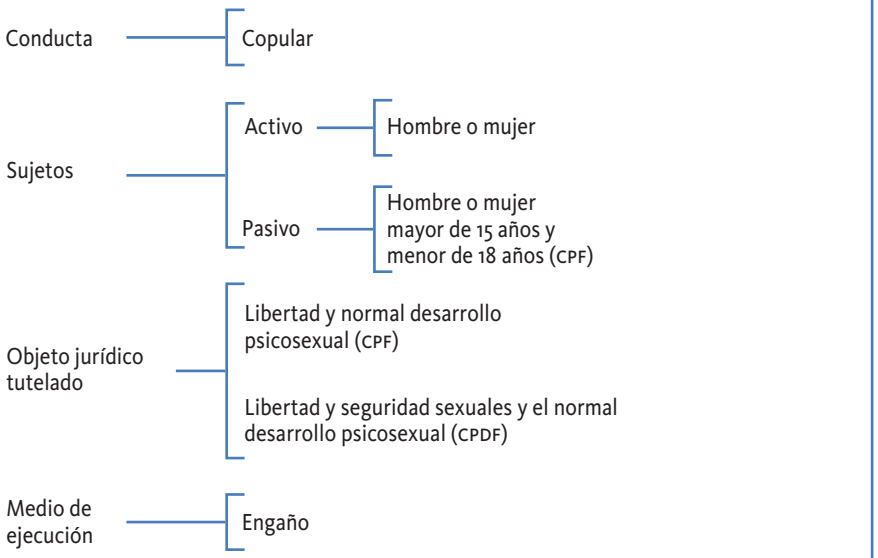
Atipicidad

La conducta en el estupro será atípica cuando falte alguno de los elementos típicos que se han mencionado y explicado en su oportunidad.

Algunos ejemplos de atipicidad son los siguientes:

- Que alguien copule con persona mayor de 18 años de edad.
- Que el activo obtenga la cópula con persona de 18 años por medio de violencia.
- Copular con persona menor de 15 años.
- Que la conducta sea un comportamiento distinto de la cópula, como por ejemplo, un tocamiento obsceno.

Cuadro 48 **Tipicidad en el delito de estupro.**



32.6 Antijuridicidad en el delito de estupro

Antijuridicidad

La comisión del delito de estupro es antijurídica, ya que implica una contrariedad al derecho por tratarse de un comportamiento previsto y tutelado por la ley penal. La transgresión al bien jurídico tutelado expresamente por la ley constituye un obrar contra derecho.

Causas de justificación

En el estupro no se presenta ninguna causa justificativa.

Circunstancias modificadoras

Tampoco se presentan circunstancias atenuantes ni agravantes.

32.7 Culpabilidad

En este delito únicamente puede producirse la forma dolosa o intencional. Jamás podrá configurarse mediante culpa o imprudencia. El reproche penal se basa en la intención de engañar a la víctima para copular con ella.

Inculpabilidad

Puede presentarse el caso de error esencial de hecho invencible, cuando el activo cree ciertamente que el pasivo es mayor de 18 años.

32.8 Punibilidad

El CPF señala una sanción de tres meses a cuatro años de prisión.

El CPDF establece una punibilidad de seis meses a cuatro años de prisión.

Antes de la reforma de enero de 1991, el código concedía una forma de extinción penal cuando el estuprador se casaba con la mujer estuprada.

Tal situación, muy común en la vida, sobre todo dentro del marco cultural que impera en países como México, resultaba contraproducente en la práctica. Los padres de la ofendida, con tal de "lavar la mancha", preferían el matrimonio de la menor, cuando en realidad esto, en el largo plazo, podía ocasionar innumerables conflictos y problemas. No siempre el amor, la convicción y la madurez llevaban al matrimonio a las parejas jóvenes, sino el temor del sujeto activo a quedar privado de su libertad por la sentencia correspondiente y el deseo de casarse para evitar la "deshonra" en la mujer, aunado todo ello al sentir de los padres. En este caso, la inmadurez de la pareja originaba una serie de dificultades, pues se contraía la enorme responsabilidad de haberse casado y, consecuentemente, la de convertirse en padres.

Por cuanto hace al aspecto jurídico, algunos autores consideran que la cesación de la acción penal constituía una excusa absolutoria, pero, en realidad, consideramos que se trataba sólo de una forma expresa de extinción de la acción penal derivada del perdón de la ofendida, mas no de una excusa absolutoria.

Al poder ser sujetos activo y pasivo indistintamente el hombre y la mujer, tuvo que desaparecer esta causa de extinción penal.

En algunas comunidades donde aún se conservan tradiciones y costumbres ancestrales, existe la de casar a la mujer estuprada, y aun violada, con su estuprador o violador. En lo personal considero absurda e incluso abominable tal práctica.

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna en este delito.

32.9 Consumación y tentativa

Consumación

El estupro se consuma en el instante de realizar la cópula el activo con el pasivo. No es, como erróneamente se cree, en el momento de obtener el consentimiento del pasivo mediante el engaño, sino en el momento de copular.

Tentativa

Se puede configurar cuando el sujeto activo efectúe todos los actos tendentes a realizar de la cópula con el pasivo, pero que ésta no se consuma por causas ajenas a la voluntad de aquél.

32.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Con la realización del estupro pueden presentarse simultáneamente otras figuras típicas, como lesiones (al copular), peligro de contagio o adulterio.

No pueden coexistir, con la misma conducta, los delitos de estupro y violación, los de estupro y abuso sexual, o los de estupro y hostigamiento sexual.

Real o material

También puede suceder que, con una conducta, el sujeto activo realice el estupro y con otras produzca otros delitos, por ejemplo, que después de copular robe al pasivo, lo viole, amenace, lesione o incluso lo prive de la vida.

32.11 Participación

Se pueden producir los distintos grados de participación de personas en este delito.

32.12 Perseguibilidad o procedencia

Este delito se persigue por querella de parte ofendida; así, el art. 263 del CPF dispone: "En el caso del artículo anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes."

El art. 180, segundo párrafo, del CPDF establece: "Este delito se perseguirá por querella."

En virtud de que el estupro se persigue por querella necesaria, puede proceder el perdón del ofendido.

32.13 Reparación del daño

El art. 276 *bis* del CPF indica: "Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio."

El art. 182 del CPDF establece: "Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores resulten hijos, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil."

Bejarano Sánchez, glosando el art. 34 del CPF, dice: "La reparación del daño proveniente del ilícito penal será exigida de oficio por el Ministerio Público."[6]

[6] Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles*, 5ª ed., Oxford University Press, México, 1999, pág. 288.

Véase también el art. 30 *bis* del CPF, que enuncia el orden de quienes tienen derecho a la reparación del daño.

Cuadro 49 Estupro.

- Artículos que lo contemplan
  - 262, 263 y 276 bis, CPF; 180 y 182, CPDF
- Conducta típica
  - Copular
- Sujetos
  - Activo
    - Cualquier persona física
  - Pasivo
    - Cualquier persona física mayor de 15 (CPF), mayor de 12 años (CPDF) y menor de 18 años
- Objetos
  - Material
    - Sujeto pasivo
  - Jurídico
    - La libertad y el normal desarrollo psicosexual (CPF)
    - La libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual (CPDF)
- Medio de ejecución
  - Engaño
- Pena
  - De tres meses a cuatro años de prisión (CPF)
  - De seis meses a cuatro años de prisión (CPDF)
- Culpabilidad
  - Dolo
- Perseguibilidad
  - Querella de parte ofendida
- Reparación del daño
  - Pago de alimentos al hijo y a la madre

Actividades

1. Elabore un cuadro que contenga los elementos típicos del delito de estupro.
2. Diseñe un ejemplo en el que se vea lo siguiente:
   a) Atipicidad por la edad del pasivo.
   b) Atipicidad por el medio empleado.
   c) Atipicidad por la conducta típica.
3. Resuma en una cuartilla el tema relativo al estupro en el CPDF.
4. Haga una crítica personal respecto de este delito, en la que se manifieste su conformidad y se razone, o bien, en caso contrario, donde se expongan las observaciones y críticas propias y se den las bases para ello.
5. Consulte cinco códigos penales estatales que contemplen de manera diferente el estupro, relaciónelos con el CPDF, establezca las diferencias básicas y señale cuál es su postura al respecto.
6. En una cuartilla exprese su opinión sobre las características que debe reunir una persona para ser sujeto pasivo de estupro.

Autoevaluación

1. Indique cuáles son los elementos típicos del delito de estupro en el CPDF.
2. Señale quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en el estupro en el CPF.
3. ¿Cuáles son las calidades o características que debe reunir el sujeto pasivo en el estupro en el CPF?
4. ¿Pueden configurarse los aspectos negativos de la conducta y la antijuridicidad?
5. ¿Pueden producirse los aspectos negativos de la tipicidad y de la culpabilidad?
6. ¿Se presentan excusas absolutorias en el estupro?
7. ¿Existen circunstancias atenuantes y agravantes en este ilícito?
8. ¿Puede existir el estupro con violencia?
9. ¿Qué es la honestidad?
10. ¿Es lo mismo castidad que virginidad?
11. ¿Puede configurarse el concurso ideal en el estupro? En caso afirmativo, presente un ejemplo.
12. ¿Cómo se persigue este delito?
13. ¿En qué consiste la extinción de la acción penal en el estupro?

33 Violación

La violación se considera el más grave de los delitos contra la libertad, la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual; en opinión de algunos, sobre todo de las víctimas, se trata de un delito aún más grave que el propio homicidio, pues consideran preferible, en un momento dado, perder la vida que ser objeto de tan humillante conducta. Ésta deja, además del daño directo de la violencia sexual, la afectación psicológica, que en muchas ocasiones dura toda la vida, sin contar las consecuencias para la propia familia; asimismo, no se debe perder de vista la conmoción social que ocasiona.

Objeto de innumerables reformas, este delito ocupa actualmente un lugar preponderante en el derecho penal. Los estudios e investigaciones al respecto son múltiples; así, son importantes tanto el aspecto jurídico y legal como el social, psicológico, criminológico e incluso el económico. El origen de todo delito parte de la educación, pues de ésta surgen los valores inculcados al sujeto, la forma como tiene que ver la vida, su respeto hacia los demás, etc. Excepto en el caso de trastornos patológicos específicos, tales situaciones se pueden prever y resolver mediante una educación adecuada, con la cual se evite incluso la sobrepoblación, generalmente ocasionada por ausencia de los más elementales principios, derivada de una educación deficiente.

En seguida se hará el análisis jurídico legal de este delito, controvertido y sumamente dañino.

33.1 Noción legal

En las reformas del 14 de junio de 2012 este tipo penal se vio modificado en algunos aspectos en el fuero federal.

El art. 265 del CPF hace referencia al delito de violación de esta manera: "Comete el delito de violación quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a veinte años."

La redacción es francamente mala, pues luego de establecer en qué consiste el delito de violación, pasa directamente a la punibilidad con una total ausencia de buena sintaxis.

El art. 174 del CPDF establece: "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."

Como se advierte, la noción legal en ambos códigos es casi idéntica y la punibilidad muy diferente.

A partir de estas definiciones, se analizará cada uno de los elementos que integran dicha figura típica.

33.2 Sujetos y objetos

Sujetos

Activo. Conforme a la descripción legal, en el delito de violación cualquier persona física puede ser sujeto activo, sea hombre o mujer; sin embargo, diversos tratadistas opinan que la mujer no puede ser sujeto activo porque es incapaz de imponer la cópula por medio de violencia, dada su naturaleza. Así, se dice que si una mujer tratara de forzar a un hombre a copular con ella, el varón, ante la intimidación, no podría presentar erección y, por tanto, la cópula sería imposible.

Con todo, no debe perderse de vista que la violencia en tal delito puede ser moral y ocurrir que la mujer amenace con un mal determinado al hombre con quien pretende copular, y así presentarse la figura típica. Por otra parte, debido a la reforma de febrero de 1989, mediante la cual se adiciona un segundo párrafo (ahora tercero) al art. 265 antes citado, cabe la posibilidad de violación en la que el sujeto activo sea la mujer, en virtud de que dicha adición establece sanción para quien introduzca un instrumento distinto del miembro viril por vía anal o vaginal, situación que se estudiará al examinar la conducta típica.

También es factible que la mujer sea partícipe cuando ayuda al hombre a copular violentamente con otra mujer, al sostener a ésta y evitar que se defienda. No obstante, en materia federal debemos considerar lo siguiente: el art. 265, segundo párrafo, establece: "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.” De lo anterior se desprende que sólo puede darse la violación de hombre a mujer y de hombre a hombre, en atención a que el código hace marcada referencia a “… la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima”, por lo que se elimina la posibilidad de que pueda darse de mujer a hombre o de mujer a mujer por cuanto hace a la cópula normal. En cambio, en el CPDF no se hace esta precisión; por tanto, es admisible la posibilidad de que los sujetos activos y pasivos sean hombres o mujeres. En lo personal, me parece más adecuado el tratamiento que hace el CPDF.

Pasivo. Igualmente puede serlo cualquiera, sin importar el sexo, la edad ni las características de la persona. Lo común es que la mujer sea el sujeto pasivo, pero la propia norma habla de “persona de cualquier sexo” y hay casos de hombres atacados sexualmente.

Entre los muchos errores referentes a este delito está el creer que sólo la mujer puede ser sujeto pasivo, lo cual desde ahora debe desecharse; asimismo, hay quienes piensan que sólo la mujer virgen puede ser sujeto pasivo, lo que también es falso.

Así, pueden presentarse las situaciones que se muestran en el cuadro 50.

Cuadro 50 **Sujetos en la violación.**

Hombre	*activo*	con mujer	*pasivo*
Mujer	*activo*	con hombre	*pasivo*
Hombre	*activo*	con hombre	*pasivo*
Mujer	*activo*	con mujer	*pasivo*

En relación con el sujeto pasivo, existe una situación particular, según sus características y condiciones específicas. Se trata de una situación especialmente tipificada, conocida en la doctrina como *violación ficta*, *impropia* o *equiparada*. El art. 266 del CPF establece:

> Se equipara a la violación y se sancionará de ocho a treinta años de prisión:
>
> I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de quince años de edad;
> II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y
> III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de quince años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.
>
> Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

Los arts. 175 y 181 *bis* a *quáter* del CPDF establecen estas mismas hipótesis, con diferencia respecto de la edad del pasivo. En este caso especial, el sujeto pasivo debe ser:

- Persona menor de 12 años de edad.
- Quien no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o no pueda resistir la conducta.

Véanse los arts. 181 *bis* al 181 *quáter* del CPDF.

En estos casos, la ley elimina el medio violento y considera suficiente la minoría de edad (12 años) o la incapacidad que impide resistir, para estimar que la conducta es antijurídica y violatoria del bien tutelado.

- Minoría de 12 años de edad. Puede ser un hombre o una mujer; la ley considera que dicho consentimiento es inválido.
- Incapacidad de comprender o imposibilidad para resistir una conducta delictuosa. Tampoco se requiere un medio violento (si se emplea, se agrava la pena). Se trata de personas que se encuentran transitoria o permanentemente afectadas por alguna situación que les impide conducirse de manera voluntaria y consciente. Son casos de imposibilidad para oponerse a la cópula por estados de anomalía mental o inconsciencia cualquiera (anestesia, desmayo, hipnosis, sueño, estado narcótico, etcétera).
- Utilización de un instrumento distinto del miembro viril sin violencia. Se refiere a la violación equiparada cuando lo que se introduce (por vía anal o vaginal) es un elemento o instrumento distinto del miembro viril, sin emplear violencia en cualesquiera de las hipótesis anteriores: menor de 12 años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.

El 19 de enero de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que lo anterior no es acumulativo del delito de violación. Esto significa que si hubo cópula por diversas vías (anal, vaginal y oral) se estará ante un solo delito y no ante varios.

Por otra parte, surgen varias cuestiones interesantes y de necesaria atención respecto de los sujetos en la violación:

- Violación entre cónyuges.
- Violación entre concubinos.
- Violación de prostitutas.
- Violación de cadáveres.
- Violación de animales.
- Violación de objetos.

Estos sujetos se explican en seguida.

- Violación entre cónyuges. De acuerdo con diversos autores, la mujer casada no puede ser sujeto pasivo de violación respecto de su esposo o, dicho de otra manera, no es configurable la violación entre cónyuges, porque según dichos estudiosos, el vínculo matrimonial los obliga a mantener relaciones sexuales, por lo que el marido puede "ejercer ese derecho" aun en contra de la voluntad de su esposa.

  Abarca, Carrara, Carrancá y Trujillo, Cuello Calón, Garraud, González Roaro, Maggiore, Manzini, Pannain y Soler, entre otros, sostienen esta opinión.[1] Sin embargo, nos unimos al sector de penalistas que opinan que sí se puede configurar la violación entre cónyuges, pues el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, independientemente del vínculo matrimonial o de cualquier otra circunstancia.

  El débito conyugal no debe entenderse como el derecho que asiste al cónyuge para exigir, al grado de hacerlo mediante violencia, el acto sexual. Nunca estuve de acuerdo con la opinión sostenida por las magistradas Clementina Gil de Lester y Victoria Adato, quienes en 1994, mediante tesis jurisprudencial, afirmaron que no existe violación entre cónyuges, sino "ejercicio indebido del derecho".

  Hoy sigue habiendo agentes del Ministerio Público que alegan que no se integran los elementos del tipo penal (cuerpo del delito) cuando la mujer denuncia a su esposo; ello obedece a un criterio estrecho y machista.

  Actualmente el art. 265 *bis* del CPF, surgido a raíz de su publicación en el DOF el 30 de diciembre de 1997, establece la existencia "legal" de la violación entre cónyuges. Dicho precepto señala: "Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querella de parte ofendida."

  Esta circunstancia se contempla en el art. 174, cuarto párrafo, del CPDF, en que se incluye el vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja.

  En lo personal, considero que era innecesaria la adición de este precepto, ya que en la descripción típica del delito de violación (genérica) queda abierta la posibilidad de que el pasivo sea cualquier persona, y al no señalar requisitos, características especiales o limitaciones, allí quedan comprendidas todas las personas, independientemente de la relación que las una.

- Violación entre concubinos. En este caso cabe argumentar las mismas razones que para los cónyuges, pues la relación existente entre la concubina y el concubinario no da "derecho" a uno de ellos a copular con el otro en contra de su

[1] Citados por Celestino Porte Petit, *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*, Porrúa, México, 1980, págs. 51 y 52.

voluntad, de manera que, de ocurrir este hecho, se integra el delito de violación. Entre conviventes y en cualquier relación de pareja aplica el mismo criterio expuesto anteriormente.

- Violación de prostitutas. Se trata de un tema muy discutido hasta la fecha. Para muchos, la llamada *sexoservidora*, dada la naturaleza de sus actividades, no puede ser sujeto pasivo de este delito, aunque para otros, entre los que nos contamos, este tipo de mujeres (u hombres) también pueden ser sujetos pasivos de violación, pues se afecta el bien jurídico de la libertad sexual. De este modo, si bien una prostituta comercia con su cuerpo, goza de libertad para copular con quien quiera y en el momento en que lo desee o de no hacerlo en una determinada circunstancia, y nada justifica que por el hecho de comerciar con su cuerpo se le pueda obligar a copular cuando o con quien no lo desee por medio de violencia.

  En la práctica se sabe de innumerables casos (muchos pertenecen a la cifra negra) de prostitutas violadas, que son seleccionadas para tales actos, por lo general plenos de violencia, y con las cuales se ensañan los sujetos activos, dada su situación. Ante la autoridad, precisamente por dedicarse de manera habitual al comercio sexual, su credibilidad es muy endeble. En algunos casos, psicópatas atacan sólo a prostitutas por la única razón de serlo. De ello se colige que la sexoservidora también puede ser sujeto pasivo de violación, e incluso muy vulnerable.

- Violación de cadáveres. Es frecuente escuchar en noticiarios o leer diversos reportajes o notas periodísticas donde se informa que un sujeto "privó de la vida a su víctima y posteriormente la violó"; también se dice que el sujeto "violó a su víctima y después la mató". De estas dos expresiones sólo es válida la segunda y definitivamente imposible, en términos jurídicos, la primera.

  Respecto de la segunda hipótesis, nada impide que pueda configurarse, ya que en numerosos casos el violador, después de la cópula violenta, priva de la vida a su víctima, por saña o para evitar la denuncia y que lo identifique.

  Por cuanto hace al primer caso, si un sujeto mata a la víctima, generalmente mujer, y después copula en ella, se tratará de un homicidio y no de una violación. Para que haya violación es absolutamente indispensable que el sujeto pasivo sea titular del bien jurídico (en este caso la libertad sexual) y un cadáver carece de ésta. En todo caso, de reunirse los elementos típicos se configuraría el delito de profanación de cadáveres, contemplado en la fracc. II del art. 281 del CPF, que establece: "II. Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años." Del mismo modo aplicaría el art. 208, fracc. II, del CPDF.

Como se verá más adelante, existe una perversión sexual que consiste en copular con cadáveres; de este modo el sujeto logra el placer sexual, lo que no obtiene al copular con una persona viva. Por ello, sólo puede configurarse el concurso de delitos cuando primero se viola y después se priva de la vida al sujeto pasivo, de modo que existen los delitos de violación y homicidio; en cambio, si primero se mata y después se copula con el cadáver, solamente habrá homicidio, mas no violación; si acaso, se consumará el delito de profanación de cadáver, como ya ha quedado asentado.

Como se advierte, del orden en que se realicen las conductas dependerá los tipos de delitos que surjan.

- Violación de animales. Otra cuestión que se presta a graves errores es la relativa a la "violación" de animales. A veces, los propietarios de animales presentan denuncias por "violación" de su mascota. En realidad, en la violación la ley tutela el bien jurídico de la libertad sexual de las personas. Así, un animal jamás podrá ser sujeto pasivo de violación. En un caso como éste, se estará en presencia de un daño en propiedad ajena (daño a la propiedad, en el CPDF), igual que cuando se mata a un animal, pero no de homicidio.

  La perversión sexual a que se refiere el bestialismo o zoofilia consiste en que algunos sujetos obtienen el orgasmo al copular con animales; sin embargo, no constituye delito de violación.

  En ese orden de ideas, se reitera que sólo la persona física puede ser sujeto pasivo de tal delito, independientemente de su sexo, edad o demás calidades o características.

- Violación de objetos. Con menos razón todavía se podría afirmar que fuese posible la violación de objetos o cosas inanimadas. Los comportamientos en que el sujeto "copula" con artefactos diseñados especialmente para tal hecho (como las muñecas inflables) no constituyen el ilícito de violación. Conductas de tal naturaleza sólo tienen que ver con la intimidad de la persona, siempre que no afecte a terceros.

Objetos

- Material. Es el propio sujeto pasivo, o sea, cualquier persona física, sin importar sexo, edad, ni calidades o características determinadas.
- Jurídico. Se trata de la libertad sexual de las personas o el normal desarrollo psicosexual. También puede considerarse que lo es la seguridad sexual.

  El CPDF ubica la violación dentro del Título Quinto, cuyo rubro (bien jurídico) es "Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual". Como se observa, adiciona *la seguridad sexual*. En el caso concreto, el bien afectado podrá serlo sólo la libertad sexual o, simultáneamente, la

libertad y el normal desarrollo psicosexual, así como la seguridad sexual. El CPF no contempla la seguridad sexual.

Quizá en este delito se aprecia con mayor claridad la afectación a la libertad sexual. Sin duda, en la violación se observa la contrariedad a la voluntad de la víctima, quien no otorga su consentimiento, y sobre ella se ejerce violencia física o moral.

La libertad sexual implica que toda persona lleve a cabo sus actividades en cuanto al sexo con absoluta libertad, o se abstenga de realizarlas; cada quien puede copular cuando y con quien quiera y en la forma en que quiera. El comportamiento sexual de las personas no debe tener más limitación que la impuesta por la educación y la libre elección individual. En muchos casos se ve alterado además el desarrollo normal en el ámbito psicosexual, sobre todo cuando se trata de menores.

33.3 Clasificación

La violación es un delito:

- Por la conducta: de acción.
- Por el número de actos: unisubsistente o plurisubsistente.
- Por el resultado: material.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el daño: de lesión o daño.
- Por el número de actos: unisubjetivo o plurisubjetivo.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: autónomo y subordinado (violación equiparada y tumultuaria).
- Por su formulación: de formulación casuística.
- Por su composición: normal.
- Por su formulación: formado alternativamente (tipo de medio empleado y sujetos).

33.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

La conducta típica consiste en copular; así, el CPF señala: "quien... *realice cópula*", con lo cual indica claramente que en el delito de violación, copular es la conducta típica y no otra.

Cualquier otro comportamiento o realización de actos sexuales que no constituyan cópula será atípico de violación, aunque pueda ser conducta típica de otro delito, como el de abuso sexual.

En lo referente a la noción y lo que se debe entender por *cópula*, se da por reproducido lo manifestado en el delito de estupro, sin más aclaración que la siguiente: para efectos del delito de violación, puesto que la norma no restringe su alcance, se establece que puede tratarse de la cópula (idónea) vaginal o de la (inidónea) oral (bucal) o anal (rectal); para efectos del delito de violación y de conformidad con la reforma de junio de 2012, "se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a veinte años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

Se menciona otro comportamiento que, sin ser propiamente una cópula, la ley equipara a ésta y también lo sanciona. Se trata del tercer párrafo del art. 265 del CPF, que establece: "Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a veinte años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido."

A esa situación se refiere el art. 175, fracc. II, del CPDF.

Este comportamiento, no contemplado anteriormente en la ley penal mexicana, resuelve los innumerables casos que en efecto ocurrieron y que por lo general no se sancionaban, por existir diversas interpretaciones al respecto:

- Considerar el hecho como un delito de violación (quienes no compartían este criterio sostenían que se trataba de atipicidad, porque el hecho no constituía una cópula).
- Se trataba de una equiparación a la violación (pero no la contemplaba la ley).
- No había delito de violación; si acaso, se trataba de lesiones.

Con la reforma mencionada el problema quedó resuelto. Consideramos que la sanción antes de enero de 1991 era muy baja (uno a cinco años), con lo cual el activo podía salir bajo fianza, aun cuando el daño es igual o quizá mayor que la violación con el miembro viril. Así, en los casos de utilización de otros elementos o instrumentos se suele ocasionar dolor físico mayor y lesiones más graves al sujeto pasivo. En cuanto a la afectación psicológica, tiene la misma magnitud que en el caso de la cópula con el pene.

Formas y medios de ejecución

La violación es uno de los delitos en los que la norma señala el medio de ejecución requerido, que en este caso es la violencia. Por disposición de la ley, la violencia puede ser física o moral. En seguida se verá en qué consiste cada una:

Violencia. Es la fuerza con que se realiza algún hecho, o sea, una agresión física ejercida directamente sobre alguien o algo.

- Física. Es la fuerza o agresión de hecho, ejercida por una persona. Se trata de un ataque material y directo, como los golpes.
- Moral. Consiste en intimidar a alguien mediante la amenaza de un mal grave.

Generalmente, la violencia física se emplea cuando la víctima es una persona desconocida, mientras que la violencia moral se usa cuando se trata de personas conocidas o ligadas por algún vínculo de parentesco. En este último caso se halla el esposo que amenaza a su cónyuge con causarle un mal determinado si no accede a copular con él; o el del padrastro sobre su hijastra, etc. (aclaramos que la violación entre cónyuges no es agravada: arts. 265 *bis* del CPF, y 174, cuarto párrafo, del CPDF).

Los niños suelen ser víctimas idóneas de violación por medio de violencia moral. El problema en la práctica es comprobar dicha conducta, pues evidentemente resulta más fácil y creíble la violación cuando se realiza por medio de violencia física.

También es cierto que en algunos casos las denuncias de violación son infundadas, o sea, no hay tal delito y se trata sólo de una venganza del denunciante o de un medio para lograr el matrimonio con el sujeto activo en relaciones de noviazgo o amasiato o compensación económica; sin embargo, no se debe olvidar que las simuladoras suelen ignorar que este delito es perseguible de oficio y, por tanto, no procede el perdón del ofendido.

Cuando el sujeto activo no ejerce ninguna violencia material sobre el pasivo, pero lo amaga con un arma de fuego, existe violencia moral.

Aspectos medicoforenses. Respecto de la conducta y el medio de ejecución que es la violencia, en seguida se señalan algunos aspectos que resultan necesarios, aunque pertenezcan a la ciencia médica, y de mucha utilidad para el estudiante de derecho, a quien no deben pasar inadvertidos, dada su relación estrecha con el tema y su vital importancia práctica.

El delito de violación es uno de los que más requieren la medicina forense, la cual resuelve los problemas de tipo médico, científico y técnico que se presentan con motivo de este ilícito.

Aunque en apariencia un hecho parezca una violación, no es posible afirmar que lo sea, a menos que las investigaciones de los médicos forenses y peritos especializados así lo demuestren, para la adecuada valoración del juzgador.

Al respecto, deben realizarse una serie de exámenes, como los siguientes:

- Examen del lugar de los hechos.
- Examen físico de la presunta víctima.
- Examen de las ropas.
- Examen del presunto o probable responsable.

- Examen psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima.
- Examen psiquiátrico o psicológico del presunto o probable responsable.

Veamos con detenimiento cada uno de ellos.

- Examen del lugar de los hechos. Es el primero o simultáneo a los otros. Consiste en tomar impresiones y objetos que se encuentren en el sitio donde ocurrió el suceso; así, deberán tomarse fotografías de todo el lugar, que en las indagaciones tendrán un valor incalculable.

  El análisis de objetos y sustancias encontradas también puede ser revelador y ayudar en la investigación.

- Examen físico de la presunta víctima. Consta de un estudio minucioso de todo el cuerpo. Falsamente puede creerse que sólo deben examinarse las zonas genitales; sin embargo, es necesario el análisis de todo el cuerpo. Son tres las zonas donde se realiza dicho examen: genital, paragenital y extragenital.[2]

  La clasificación anterior obedece a la localización de las lesiones, de modo que debe precisarse cada zona en cuanto a sus características y gravedad, así como a su necesaria edad (algunas resultan necesarias para la realización de la cópula, mientras que otras no lo son y sólo demuestran sadismo por parte del sujeto activo).

- Examen de las ropas. Debe hacerse un examen minucioso de las ropas de la presunta víctima. Mediante estudios de laboratorio, los peritos en criminalística podrán encontrar manchas de sangre, semen y otras sustancias que revelen datos para determinar la identidad y responsabilidad del causante del delito. Asimismo, el análisis de las propias ropas en las que se hallen huellas de violencia puede ser muy importante.

  "La tipificación del esperma, al igual que la realizada con sangre, permite la segura exclusión de eventuales acusados del ilícito."[3] Consecuentemente, también nos aproxima al verdadero responsable, sobre todo con los avances en materia del ADN.

- Examen del presunto o probable responsable. Es tan necesario como el de la propia víctima, porque de manera directa y objetiva, independientemente de otro tipo de pruebas, con él se podrá demostrar la culpabilidad o inocencia del sujeto.
- Examen psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima. Resulta necesario porque en caso de ser víctima del delito, es natural que ésta se encuentre, después y a consecuencia del hecho criminal, ante un desequilibrio mental transitorio o

[2] Luis Alberto Kvitko, *La violación. Peritación medicolegal de las presuntas víctimas del delito*, Trillas, México, 1986, pág. 40.

[3] *Ibidem*, pág. 67.

permanente. Por otro lado, en la entrevista con el profesional en esta área debe indagarse la veracidad de la información de la presunta víctima, pues puede darse el caso de que se trate de una simuladora.

- Examen psiquiátrico o psicológico del presunto o probable responsable. De la misma manera en que es necesario practicar un examen psiquiátrico o psicológico a la presunta víctima, también resulta indispensable que se realice en la persona o personas de los acusados. Ello puede aportar datos de gran valía en la investigación, tanto para descubrir la verdad de los hechos como para saber si se trata de una persona con salud y equilibrio mental, pues de esto dependerá también que se trate de un imputable o de un inimputable.

La importancia de todos esos exámenes y estudios radica en que sirven para descubrir la verdad de los hechos, pues aportan datos científicos y técnicos que esclarecen las dudas y resuelven los problemas jurídicos. Mediante ellos es posible precisar la existencia del delito que se cree que fue cometido, así como la de otros, como lesiones, contagio venéreo (art. 315, tercer párrafo, CPF) e incluso homicidio, y por último, fincar la responsabilidad al responsable o responsables y deslindarla respecto de quienes son inocentes.

No sobra aquí destacar la importancia que reviste la existencia de personal altamente calificado y, sobre todo, que actúe siempre de conformidad con la ética profesional. Hay terribles casos en que la víctima de un delito sexual, especialmente de violación o tentativa de violación, también fue víctima de agentes policiacos o de tratos humillantes por parte del médico forense. Por fortuna esto último ha disminuido gracias, entre otras cosas, a la existencia de agencias del Ministerio Público especializadas en delitos sexuales, en las que el personal, sobre todo médico, está constituido por mujeres.

Adentrarse más en ese terreno implicaría introducirse en el área de la medicina forense y de la criminalística, lo cual no corresponde estudiar en este libro; así, sólo cabe poner de relieve la importancia de estas ramas del conocimiento, muy necesarias para el derecho penal, en particular en los casos de delitos sexuales.

Ausencia de conducta

En la violación no se presenta ninguna de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta. Sin embargo, algunos estudiosos consideran posible la existencia del estado hipnótico.

Variantes, preferencias y perversiones sexuales

Es oportuno incluir aquí una serie de comportamientos sexuales, algunos de los cuales se catalogan como perversiones y otros como meras variantes del comportamiento sexual. Unas y otras tienen relevancia, pues algunas constituyen delitos mientras que otras sólo pueden hacer comprender los distintos tipos de la conducta

humana en este terreno; sea como fuere, todas son necesarias para el estudio del derecho penal.

Masturbación, autoerotismo u onanismo. Es la manipulación de los órganos sexuales que realiza el propio sujeto u otra persona, con el propósito de producir el orgasmo o excitación. En opinión de algunos médicos, se trata de una actividad normal que no revela ninguna anomalía del comportamiento de la persona; sobre todo, es explicable en la infancia y la adolescencia y en personas que deben conservar el voto de castidad. Aunque también se le conoce como *onanismo*, éste puede referirse más propiamente al coito que se interrumpe para expulsar el semen fuera de la vagina. Su nombre proviene del personaje bíblico Onán, quien practicó esta actividad para no engendrar.

Dicha conducta no tiene trascendencia penal, pues incumbe sólo a la esfera de competencia del propio individuo, a menos que la persona obligue a otra a realizarlo, en cuyo caso se tratará del delito de abuso sexual.

Frotamiento o froteurismo. Es el acto que realiza una persona con el propósito de lograr placer sexual, al estrujar o rozar a la persona deseada. Si la pareja consiente, no interesará al derecho penal, pero si dicha actividad se ejecuta contra la voluntad de la persona, que es lo más común, también se tratará de un delito de abuso sexual. "Esto generalmente se practica en sitios en los que hay mucha gente (como los medios de transporte). El froterista suele ser una persona extremadamente pasiva y aislada."[4]

Algomanía. Es el placer sexual consistente en dañar a la pareja sexual; puede manifestarse de dos formas: *sadismo*, cuando el que daña es el sujeto activo, y *masoquismo*, cuando el dañado es el sujeto pasivo.

- Sadismo. El placer sexual se obtiene al hacer sufrir a la pareja mediante la causación de dolor (físico o moral). En consecuencia, pueden surgir diversos resultados típicos, como lesiones, violación (cuando la persona no ha consentido), homicidio, etcétera.

  El punto extremo del sadismo ocurre cuando la persona que lo realiza obtiene el máximo placer al matar e incluso mutilar al compañero sexual. Evidentemente, estos casos denotan un trastorno patológico serio; por ejemplo, cuando se comete homicidio o se causan lesiones por motivos depravados.
- Masoquismo. El placer sexual lo obtiene la persona al ser lastimada por el compañero sexual.

[4] Leslie James McCary *et al.*, *Sexualidad humana*, 5ª ed., El Manual Moderno, México, 1996, pág. 280.

Generalmente el sadismo y el masoquismo suelen coincidir, lo cual da lugar al sadomasoquismo.

- Sadomasoquismo. Ocurre cuando la persona obtiene el máximo placer sexual al hacer sufrir a su compañero y, de manera simultánea, al ser sujeto pasivo de sufrimientos.

Travestismo o eonismo. Para lograr el goce sexual, la persona usa prendas que corresponden al sexo contrario. Se trata de heterosexuales. Algunos lo hacen como un medio para vivir, en espectáculos.

Exhibicionismo. Para obtener placer, la persona se exhibe desnuda o muestra sus genitales a personas extrañas. Luego, el sujeto se masturba. Es distinto del nudismo. Puede constituir delito en el caso contemplado por el art. 201 del CPDF.

Nudismo. Es un uso social, consistente en que un grupo de personas conviven completamente desnudas en lugares determinados, donde todos comparten y observan las mismas reglas. Hay hoteles donde impera esta costumbre. También se ha empleado como forma de protesta política o social.

Voyeurismo, fisgoneo, escoptofilia o mixoscopía. El placer sexual se logra al ver a otras personas realizar el acto sexual o a personas desnudas. A veces resulta excitante solamente mirar; en otras ocasiones, el sujeto se masturba al tiempo que mira.

En dicho comportamiento, el placer que causa la contemplación del cuerpo desnudo de la pareja sexual se considera totalmente normal. No constituye, por sí solo, delito.

Troilismo. Consiste en que la persona se excita hasta el punto de lograr el orgasmo cuando comparte al compañero sexual con otra persona y contempla su actividad erótica. Puede tratarse de dos personas del mismo sexo quienes realizan el acto sexual mientras un tercero, del otro sexo, contempla; pero también se presenta esta actividad entre heterosexuales o tres homosexuales.

Transexualismo o inversión. Ocurre cuando existe incompatibilidad entre la anatomía del individuo y sus inclinaciones sexuales. Generalmente se presenta en hombres.

El transexual siente que se encuentra en un cuerpo que no le pertenece. Son casos típicos de personas que optan por someterse a operaciones quirúrgicas para cambiar de sexo; pero no se trata de hermafroditas (personas que de nacimiento tienen ambos sexos anatómicamente). Como expresa McCary, "el individuo biológicamente masculino es psíquicamente una mujer y el femenino es un hombre".[5]

Homosexualidad. No es una perversión sexual ni una conducta desviada; es simplemente la predilección por tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo.

[5] *Ibidem*, pág. 288.

Puede presentarse entre hombres, llamada comúnmente *homosexualidad*, o entre mujeres, en cuyo caso se denomina *lesbianismo,* siendo correcto también llamarla *homosexualidad femenina.*

El origen de la palabra *lesbianismo* proviene de Lesbos, donde nació una poeta griega llamada Safo, a quien se atribuyó profesar amor hacia las mujeres. En una brillante conferencia, el doctor Pablo de Ballester desvirtuó esta afirmación al hacer ver que Safo fue una de las grandes calumniadas de la historia, como lo fuera también Malintzin. A partir de un análisis de su vida, su tiempo y su poesía, concluye que fue una mujer que habló de la mujer y creyó en ella. Destacó sus virtudes y señaló que fue quizá la primera feminista en el más amplio y auténtico sentido del término.

Transgenerismo. Consiste en una variación que se encuentra entre el travestismo y el transexualismo.

El transgenerista masculino se identifica poderosamente con el género femenino. Puede vestirse como mujer y adoptar el papel femenino en su vida diaria, si bien no desea recibir una operación transexual que lo transformaría en un individuo del otro sexo.[6]

Analismo o sodomía. Es la tendencia a copular por vía anal o rectal. Se trata de una variante del comportamiento sexual que, conforme a ciertos criterios médicos, suele ser aconsejable en las parejas, para romper el comportamiento rutinario, como medio para prevenir el embarazo, etc. Algunos lo conciben como perversión o desviación. Suele presentarse con otras variantes, como el troilismo.

Ambisexualidad. Consiste en sentir apetencia sexual por personas del propio sexo o de distinto sexo. Hay quienes contraen matrimonio, pero pueden seguir teniendo experiencias sexuales con personas del mismo sexo.

Paidofilia o pedofilia. Consiste en la tendencia a mantener relaciones sexuales con niños. Al respecto, existen diversos grados: algunos sujetos sólo realizan exhibiciones ante los niños, otros ejecutan actos de tocamiento y manoseo (abuso sexual) y otros más llevan a cabo el coito. Sin violencia, en menor de 12 años (15 años en el CPF), constituye violación, y mediante violencia física, es agravante. Lamentablemente, en muchos casos de abuso sexual y violación de niños, el sujeto activo es un familiar, pariente o conocido.

Necrofilia. Consiste en obtener el placer sexual mediante la realización de la cópula con cadáveres.

[6] *Ibidem*, pág. 290.

Algunos sujetos primero matan a la víctima para posteriormente realizar el acto de necrofilia, mientras que otros aprovechan los cuerpos sin vida para copular con ellos. Hay quienes, después de realizar la cópula, descuartizan el cadáver, y otros incluso efectúan actos de canibalismo.

Como se mencionó en la parte conducente, el CPF contempla el delito de profanación de cadáveres, entre cuyos supuestos se encuentra la necrofilia (arts. 281, fracc. II, CPF, y 208, fracc. II, CPDF). Se insiste en la afirmación hecha al estudiar el sujeto pasivo: no existe delito de violación cuando se copula con el cadáver; sólo habrá profanación de cadáver (necrofilia) porque ya no existe el bien jurídicamente tutelado de la libertad sexual.

Gerontofilia. Es el placer sexual derivado de copular con ancianos. No constituye delito, a menos que se emplee violencia.

Obscenidad. Son manifestaciones groseras, relativas a la sexualidad (escritos, sonidos, ademanes, etcétera).

Pornografía. Es el material gráfico impreso o audiovisual que trata de despertar el apetito sexual. No constituye una perversión sexual; en muchos casos es una actividad mercantil muy redituable. Sí constituye delito: ultrajes a la moral pública, art. 200 del CPF. El art. 187 del CPDF prevé el delito de pornografía infantil.

Fetichismo. El sujeto se excita con un objeto sexual específico que sustituye al idóneo. Algunas personas logran el orgasmo por el objeto que los excita más que por el acto sexual mismo.

Saliromanía. Consiste en que el placer lo logra el sujeto al ensuciar el cuerpo y las prendas de la pareja o compañero sexual. También se presenta ahí el daño físico causado, que revela un complejo de incapacidad sexual. Un caso de éstos se presentó durante una breve temporada en algunas estaciones del Metro capitalino, donde a jovencitas con pantalones entallados y de bonita figura les lanzaron ácido sobre los pantalones en la región de los glúteos. Se presentan también actitudes de daño en propiedad ajena sobre figuras femeninas en obras de arte.

Bascomanía. Similar a la anterior, consiste en el placer sexual que logra la persona al realizar la actividad sexual en un lugar sucio y repugnante. Existen algunas variantes y combinaciones de este comportamiento, como las que se detallan a continuación:

- Vampirismo. Consiste en que el sujeto goza sexualmente al chupar sangre de la pareja sexual o de la víctima de su comportamiento. Según el lugar de donde provenga la sangre o de la sustancia o materia, puede ser hemofagia o menofagia, cuando la sangre que bebe el sujeto es la menstrual.
- Urodipsomanía o urofilia. Es la satisfacción sexual que obtiene la persona al beber orines.

- Coprofagia. Es el placer sexual logrado al comer excrementos.[7]

Narcisismo. Es el placer sexual que se produce en la persona que goza de su propia contemplación y autotocamiento. Su denominación viene de la mitología griega, donde se refiere que Narciso, hijo de la ninfa Liriope y de un dios río (Cefiso), era extraordinariamente hermoso; el adivino Tiresias había profetizado que viviría largo tiempo, siempre que no se contemplara a sí mismo. Un día, castigado por su insensibilidad ante el amor que despertó en varias mujeres, Némesis hizo que Narciso se acercara al río a beber y, al verse tan hermoso, se olvidara de saciar su sed y se quedara en ese lugar durante tanto tiempo que echó raíces y se convirtió en la planta de narciso.[8] Según otra versión, de tanto contemplarse en las aguas finalmente se ahogó.

Fluctuación. Consiste en el goce sexual derivado del intercambio de parejas. Se presenta en parejas unidas por matrimonio.

Clismafilia. Es la obtención del placer sexual mediante la aplicación de enemas; por lo general, su motivación se remonta a la infancia del sujeto.

Erotomanía. Es la obsesión por realizar actividades sexuales, de modo que otras pasan a segundo plano. Según quien la padezca, puede denominarse de dos maneras: *ninfomanía* o *satiriasis*.

- Ninfomanía. Se llama así cuando se refiere a la mujer. Se trata de una inclinación enfermiza y obsesiva por el sexo; la persona, a pesar de tener frecuentes actividades sexuales, se muestra insaciable. Revela la existencia de un problema psiquiátrico.
- Satiriasis. Este fenómeno ocurre en el hombre.

Prostitución. Es el ejercicio o actividad de las personas que comercian con su cuerpo como medio de obtención de ingresos. Existe prostitución femenina o masculina, hetero u homosexual, y se ejerce en la calle, prostíbulos, por cita telefónica o de manera disfrazada en negocios como estéticas o establecimientos de masajes; ahora también, por medio de Internet. Quienes la ejercen prefieren la denominación de *sexoservidores* o *trabajadores del sexoservicio*.

Promiscuidad. Es la participación de muchas personas en las relaciones sexuales. Generalmente ocurre en las llamadas *orgías* o *bacanales* (fiestas romanas en las que se compartía vino y sexo en honor de Baco, dios del vino). En la actualidad se presenta en diversas formas, como el caso del *dark room* (cuarto oscuro), donde no

[7] Alfonso Quiroz Cuarón, *op. cit.*, pág. 565.
[8] Carlos Gaytán, *Diccionario mitológico*, Diana, México, 1986.

se sabe con quién se tuvo la relación sexual. El problema más delicado consiste en que no puede haber un seguimiento en casos de enfermedades de transmisión sexual, como el sida.

Incesto. Es la predilección por realizar relaciones sexuales entre familiares, preferentemente entre ascendientes y descendientes o hermanos. En la legislación penal mexicana existe como delito. Antiguamente, y en algunos pueblos, no se consideraba ilícito e incluso era una costumbre. Actualmente prevalece en lugares pequeños, entre parientes de distintos grados (véase el capítulo 35).

Violación. Es la cópula por medio de violencia. También es delito en la legislación penal mexicana. Para muchos, este comportamiento revela problemas de tipo psicológico o psiquiátrico, pues se considera que ninguna persona con salud mental gozaría con una cópula violenta, ni por parte del sujeto activo ni del pasivo. Para otros, cualquiera, en un momento dado y en determinadas circunstancias, puede cometer este ilícito.

Satanismo. Es la práctica sexual realizada por integrantes de grupos o sectas en culto al demonio. Se practican relaciones sexuales voluntarias, no voluntarias e incluso se ofrecen y llevan a cabo sacrificios humanos tras determinados rituales eróticos. En los últimos tiempos ha habido casos de grupos y organizaciones denominados *narcosatánicos*, donde se presentan verdaderos concursos de delitos.

Todo lo expuesto es una breve panorámica que se presenta a fin de relacionarla con los conceptos analizados en este capítulo. Por supuesto, se recomienda ampliar el estudio del tema, si en lo particular resulta de especial interés, y vincularlo con la legislación penal mexicana y diversas obras jurídicas, médicas, sociales, psicológicas y antropológicas.[9]

33.5 Clases de violación

Se trata de establecer una clasificación de los distintos tipos de violación existentes, lo cual obedece a fines didácticos para facilitar la comprensión del tema. Ciertamente, la violación es un delito con una serie de elementos típicos, de modo que si falta alguno, dejará de tener existencia como tal. Por tanto, sólo es posible hablar de un delito de violación único; sin embargo, algunos rasgos permiten una clasificación que da como resultado diversas variantes, en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo o la edad.

[9] McCary *et al.*, *op. cit.*, cap. xx.

Cuadro 51 **Variantes, preferencias y perversiones sexuales.**

Masturbación, autoerotismo u onanismo	
Frotamiento o froteurismo	
Algomanía	Sadismo Masoquismo Sadomasoquismo
Travestismo o eonismo	
Exhibicionismo	
Nudismo	
Voyeurismo, fisgoneo, escoptofilia o mixoscopía	
Troilismo	
Transexualismo o inversión	
Homosexualidad	Masculina: homosexualidad Femenina: lesbianismo
Transgenerismo	
Analismo o sodomía	
Ambisexualidad	
Bestialidad o zoofilia	
Paidofilia o pedofilia	
Necrofilia	
Gerontofilia	
Obscenidad	
Pornografía	
Fetichismo	
Saliromanía	
Bascomanía	Vampirismo Urodipsomanía o urofilia Coprofagia
Narcisismo	
Fluctuación	
Clismafilia	
Erotomanía	Ninfomanía Satiriasis
Prostitución	
Promiscuidad	
Incesto	
Violación	
Satanismo	

Así, existen los tipos de violación siguientes:

- Violación propia o genérica. Es la cópula por medio de violencia física o moral con persona de cualquier sexo.
- Violación equiparada, impropia o ficta. Se realiza por medio de instrumento distinto del miembro viril, o en persona menor de 12 años (15, en el CPF) o que no pueda comprender o resistir la conducta criminal.
- Violación agravada. Es la tumultuaria, entre parientes, por un funcionario o empleado público o profesional, o por la persona que tiene al pasivo bajo su custodia, guarda o educación. Es también la que se realiza con violencia en menor de 12 años (15, en el CPF) o en persona que no pueda comprender o resistir la conducta violenta.
- Violación fraudulenta o por engaño.

A continuación se amplía la información.

- Violación propia o genérica. Es la que constituye el tipo básico contenido en los arts. 265 del CPF y 174 del CPDF, a la cual ya se ha hecho referencia.
- Violación equiparada, impropia o ficta. Es aquella en que no se presenta la cópula por medio del miembro viril, o la que se obtiene con consentimiento de la víctima. Se trata de dos posibilidades:
  - *Equiparación por instrumento distinto del miembro viril.* Consiste en la cópula violenta en la cual se introduce, por vía anal o vaginal, un elemento o instrumento distinto del miembro viril y cuya punibilidad es la misma que la correspondiente a la violación genérica. Cuando surgió esta violación por medio de instrumento distinto del miembro viril, la pena era menor a la señalada cuando se trataba del miembro viril. El legislador tardó algunos años en dar una pena igual.
  - *Equiparación por no existir el medio violento.* Se trata de la violación en que se obtiene el consentimiento de la víctima, pero ésta es menor de 12 años; también es la cópula con persona que no puede comprender o resistir la conducta criminal, contemplada en los arts. 266, fracc. III, del CPF y 175, fraccs. I y II, del CPDF. Puede ser con el miembro viril o con instrumento distinto de éste.
- Violación agravada. Es la que, por razones específicas, tiene punibilidad mayor, y puede ser de cinco tipos:
  - *Tumultuaria.* Ocurre cuando hay intervención directa o inmediata de dos o más sujetos activos (arts. 266 *bis*, fracc. I, CPF, y 178, fracc. I, CPDF). Cuando el precepto expresa con *intervención directa*, se refiere a que la víctima pueda ser violada simultáneamente por dos vías distintas, y la frase *intervención inmediata* alude a que primero copule un sujeto y en seguida otro.

Quien sujeta a la víctima no realiza propiamente la conducta típica que es copular, pero ayuda a que otro la lleve a cabo.

- *Entre parientes*. Es la que comete alguno de los parientes a que se refieren los arts. 266 *bis*, fracc. II, del CPF, y 178, fracc. II, del CPDF, que son: ascendiente, descendiente, hermanos o tutor, pupilo, padrastro o amasio de la madre del ofendido.
- *Cometida por un funcionario o empleado público o por un profesional*. En atención a la calidad del sujeto activo, esta violación se agrava con una pena accesoria (arts. 266 *bis*, fracc. III, CPF, y 178, fracc. III, CPDF), siempre que el agente utilice los medios o circunstancias que su cargo o profesión le proporcionen.
- Cometida por quien tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o se aproveche de la confianza en él depositada.
- *Equiparada con violencia*. Es la que establecen la última parte del art. 266 del CPF y el art. 175, último párrafo.

Otras circunstancias previstas en el CPDF son:

- Cuando se dé encontrándose la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público.
- Cometida en despoblado o lugar solitario.
- Cometida en centros educativos, culturales, deportivos, religiosos, de trabajo o cualquier otro centro de naturaleza social.
- En inmuebles públicos.

Véase el art. 178 en sus ocho fracciones.

- Violación fraudulenta o por engaño. Ocurre cuando, por suplantación de persona, el sujeto activo engaña al pasivo o se aprovecha de su error. El ejemplo clásico es cuando el agente se hace pasar por el esposo, amante, concubinario, conviviente o novio, como ocurre en por lo menos dos de los cuentos del *Decamerón*, de Bocaccio. Al respecto, Francisco Pavón Vasconcelos indica:

> Los casos judiciales de esta índole son excepcionales y la doctrina ha considerado fuera de realidad la existencia de una mujer tan crédula y de un tan afortunado embaucador como para justificar la previsión legal de esta forma de engaño, lo cual sin embargo no excluye la posibilidad de tales fraudes sexuales.[10]

Consideramos que, aunque en efecto son pocos los casos que pueden llegar a presentarse, debería estar previsto este comportamiento, quizá como una cuarta hipótesis de conducta equiparada a la violación, que correspondería a los arts.

[10] Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de derecho penal*, Porrúa, México, 1998, pág. 1027.

266, fracc. IV, del CPF y 178, fracc. IX, del CPDF. En todo caso, es preferible prever un tipo penal, aunque sean pocos los casos, a que cuando se presente en la realidad se carezca de ese tipo. Hay más daño en esto último que en lo primero, que a nadie perjudica.

Los códigos penales federal y para el Distrito Federal no la contemplan, como tampoco la mayoría de los códigos estatales; sin embargo, con mucho acierto, el código penal de Michoacán sí prevé esta modalidad de violación en su art. 241 y se refiere a quien, abusando del error de una mujer, finge ser su marido o concubino y copula con ella.

A manera de ejemplo, he aquí un fragmento de una obra famosa de la literatura española, en donde encontramos un caso de violación fraudulenta. Se trata de *Don Juan Tenorio*, de José Zorrilla, estrenada en Madrid en 1848.

En la escena XI, acto segundo, don Juan paga en oro a Lucía, ama de doña Ana de Pantoja, para que le entregue la llave de la casa. Doña Ana es la prometida de don Luis Mejía, a quien recibirá por la noche. Don Juan apostó con don Luis que conquistaría a una novicia que estuviera por profesar y a su prometida doña Ana, con quien don Luis se casaría al día siguiente.

Todo esto se advierte del diálogo siguiente:

Don Juan

No más de lo que podéis.
Y por mostraros mejor
mi generosa hidalguía,
decid si aún puedo, Mejía,
satisfacer vuestro honor.
Leal la apuesta os gané;
mas si tanto os ha escocido,
mirad si halláis conocido
remedio, y le aplicaré.

Don Luis

No hay más que el que os he propuesto,
Don Juan. Me habéis maniatado,
y habéis la casa asaltado
usurpándome mi puesto;
y pues el mío tomasteis
para triunfar de doña Ana,
no sois vos, don Juan, quien gana,
porque por otro jugasteis.[11]

[11] José Zorrilla, *Don Juan Tenorio*, 7ª ed., *Sopena*, Buenos Aires, 1962, pág. 68.

En la práctica, han llegado a conocimiento del Ministerio Público hechos en que por "error en la persona" se ha realizado la cópula. En opinión de Ignacio Villasana, estos casos de suplantación de persona entrarían en la hipótesis de "no comprender el hecho" a que hacen referencia los arts. 266, fracc. II, del CPF y 175, fraccs. I y II, del CPDF.

33.6 Tipicidad en el delito de violación

Tipicidad

La conducta será típica cuando se ajuste a la descripción legal y reúna todos sus elementos. Por ello, habrá tipicidad cuando exista lo siguiente:

- El sujeto activo (cualquier persona, hombre o mujer).
- El sujeto pasivo (cualquier persona, hombre o mujer).
- Una conducta típica: la cópula.
- Medio ejecutivo: violencia (física o moral).

En el caso de la violación ficta o impropia, deberán existir los mismos elementos, pero el sujeto pasivo será una persona menor de 12 años (15, en el CPF) o que no pueda resistir la conducta criminal o no la comprenda y sin emplear violencia. En los casos de violación agravada, deberán reunirse los aspectos que exige la norma.

Atipicidad

El comportamiento será atípico cuando falte alguno de los elementos típicos. Esto significa que habrá atipicidad cuando falte lo siguiente:

- El sujeto activo o pasivo.
- Cuando la conducta realizada sea otra y no la ejecución de la cópula.
- Cuando el medio empleado sea otro diferente de la violencia (salvo la violación ficta o impropia).
- En la violación impropia o agravada, por faltar alguno de los requisitos típicos exigidos por la norma.

Cabe mencionar que puede ocurrir la atipicidad de violación, pero existir tipicidad respecto de otra figura típica; por ejemplo, puede ocurrir que el comportamiento de la realidad no encuadre en la hipótesis de violación porque el medio no haya sido la violencia, sino el engaño, en cuyo caso se tratará de atipicidad respecto de violación, pero habrá tipicidad por lo que hace al estupro si se reúnen los elementos de ese tipo, como la conducta típica, la edad del pasivo y el medio ejecutivo.

33.7 Antijuridicidad en el delito de violación

Antijuridicidad

En este delito se advierte claramente lo que es contrario a derecho. Contrariar la voluntad y libertad de una persona para copular con ella, cuando dicha conducta está prevista en una norma penal, indica el rasgo de atentar contra el derecho.

Causas de justificación

En este delito no se presenta ninguna. Como se indicó al estudiar el problema del sujeto pasivo, algunos juristas consideran que no puede existir la violación entre cónyuges. Quienes sostienen semejante criterio, que no compartimos, señalan que en dicha hipótesis se presenta una causa de justificación: el ejercicio de un "derecho", el cual, como se apuntó, según nuestra opinión no existe; por tanto, lo que se configura es la antijuridicidad del hecho. Así lo contemplan actualmente los códigos penales federal y para el Distrito Federal.

Circunstancias modificadoras

En el delito de violación no existen circunstancias atenuantes, pero sí agravantes en varios casos, como se verá en seguida.

- Tumultuaria. El art. 266 *bis*, fracc. I, del CPF prevé un caso en el que se presenta una pluralidad de sujetos activos. En función de ello, la pena será más grave cuando fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, y las penas se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y su máximo.

  Igualmente lo establece el CPDF en su art. 178, fracc. I: dicho agravamiento en la penalidad obedece a que resulta más afrentosa la conducta, pues reviste mayor gravedad y menos posibilidad de defensa para el sujeto pasivo.

  Aunque es común en otros países, tal forma de criminalidad comienza a imitarse en México. Actualmente se presentan casos de robos en casas o comercios, autobuses e incluso otro tipo de establecimientos, como salas de belleza, academias de danza, restaurantes, etc., en los que las pandillas se apoderan de dinero y diversos bienes, y a veces causan tanto lesiones como violación e incluso homicidio. Esta situación ha preocupado seriamente al legislador, quien creó una nueva disposición que sanciona con mayor rigor tales comportamientos (pena de 30 a 60 años de prisión: art. 315 *bis* del CPF).
- Entre parientes. La fracc. II del art. 266 *bis* del CPF señala: "El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, 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 [...]."

- Cometida por funcionario. La fracc. III se refiere a "quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza por profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen [...]".
- Cometida por quien tiene al pasivo bajo su custodia, guarda o educación o se aprovecha de la confianza en él depositada (art. 266 *bis*, fracc. IV).

  El CPDF prevé en el art. 178, en sus ocho fracciones, los casos de violación agravada.

  Por desgracia, los casos de violación entre parientes son frecuentes. Si por sí misma es grave cualquier violación, más lo es cuando ocurre entre personas unidas por algún vínculo de parentesco.

  Es una equivocación creer que existe concurso ideal o formal de delitos cuando la violación se produce entre ascendientes y descendientes, con el delito de incesto. Se trata de una falsa creencia, en virtud de que el delito de incesto es un tipo bilateral o plurisubjetivo, o sea, requiere la voluntad de dos para que se produzca, como también lo es el adulterio; en cambio, la violación implica una voluntad y ausencia de ésta por parte del sujeto pasivo. En el incesto, tanto el ascendiente como el descendiente son sujetos activos, pues ambos otorgan su consentimiento de realizar el acto sexual, de manera que estos delitos no pueden ocurrir simultáneamente. Así, en caso de producirse la cópula violenta entre parientes (ascendientes), se estará en presencia de una violación agravada (analizada anteriormente), pero de existir la cópula entre ascendientes, realizada voluntariamente por ambos, se presentará el delito de incesto, pero nunca podrán ocurrir ambos, pues son incompatibles.
- Ficta impropia o equiparada con violencia. Se trata de una conducta que la ley equipara a la violación y a la cual ya se ha hecho referencia, como la cópula realizada con persona menor de 12 años (15, en el CPF) o impedida para resistir la conducta criminal, pero este comportamiento será agravado cuando, además, ocurra con violencia. En líneas anteriores se vio que se sanciona con igual pena la violación genérica o propia y la violación equiparada o ficta (impropia), pero cuando además se ejerce violencia sobre el sujeto pasivo, la pena será agravada al aumentarse en una mitad. El sentir del legislador es considerar doblemente antijurídico el comportamiento de quien no sólo copula con persona menor de 12 años (15, en el CPF) o impedida para defenderse, sino que además emplea el medio violento.
- Punibilidad accesoria. Propiamente no es una agravación, sino una pena accesoria que contiene la fracc. III del art. 266 *bis* del CPF, cuando el delito de violación sea cometido "por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión".

Igual tratamiento hace el CPDF en su art. 178, fracc. III, pero aquí la inhabilitación o suspensión será por un tiempo igual al de la pena de prisión.

33.8 Culpabilidad

Violación dolosa o intencional

El reproche penal que cabe fincar en este delito sólo puede ser el intencional; así, no es posible pensar en una violación culposa (imprudencial).

Inculpabilidad

Para quienes consideran que cabe el ejercicio de un derecho, puede presentarse el

> [...] error de ilicitud [...], en relación con la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la *vis absoluta* o compulsiva. Es decir, cuando se llevara a cabo la cópula, por cualquiera de los medios mencionados, con una mujer creyéndola su cónyuge, pues estaríamos frente a una eximente putativa, al creer el cónyuge que existía a favor suyo una causa de ilicitud.[12]

Porte Petit considera posible la no exigibilidad de otra conducta.[13]

A su vez, Martínez Roaro acepta el error de hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra conducta.[14]

33.9 Punibilidad

La violación es uno de los delitos que señalan punibilidades diferentes, dependiendo de diversas circunstancias. Se recomienda acudir directamente a los códigos penales para ver cuál es la punibilidad que señala la legislación, en atención a los constantes cambios que se dan en este sentido. Deben tomarse en cuenta cada una de las diferentes clases de violación que contempla nuestra legislación penal.

- Genérica o propia.
- Equiparada (por instrumento distinto del miembro viril).
- Equiparada, ficta o impropia. Menor de 12 años (15, en el CPF) o persona incapaz de comprender o resistir sin violencia.
- Equiparada, ficta o impropia con violencia.
- Tumultuaria (dos o más sujetos).
- Cometida por parientes.
- Cometida por servidor público o profesional.

[12] Pannain, citado por Porte Petit, *op. cit.*, pág. 62.

[13] *Idem.*

[14] Marcela Martínez Roaro, *Delitos sexuales*, 4ª ed., Porrúa, México, 1991, pág. 191.

- Cometida en el cargo de custodia, guarda o educación.
- Cometida a bordo de un vehículo particular o de servicio público (CPDF).
- Cometida en despoblado o lugar solitario (CPDF).
- Cometida en centros educativos, culturales, deportivos, religiosos, de trabajo o cualquier centro de naturaleza social (CPDF).
- En inmuebles públicos (CPDF).
- Pena accesoria.

Excusas absolutorias

En la violación no se presenta ninguna.

33.10 Consumación y tentativa

Consumación

Se produce en el momento de realizar la cópula; no es necesaria la eyaculación ni el orgasmo, sino sólo la cópula.

Tentativa

Sí puede presentarse. Es factible que el sujeto activo realice todos los actos encaminados a producir el resultado típico, pero que por causas ajenas a su voluntad, éste no se produzca.

No existe uniformidad de criterios respecto de este problema. Creemos fundadamente que puede configurarse la tentativa, y así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

33.11 Concurso de delitos

Ideal o formal

En la violación se pueden presentar, por ejemplo, con la misma conducta, los delitos de violación y contagio venéreo (art. 315, tercer párrafo, CPF) o el peligro de contagio (arts. 199 *bis*, CPF, y 159, CPDF); también puede producirse la violación y las lesiones en los órganos genitales, aunque en la práctica se considera que dichas lesiones quedan absorbidas por la conducta integradora de la violación. Ha habido casos en que la penetración en recién nacidos ocasiona la muerte; entonces habría violación y homicidio.

Real o material

También puede presentarse; por ejemplo, con diversas conductas se producen distintos resultados típicos, uno de los cuales es la violación. Tal es el caso de los delitos de violación y homicidio (en este orden), o la violación y las amenazas, o la violación y el daño en propiedad ajena, o la violación y el allanamiento de morada, etc. En párrafos anteriores se mencionó el art. 315 *bis* del CPF, adicionado en febrero de 1989,

el cual señala lo siguiente: "Se impondrá la pena del artículo 320 de este Código, cuando el homicidio sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos, contra su víctima o víctimas."

Dada la gravedad de tales hechos, el legislador consideró conveniente señalar la pena mayor. Este precepto contempla precisamente el concurso material, en el que se producen violación y homicidio o robo y homicidio, o los tres delitos. También puede darse el robo en casa habitación y además la violación.

Problemática del concurso en la violación. Concretamente, en el delito de violación existen cuatro problemas fundamentales que plantean una situación especial que es oportuno señalar.

- Violación y abuso sexual. Si primero se configura el abuso sexual y luego la violación, o si se produce el primero simultáneamente con el segundo, este último absorberá al primero.

  Recuérdese que el delito de abuso sexual exige la no realización ni intención de copular, mientras que en la violación ésa es precisamente la conducta típica.

  Si primero se viola a la víctima y posteriormente se realiza el abuso sexual, entonces surgirán ambos delitos.
- Violación y estupro. Son delitos incompatibles entre sí; o sea, uno excluye al otro, pues la violación exige como medio comisivo la violencia, en tanto que el estupro requiere el engaño; además, éste exige ciertas características de edad en el sujeto pasivo, mientras que en la violación cualquiera puede ser sujeto activo o pasivo.
- Violación e incesto. Tampoco pueden coexistir; la violación es un delito unisubjetivo (requiere sólo un sujeto activo), mientras que el incesto es plurisubjetivo (requiere dos sujetos activos); a su vez, en el incesto la cópula es voluntaria por parte de los dos sujetos, ascendientes, descendientes, hermanos, etc., mientras que en la violación sólo existe voluntad por parte del sujeto activo.

  De haber violencia en la cópula y ocurrir entre ascendientes, descendientes o hermanos, etc., se tratará de una violación agravada (arts. 266 *bis*, fracc. II, CPF, y 178, fracc. II, CPDF), pero no de incesto o de concurso.
- Violación y privación de libertad. No existe unidad de criterios al respecto; creemos que uno de estos delitos excluye al otro. En realidad, se trata de ilícitos diferentes, por lo cual no puede subsumirse uno en el otro. De ocurrir ambas situaciones, existirá concurso real o material, mas no ideal.

33.12 Participación

En la violación pueden configurarse los distintos grados de participación de personas. Deberá precisarse el grado de participación de cada sujeto para determinar su grado de culpabilidad y consecuente punibilidad.

33.13 Perseguibilidad o procedencia

La violación se persigue de oficio; por tanto, no cabe el perdón del ofendido. También es falso que en el matrimonio se extinga la acción penal; dada la gravedad de la violación, no es factible esta situación. Precisamente por su gravedad, no se deja a la voluntad del sujeto pasivo su denuncia; sin embargo, existe una elevada cifra negra respecto de este delito, que actualmente, gracias a la acción de las autoridades y los organismos privados, comienza a decrecer.

Hoy, la creación de las agencias especializadas en delitos sexuales genera una mayor y mejor información y confianza, así como una adecuada atención a las víctimas.

En el caso de violación entre cónyuges, concubinos o relación de pareja se procederá por querella de parte ofendida. El CPDF hace referencia a "pareja", por lo que en una interpretación extensiva cabría hablar de noviazgo, conviventes, amantes, etcétera.

33.14 Reparación del daño

En la violación, la reparación del daño comprende el pago de alimentos para los hijos y la madre, como lo establecen los arts. 276 *bis* del CPF y 182 del CPDF.

Es muy relativo hablar de *reparación del daño*, pues resulta imposible, sobre todo en delitos de tal gravedad como la violación; además, surge el problema del daño psicológico, que en muchos casos permanece por siempre.

Pedir tratamiento para las víctimas de estos delitos ha sido objeto de propuestas y sugerencias en los ámbitos nacional e internacional, pues la víctima queda tan afectada que ya no podrá hacer su vida como antes.

Por último, la afectación que causa este delito suele dañar a la población total, pues el temor y la repulsa hacia este tipo de conductas llegan incluso a frenar el avance y desarrollo de una sociedad; muchas personas, ante el temor de ser atacadas, prefieren abstenerse de acudir a una escuela nocturna, llevar a cabo una actividad laboral, iniciar un negocio e incluso salir por la noche a divertirse.

Sería conveniente pensar, conjuntamente con criminólogos, sociólogos y psicólogos, en las causas y medidas preventivas, pues el problema que nos ocupa ha alcanzado magnitudes preocupantes. Por nuestra parte, insistimos en considerar como el origen de todo problema el seno familiar, su estructura, la educación y los principios que en éste se inculcan y, sobre todo, tanto la madurez como la responsabilidad de los padres para tener sólo los hijos que puedan atender, alimentar, educar y, por supuesto, dar afecto.

Cuadro 52 Violación.

- Artículos que la contemplan
  - 265, 265 *bis*, 266, 266 *bis* y 276 *bis* del CPF, 174 y 182 del CPDF
- Conducta típica
  - Copular
- Sujetos
  - Activo
    - Cualquier persona física
  - Pasivo
    - Cualquier persona física
- Objetos
  - Material
    - Sujeto pasivo
  - Jurídico
    - La libertad y seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual
- Medio de ejecución
  - Violencia
- Culpabilidad
  - Dolo
- Perseguibilidad
  - De oficio y querella
- Clases
  - Genérica o propia
  - Equiparada, ficta o impropia
  - Agravada
  - Fraudulenta
- Punibilidad
  - Según la clase
- Reparación del daño
  - Alimentos para el hijo y la madre

33.15 Datos estadísticos

La información estadística no siempre ofrece una verdad absoluta; además, a veces resulta tedioso observar tal cantidad de datos numéricos. Sin embargo, dicha información tiene un valor incalculable y aporta una visión muy aproximada de lo que es la realidad. Respecto de un fenómeno social, aclara dónde existe, en qué medida y cuándo, y así es posible entender el problema para finalmente tratar de prevenirlo.

En la parte final de la obra (página 510) se presentan las cifras que ilustran el gran problema que constituye este delito en el Distrito Federal.

Actividades

1. Escriba un breve ensayo acerca del delito de violación, en tres cuartillas.
2. Elabore un cuadro que contenga los elementos del delito de violación.
3. Realice un cuadro comparativo entre los delitos de abuso sexual, estupro y violación.
4. A partir de una nota periodística, reconstruya jurídicamente el hecho criminal y encuádrelo conforme al CPF y al CPDF.
5. Exponga una crítica o comentarios personales en relación con este delito, en que se destaquen los aspectos que se consideren más importantes.
6. En el *Decamerón*, de Boccaccio, localice el relato en el cual aparece la figura de violación fraudulenta y argumente si sería necesario que el CPDF la contemplara.
7. De la historia y la literatura universal tome los casos de violación que se consideren más importantes y realice un breve análisis de sus elementos.
8. ¿Cómo cree el lector que podría evitarse este delito y cuáles son sus causas y factores? Fundamente su respuesta detalladamente.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal de violación del CPF.
2. ¿Cuáles son los elementos típicos de este delito?
3. Indique quiénes pueden ser los sujetos en esta figura típica.

4. ¿Cuál es el medio de comisión en la violación genérica?
5. ¿Cuál es el medio de comisión en la violación ficta en menor de 12 años?
6. Establezca las diferencias entre la violación en materia federal y del Distrito Federal.
7. ¿Cuál es la conducta típica de la violación?
8. ¿Cuál es la diferencia entre las conductas típicas en los delitos de abuso sexual y violación?
9. ¿Se requieren determinadas características o calidades para ser sujeto pasivo en la violación?
10. ¿Qué se entiende por *violación ficta* o *impropia*?
11. ¿Cuál es el requisito de perseguibilidad en la violación?
12. ¿Cómo es la culpabilidad en la violación?
13. Mencione cinco comportamientos que se consideren variantes sexuales y señale, de todas las que se presentan en el capítulo relativo, cuáles no constituyen delito.
14. ¿Cómo se clasifica el delito de violación?
15. ¿Existen causas de justificación en la violación?
16. ¿Cuántas y cuáles son las clases de violación que contempla la legislación penal del Distrito Federal?
17. ¿Existen circunstancias atenuantes en la violación?
18. ¿En qué casos se presentan agravantes en este delito?
19. ¿Cuál es el objeto material y cuál el jurídico en la violación?
20. ¿Puede configurarse la violación entre cónyuges, concubinos, prostitutas, personas del sexo masculino, mujeres no vírgenes, animales y cadáveres? Fundamente cada uno de estos casos.
21. ¿Existe perdón del ofendido en este delito?
22. ¿Se presentan excusas absolutorias en la violación?
23. ¿Se puede configurar la ausencia de conducta en este ilícito?
24. ¿Quiénes son los sujetos pasivos en la violación ficta o impropia?
25. ¿Pueden presentarse el concurso ideal y el material? Propóngase un ejemplo de cada uno.

34 Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (rapto)

Con motivo de las reformas al *Código Penal para el Distrito Federal* (CPDF), de fecha 21 de enero de 1991, fue derogada la denominación de Capítulo II, Título Decimoquinto, Libro Segundo, referente al rapto, así como los arts. 267, 268, 269, 270 y 271 de dicho capítulo, en los cuales se contemplaba la figura mencionada.

Se adicionó el art. 365 *bis* al hoy CPF, que regula la llamada *privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales*; este delito, con algunas variantes, es lo que antes era el delito de rapto.

Sin embargo, este art. 365 *bis*, que se encontraba dentro del capítulo único del Título Vigesimoprimero y que prevé los delitos de privación de la libertad y de otras garantías,[1] fue derogado del CPF mediante decreto publicado en el DOF el 14 de junio de 2012 para entrar en vigor al día siguiente. Debido a que todavía existe en varios códigos penales, lo analizamos en este libro; cabe señalar que en algunas entidades se le denomina *Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales* y en otras *Rapto*.

Hablar de esta figura típica nos hace recordar lo que hasta el 21 de enero de 1991 era el delito de rapto, ya que constituye el antecedente directo de este ilícito. En el *Éxodo* y el *Deuteronomio*, así como en distintas leyes del derecho romano y el *Fuero Juzgo*, el delito de rapto consistía en el apoderamiento de una mujer con propósitos sexuales o matrimoniales. Algunas de las sanciones consistían en dotar a la

[1] El programa oficial de la asignatura Delitos en particular II, de la Facultad de Derecho de la UNAM, que se sigue en esta obra, no incluye este delito. No obstante, debido a la importancia de esta figura típica y su similitud con la derogada del rapto, hemos creído pertinente y útil analizarlo.

mujer raptada, casarse con ella (recientemente en nuestra legislación, el matrimonio del raptor con la raptada extinguía la acción penal) y privar de la vida al raptor, así como sanciones pecuniarias y corporales.[2]

34.1 Noción legal

El art. 365 *bis* del CPF vigente hasta el 14 de junio de 2012 establecía lo siguiente: "Al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión."

El art. 162 del CPDF establece: "Al que prive a otro de su libertad, con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá de uno a cinco años de prisión [...]". Como se advierte, la redacción es casi idéntica y sólo varía en el hecho de que el código federal incluye "ilegalmente" para destacar la antijuridicidad de la conducta.

Este tipo penal antes se conocía como *rapto*.

Según el medio ejecutivo, este delito solía clasificarse en dos: rapto propio, genérico o no consensual, y rapto impropio o consensual.

- Propio, genérico o no consensual. Es el que describía el art. 267 del código de 1931 vigente en el fuero federal y para el Distrito Federal: "al que se apodere de una persona, por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse [...]."
- Impropio o consensual. Previsto en el art. 268 del mismo código, establecía: "el raptor no emplee la violencia ni el engaño y consienta en el rapto la persona, si ésta fuere menor de 16 años."

Examinemos a continuación el delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales.

34.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Cualquier persona física; hombre o mujer. Antes de derogar el rapto, se reformó el art. 267, el cual señalaba: "Al que se apodere de una mujer [...]", con lo que sólo el hombre podía ser sujeto activo y pasivo la mujer. A raíz de la mencionada reforma, el sujeto activo en el rapto podía ser tanto el hombre como la mujer. Esto se presenta tanto en el CPF como en el CPDF.
- Pasivo. Igualmente pueden serlo el hombre y la mujer.

[2] Alberto González Blanco, *op. cit.*, págs. 119 y 120.

Objetos

- Material. Es el sujeto pasivo que, como se ha indicado, puede ser tanto el hombre como la mujer.
- Jurídico. Con base en la ubicación de este tipo penal dentro del código, resulta evidente que el objeto jurídico tutelado es la libertad física de las personas. No obstante, concebimos una doble tutela jurídica, ya que además de la libertad física está implícita la tutela de la libertad sexual, a diferencia del secuestro o plagio, que tiene por bien jurídico tutelado únicamente la libertad física, pues carece del elemento subjetivo del propósito sexual.

  En resumen, el propósito del sujeto activo matiza de sexual el objeto jurídico de esta conducta típica.

34.3 Clasificación

Es un delito:

- Por la conducta: de acción (omisión cuando es por retención).
- Por el resultado: material.
- Por su duración: permanente.
- Por el daño: de daño o lesión.
- Por su ordenación metodológica: básico o fundamental.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: anormal.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.

34.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En este delito, la conducta típica consiste en privar a otra persona de su libertad. Esto puede ocurrir de dos maneras: por aprehensión o sustracción y por retención.

- Por aprehensión o sustracción. Consiste en que el sujeto activo, con movimientos físicos, se dirija a tomar a la persona (pasivo) y trasladarla a un lugar donde quede bajo su poder. (Esto es como el robo por sustracción.)
- Por retención. Consiste en que el sujeto activo aprovecha que el pasivo se encuentra en el lugar donde aquél está, donde es capaz de ejercer un poder sobre él, y simplemente le impide alejarse (como el robo por retención).

Formas y medios de ejecución

En este delito la norma no exige que la conducta se lleve a cabo con medios específicamente determinados, por lo que entendemos que el medio ejecutivo puede ser cualquiera, como violencia o engaño. Algunos códigos penales establecen el medio ejecutivo.

La violencia puede ser física o moral; es física cuando con actitudes agresivas y mecanismos de hecho, el sujeto activo logra privar de la libertad al pasivo. Por lo general se traduce en golpes. Puede ejercerse directamente sobre el sujeto pasivo o sobre sus acompañantes o custodios. Es moral cuando el sujeto activo se vale de amenazas o amagos de cualquier tipo, que sean lo suficientemente eficaces e idóneos para obtener del sujeto pasivo el resultado deseado.

El engaño consiste en ocasionar en el sujeto pasivo una falsa idea de la realidad, a fin de privarlo de su libertad, sin el empleo de violencia; por ejemplo, cuando alguien informa a una persona que un familiar está herido y se ofrece a trasladarla hasta donde se halla éste. Al acceder el sujeto pasivo, de pronto se encuentra en un lugar diverso y advierte que ha sido objeto de engaño y se le impide escapar.

Ausencia de conducta

No se presenta en este delito.

34.5 Tipicidad en el delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (rapto)

Tipicidad

Consiste en que la conducta de la realidad concuerde con el tipo al configurarse exactamente todos los elementos típicos.

Dependiendo de la redacción en cada código, los elementos descritos en el tipo que deben presentarse son los siguientes:

- la privación de libertad (conducta)
- de una persona, mujer u hombre (sujeto pasivo)
- por cualquier medio de ejecución: violencia física o moral, o engaño con el propósito de realizar un acto sexual (elemento subjetivo)
- ilegalmente (elemento normativo).

Elemento típico subjetivo. Es el propósito específico del sujeto activo que requiere de manera necesaria este delito, consistente en el interés del agente de realizar un acto sexual. Entendemos que en el *acto sexual* deben quedar comprendidos tanto actos distintos de la cópula como la cópula misma; si el legislador hubiera querido referirse a la cópula únicamente, así lo habría establecido, como ocurre en la violación y el estupro.

Elemento típico normativo. La privación de la libertad debe realizarse "ilegalmente", como lo señalan algunos tipos penales estatales; el CPDF no lo indica de manera expresa.

Atipicidad

Se configura si falta alguno de los elementos típicos y consiste en que, en el caso concreto, esté ausente o no encuadre alguno de los elementos señalados con antelación.

Ejemplo de atipicidad. Cuando el propósito no sea el señalado por el tipo, como pedir rescate por la persona de quien se apoderó el sujeto activo. En este caso habrá atipicidad de este delito, pero la conducta será típica de secuestro o plagio.

34.6 Antijuridicidad en el delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (rapto)

Antijuridicidad

Este delito es antijurídico en tanto viola un bien jurídico que la ley tutela, por lo cual la contraría. En este caso, es la libertad física y sexual.

Causas de justificación

No se presenta ninguna.

Circunstancias modificadoras

No se configuran circunstancias agravantes; sin embargo, podemos apreciar que el segundo párrafo del art. 365 *bis* del CPF establecía una pena atenuada (un mes a dos años) cuando el agente restituía la libertad a la víctima, dentro de los primeros tres días, sin haber practicado el acto sexual.

El art. 162 del CPDF, en su segundo párrafo, dispone que si dentro de las 24 horas siguientes se restablece la libertad al pasivo, sin haber practicado el acto sexual, se aplicará una pena de tres meses a tres años de prisión.

34.7 Culpabilidad

Privación ilegal dolosa de la libertad con propósitos sexuales (rapto)

En este delito solamente se presenta la forma dolosa o intencional; incluso existe un dolo doble:

- Genérico. Querer privar de la libertad al sujeto pasivo.
- Específico. Propósito de realizar un acto sexual.

Inculpabilidad

No se presenta ningún caso.

34.8 Punibilidad

La pena era de uno a cinco años de prisión en el fuero federal; cuando no se practica el acto sexual, de un mes a dos años. En el Distrito Federal la punibilidad es de uno a cinco años, y de restablecerse la libertad sin haberse realizado el acto sexual, de tres meses a tres años.

No se presentan excusas absolutorias.

34.9 Consumación y tentativa

Consumación

Este delito se consuma en el instante en que el sujeto activo priva de la libertad al pasivo (con el propósito mencionado). Cabe recordar que es un delito permanente, así que su duración se prolonga mientras el sujeto pasivo permanezca bajo la esfera de poder del activo y a voluntad de éste.

Tentativa

Puede configurarse si el sujeto activo despliega los actos tendentes a lograr la privación de libertad del pasivo, pero debido a causas ajenas a su voluntad no realiza su propósito. Lo difícil en estos casos es saber si el propósito era realizar el acto sexual u obtener un rescate, por ejemplo.

34.10 Concurso de delitos

En lo referente a este delito, existe una serie de posibilidades que pueden crear confusión en muchos estudiantes y profesionales. Se trata de la concurrencia con otras figuras típicas. A continuación se expone de manera concreta nuestro punto de vista al respecto.

Ideal o formal

Puede ocurrir que con una sola conducta se produzcan diversos resultados, uno de los cuales sea la privación de libertad con propósitos sexuales, o el delito de lesiones, como consecuencia de un apoderamiento violento.

Real o material

Puede configurarse cuando con distintas conductas se produzcan diversos resultados típicos, de modo que surjan las posibilidades siguientes:

- Privación de libertad y abuso sexual. Puede configurarse el delito de abuso sexual y, luego, con otro comportamiento, darse la privación de libertad. Sin embargo, no es posible la configuración a la inversa; esto es, primero la privación de libertad con propósitos sexuales y después la conducta típica de este delito (es, en realidad, el elemento típico subjetivo de aquél).

- Privación de libertad y estupro. Se trata de dos figuras típicas diferentes; así, podría ocurrir que el sujeto activo cometiera primero el delito de estupro y, posteriormente, privara de su libertad al pasivo con propósitos sexuales (recuérdese que el estupro exige que el sujeto pasivo sea menor de 18 años y mayor de 15, mientras que la privación de libertad no exige calidades en el sujeto pasivo). Si primero se priva de libertad y luego se copula con persona mayor de 15 y menor de 18 años por engaño, hay dos delitos.
- Privación de libertad y violación. Son dos delitos autónomos. Primero el sujeto activo puede privar de su libertad a la persona, pero si copula con ella violentamente, habrá concurso real o material, lo mismo si ocurre en el orden inverso.
- Privación de libertad y lesiones. Es posible que además del apoderamiento se configure el delito de lesiones (no como se analizó en el caso del concurso ideal), de manera independiente y autónoma, con lo cual surge el concurso material. También puede haber delito de robo u homicidio.

34.11 Participación

Pueden presentarse los distintos grados de participación; sin embargo, deben considerarse las reglas previstas en los arts. 54 del CPF y 73 y 74 del CPDF.

34.12 Perseguibilidad o procedencia

Este delito se persigue por querella de parte ofendida. Al respecto, el art. 365 *bis* del CPF señalaba: "Este delito sólo se perseguirá por querella de la persona ofendida." El art. 162, tercer párrafo, del CPDF, establece también la perseguibilidad de querella.

Extinción de la acción penal

Se presenta por el perdón del ofendido.

34.13 Reparación del daño

Finalmente, sólo cabe destacar que dicho delito no es muy frecuente, ya que resulta más fácil el logro de las pretensiones matrimoniales y eróticas entre las parejas, consecuencia de las actuales valoraciones culturales. Lo mismo decimos por lo que respecta al rapto, en las legislaciones locales donde aún existe. Consideramos que debió conservarse el delito de rapto y no incluirlo dentro de los delitos contra la libertad física.

Cuadro 53 **Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales en el CPDF.**

Artículo que lo contempla		162 del CPDF
Conducta típica		Privar de la libertad al pasivo
Elemento subjetivo		Propósito de realizar un acto sexual
Medios de ejecución		Cualquiera
Sujetos	Activo	Hombre o mujer
	Pasivo	Hombre o mujer
Objetos	Material	Sujeto y pasivo
	Jurídico	Libertad física y sexual
Reprochabilidad		Dolo o intencionalidad
Perdón del ofendido		Puede configurarse
Circunstancias modificadoras	Atenuantes	162, párrafo segundo, del CPDF
	Agravantes	No hay
Perseguibilidad		Mediante querella
Tentativa		Puede configurarse
Punibilidad		De uno a cinco años de prisión y de tres meses a tres años.

Actividades

1. En un libro de historia universal, localice el episodio relativo al rapto de las sabinas y precise cada uno de los elementos siguientes. Señale si, en su opinión, este comportamiento se adecua al actual delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales:
   a) Sujeto activo.
   b) Sujeto pasivo.
   c) Propósito del activo.
   d) Medio ejecutivo.
2. Elabore un cuadro sinóptico que contenga todos los elementos típicos de este delito.
3. Proponga dos casos de atipicidad, en uno de los cuales se aprecie la falta del elemento normativo y, en el otro, la falta del elemento típico subjetivo.
4. Realice un estudio comparativo entre el tipo de rapto antes de la reforma, y el nuevo y vigente, y exponga su punto de vista personal, argumentando la opinión propia.
5. Elabore un resumen de este capítulo, en el cual se destaquen los aspectos considerados más importantes.
6. Consulte cuatro códigos estatales y establezca las diferencias que encuentre entre ellos y el CPDF.

Autoevaluación

1. ¿Quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en este delito?
2. ¿Cuál es el objeto jurídico y cuál el material en este delito?
3. ¿Cuáles son los medios de ejecución?
4. ¿Cuántas clases de rapto consideraba la legislación penal mexicana? Explique cada uno de ellos.
5. ¿Cuál es la conducta típica en la privación ilegal de libertad con propósitos sexuales?
6. ¿Puede existir este ilícito por consentimiento del sujeto pasivo?
7. ¿En qué consiste la atipicidad en este delito?
8. ¿Cuál es el elemento típico subjetivo?
9. ¿Existen causas de justificación?
10. ¿Existen circunstancias atenuantes o agravantes?
11. ¿Cómo puede ser este tipo en cuanto a la culpabilidad?
12. ¿En qué momento se consuma?
13. Explique si es posible la configuración de la tentativa.
14. ¿Puede presentarse el concurso ideal?
15. Proponga dos ejemplos de concurso real o material.
16. ¿Cómo es la perseguibilidad en este delito?

Sección 5

Delitos contra la familia

35 Incesto

Históricamente, no siempre y no en todos los pueblos ha sido considerado delito. Hubo conductas incestuosas aceptadas e incluso se consideraba que sólo así se mantenía pura la estirpe. Entre los egipcios era lícito el matrimonio entre hermanos, por ejemplo; en el Imperio romano, Calígula y su hermana mantuvieron relaciones sexuales y, como consecuencia, ella quedó embarazada; entre la familia Borgia también, y en otras épocas y países era aceptado.

35.1 Noción legal

El art. 272 del CPF fue reformado mediante decreto del 14 de junio de 2012. Dicho numeral establece:

> Se sancionará con pena de uno a seis años de prisión, el delito de incesto cuando los ascendientes tengan relaciones sexuales con sus descendientes, siempre y cuando estos últimos sean mayores de edad.
> … (se deroga)
> … (se deroga)
> Cuando la víctima sea menor de edad, la conducta siempre será entendida como típica de violación.

Consideramos que al llevar a cabo esta reforma el legislador federal incurrió en varias fallas, pues la descripción típica no es clara, se presta a confusión y sorprende la eliminación de los hermanos como sujetos.

El art. 181 del CPDF se refiere a este tipo penal de la manera siguiente:

A los hermanos y a los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí se les impondrá prisión o tratamiento en libertad de uno a seis años.

Para los efectos de este artículo, cuando uno de los hermanos, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta sea mayor de dieciocho años de edad y el otro sea menor de doce años, se le aplicará al primero de ocho a veinte años de prisión.

35.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. El incesto, debido a que se trata de un delito plurisubjetivo o bilateral, tiene por agentes necesarios a dos sujetos activos, por lo que resulta imposible su configuración con uno solo.

  El ascendiente que tiene relaciones con su descendiente es sujeto activo, pero también lo es el descendiente; lo mismo ocurre cuando el incesto se da entre hermanos: ambos son activos (CPDF).

  Con la reforma al CPF del 14 de junio de 2012, sólo los ascendientes y descendientes pueden ser sujetos en este delito, pues se eliminó a los hermanos.

Respecto del sexo de los agentes, hay quienes sostienen que deben ser de distinto sexo, esto es, que debe tratarse de relaciones heterosexuales; sin embargo, la ley no precisa dicha circunstancia, por lo que consideramos que los sujetos pueden ser del mismo sexo. Por tanto, nada impide que ocurra incesto entre padre e hijo o entre dos hermanos varones.

Por cuanto hace a la homosexualidad femenina o lesbianismo, ¿puede darse el incesto entre madre e hija o entre hermanas? Lo cierto es que entre mujeres no sucede la cópula normal o penetración del miembro viril en la vagina. Este aspecto tiene íntima relación con el bien jurídico tutelado, ya que para algunos consiste en la preservación genética, por lo que las relaciones sexuales lésbicas no presentan peligro alguno, pues resulta imposible la descendencia, lo mismo que entre hombres. Por tanto, a quienes sostienen que el bien tutelado es la salud genética y la normal conservación de la descendencia, se les recuerda que es imposible considerar a la mujer como activo. Debe quedar claro que el CPDF hace referencia a "cópula", no así el federal, que se refiere a "relaciones sexuales".

Por otra parte, de no ser éste el bien tutelado, consideramos que la expresión legal *relaciones sexuales*, que se emplea en el CPF, debe entenderse en su sentido más amplio, es decir, abarca toda manifestación del comportamiento sexual. En consecuencia, las relaciones sexuales entre mujeres también quedan comprendidas y se considera a la mujer en un doble papel: como sujeto activo y pasivo. Más adelante se tratará lo relativo al bien jurídico tutelado.

Por cuanto hace al grado de línea parental, nos adherimos al criterio de Carrancá y Trujillo, quien expresa: "La ley se refiere, a nuestro parecer, a ascendientes y descendientes consanguíneos en las líneas recta y transversal, cualquiera que sea su grado."[1]

No compartimos la opinión de los autores que afirman que están comprendidos también los parientes afines y civiles.

- Pasivo. El sujeto pasivo es, sin duda, la familia. Es el núcleo familiar el directamente afectado con este delito, ya que las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos (CPDF), alteran la naturaleza, las funciones y los fines de la familia.

  Este comportamiento delictivo ocasiona la ruptura, el desmembramiento o la desintegración entre los miembros de la familia; en ocasiones también altera los papeles que cada uno de los integrantes del grupo familiar desempeña e, incluso, provoca conflictos relacionados con la moral familiar y el respeto que deben guardarse entre ellos.

  Uno de los factores que influyen en este fenómeno es la promiscuidad en la que se halla una gran cantidad de familias mexicanas, propiciada, en mucho, por el grave problema de la vivienda y el elevado número de hijos y parientes que conviven en el mismo hogar. Este fenómeno lo han detectado sociólogos que explican las relaciones sexuales intrafamiliares como consecuencia de la convivencia de muchos miembros de la familia en espacios muy reducidos.

  Por lo anterior, consideramos que si bien en principio es la familia la que resiente directamente este delito, la sociedad también se ve afectada, y de ahí se derivan problemas aún más graves.

Ha resultado sorpresiva la reforma al CPF de junio de 2012 mediante la cual se excluye a los hermanos, pues dada la tradición cultural y moral mexicanas, resulta tan mal vista la relación sexual entre ascendientes y descendientes como la habida entre hermanos. En nuestra opinión, el CPDF maneja de manera más adecuada este aspecto.

Objetos

- Material. Coincide con el sujeto pasivo que, como ya hemos apuntado, es la familia, y en segundo lugar la sociedad. Se deja claro que no es el descendiente con quien se tiene relaciones sexuales, ya que el delito es plurisubjetivo.
- Jurídico. Como en pocos delitos, en este caso hay discrepancia entre los estudiosos. A la fecha sigue siendo uno de los aspectos más discutidos e imprecisos que existen en materia penal.

  Al respecto, encontramos los criterios siguientes:

[1] Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *op. cit.*

- *Unidad moral de la familia y la salud de la estirpe.* Carrancá y Trujillo, así como Carrancá y Rivas, opinan que éste es el bien tutelado en el delito de incesto.
- *La moral sexual.* Esther Alanís Vera, entre otros autores, sostiene que éste es el objeto jurídico.
- *El orden moral.* Así lo considera Marcela Martínez Roaro.
- *Protección al principio exogámico de la familia.* Así lo ven González de la Vega y González Blanco, entre otros.
- *Salud y conservación eugenésica.* Es como lo ubican Maggiore, Cuello Calón y González de la Vega, entre otros.
- *El orden familiar.* Así lo determina Jiménez Huerta.
- *La unidad, integridad y moral de la familia.* César Augusto Osorio y Nieto.

Vale destacar que casi todos los autores consideran dos o tres aspectos como bien jurídico tutelado.

En suma, opinamos que el objeto jurídico en el incesto es la integridad familiar, pero ello implica consideraciones de tipo moral y social derivadas del respeto a la unidad familiar, sin perder de vista la naturaleza exogámica que atribuyen a la familia las normas de derecho civil.

Mucho se discute acerca de lo fundamental que resulta la preservación de la especie o salud genética para el bien tutelado. No nos parece acertado haber ubicado el incesto dentro del título dedicado a los delitos sexuales, pues el bien tutelado no es, como ya hemos manifestado, la libertad, la seguridad sexual ni el normal desarrollo psicosexual, debido a que los dos sujetos participan con su pleno consentimiento.

Códigos estatales. También en las entidades federativas se observa la disparidad que se da en cuanto al bien jurídico tutelado por la ley. Resulta conveniente advertir cómo muchos códigos estatales conciben de manera más acertada el bien jurídicamente tutelado, a diferencia de los códigos penales federal y para el Distrito Federal, que lo ubican de modo indebido en delitos sexuales. Por ejemplo, los códigos penales de Yucatán, Hidalgo, Veracruz y muchos otros consideran que el bien tutelado es la familia, la integridad familiar, la moral de la familia. El código penal de Tlaxcala no contempla esta figura, por lo que se presenta una ausencia de tipo.

35.3 Clasificación

Se trata de un delito:

- Por la conducta: de acción.
- Por el número de actos: unisubsistente o plurisubsistente.

- Por el resultado: formal.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el daño: de lesión o de daño.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su formulación: alternativamente formado (sujetos).
- Por su composición: normal.
- Por el número de sujetos: plurisubjetivo.

35.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Está constituida por las relaciones sexuales, en materia federal. Entendemos esta expresión en su sentido más amplio. No creemos que el legislador haya querido restringir el sentido de la expresión *relaciones sexuales* al hecho único de copular, pues quedarían al margen muchas otras actividades eróticas que afectan el núcleo familiar. Por otra parte, si el legislador hubiera querido referirse a la cópula, lo habría mencionado en la norma como lo hizo, por ejemplo, en la descripción de los delitos de violación y estupro.

El CPDF habla de cópula. Nuevamente opinamos que la existencia de 33 códigos penales es un absurdo, pues existen situaciones diametralmente opuestas y contradictorias, cuando una sola debiera ser la realidad jurídica penal: ¿qué justifica que el incesto sea delito en unos estados y en otros no?, ¿qué hace que en algunas entidades los sujetos sean los ascendientes, descendientes y hermanos y, en otras, sólo los primeros?, ¿por qué la punibilidad varía tanto de un estado a otro?, y, por último, ¿qué criterio hace que en unas entidades el bien tutelado sea uno y en otras entidades sea otro?

Formas y medios de ejecución

Derivado del punto anterior, las formas o medios ejecutivos de la conducta típica son todas las acciones que de una manera u otra desplieguen actividades sexuales diversas (CPF) y las que puedan consistir en la cópula (CPDF). También se puede afirmar que no se trata de un delito que exija una sola conducta, sino que ésta se puede presentar de manera reiterada por un tiempo indeterminado.

Ausencia de conducta

En este delito no se presenta la ausencia de conducta.

35.5 Tipicidad en el delito de incesto

Tipicidad

Se dará cuando la conducta que se presenta en un momento dado se adecua al tipo penal que la describe. De allí se deriva que habrá tipicidad cuando:

- Existe la conducta típica: llevar a cabo las relaciones sexuales (CPF) o cópula (CPDF).
- Se presentan los sujetos: ascendientes y descendientes o hermanos (CPDF) o sólo los ascendientes con los descendientes (CPDF).

Atipicidad

Cuando falte alguno de los elementos que exige el tipo, la conducta es atípica.

Cabe señalar, por ejemplo, que es atípica la relación sexual entre ascendiente y descendiente efectuada por medio de la violencia (lo que ocurre lamentablemente con mucha frecuencia), ya que este comportamiento constituye abuso sexual y, si es cópula, violación. Tampoco se trata de concurso de delitos, como erróneamente creen algunos, pues la ley es muy clara cuando en el art. 266 *bis*, segundo párrafo, incluye el caso de violación entre ascendientes, donde se señala una penalidad agravada en razón del vínculo parental existente entre el activo y la víctima.

También es atípica la conducta consistente en la práctica de relaciones sexuales entre parientes que no enuncian los arts. 272 del CPF y 181 del CPDF.

35.6 Antijuridicidad en el delito de incesto

Antijuridicidad

El incesto es antijurídico, pues se encuentra tipificado en nuestra legislación penal; se sanciona a los sujetos que lo cometen, ya que se trata de un comportamiento que atenta contra el derecho.

Causas de justificación

No se presenta ninguna en este delito.

Circunstancias modificadoras

Tampoco existen circunstancias atenuantes ni agravantes en el incesto.

Hay quienes sostienen que el incesto respecto del descendiente y entre hermanos es atenuado, ya que para ellos la pena es menor que cuando se trata de los ascendientes. Sin embargo, no puede decirse que se trata propiamente de una circunstancia atenuante: sucede sólo que la ley considera más responsable del ilícito al ascendiente, quien se supone que tiene mayor edad y, por tanto, madurez y capacidad; por esta razón, merece una pena mayor.

Aunque parezca repetitivo, el incesto tampoco se agrava cuando la relación sexual entre ascendientes y descendientes se da por medio de la violencia, aun cuando impere la opinión contraria de algunos tratadistas, pues como expresamos antes, ello es constitutivo de abuso sexual o violación, por lo que no existe la figura de incesto agravado debido a que se trata de un delito plurisubjetivo.

35.7 Culpabilidad e inculpabilidad

Culpabilidad

El reproche penal que se les hace a los responsables del incesto sólo puede ser doloso (intencional).

No es factible la culpa, por tratarse de un delito eminentemente intencional. Los sujetos que llevan a cabo las relaciones sexuales deben conocer el parentesco que los une, para que su actuación antijurídica sea dolosamente reprochable ante el derecho penal. Aunque el CPF no exige un elemento típico subjetivo, éste debe considerarse implícito, ya que el desconocimiento del parentesco daría lugar a una conducta atípica. El CPDF acertadamente incluye en la descripción típica este elemento típico subjetivo, consistente en el conocimiento del parentesco que une a ambos sujetos.

Inculpabilidad

Puede presentarse el error de hecho esencial e invencible.

Desconocer el parentesco que hay con la persona con quien se sostienen relaciones sexuales hace que se presente el aspecto negativo de la culpabilidad, por lo que no existe ningún delito.

Un ejemplo nos lo ofrece la literatura clásica en la tragedia de Sófocles, cuando Edipo mata a su padre sin saber que lo es, después se casa con su madre, respecto de la cual también ignora que lo es, con quien mantiene relaciones sexuales y tiene descendencia. La aparente relación incestuosa en este caso no es tal, en virtud del desconocimiento tanto de Edipo como de su madre, Yocasta, acerca del lazo materno-filial que los une. Fortalece la negación del incesto la decisión que ambos toman al enterarse de la verdad: Yocasta se suicida y Edipo se saca los ojos antes de salir de Tebas acompañado de su hija Antígona.[2] Este pasaje de la tragedia griega ilustra un caso de desconocimiento de parentesco entre los sujetos que mantienen relaciones sexuales.

En la realidad, esta situación se presenta en los casos de hijos no reconocidos por el padre o de pequeños abandonados que, al ignorar su origen, mantienen relaciones sexuales con sus propios hermanos, hermanas o padres, sin saber que lo son.

[2] Carlos Gaytán, *op. cit.*, págs. 67 y 68.

35.8 Punibilidad

Por cuanto hace a la pena, la situación es la siguiente: el CPF contempla para los ascendientes y descendientes, de uno a seis años de prisión.

En algunos códigos estatales la punibilidad es mayor en el caso de los ascendientes, puesto que se presume mayor madurez en ellos en comparación con los descendientes, quienes evidentemente serán menores (aunque sean mayores de edad), lo que hace más censurable este comportamiento típico en los ascendientes que en los descendientes o en los hermanos.

En el CPDF, la pena es de uno a seis años de prisión o tratamiento en libertad, tanto para los ascendientes y descendientes como para los hermanos. Asimismo, este ordenamiento penal indica que en caso de que uno de los hermanos o el descendiente fuera menor de 12 años, la pena sería de ocho a 20 años. Esto me parece incorrecto, porque debe entenderse que en esta situación la conducta se debe equiparar a la violación.

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna en este delito.

35.9 Consumación y tentativa

Consumación

El incesto se consuma en el preciso momento en el que los sujetos activos sostienen relaciones sexuales (CPF) o la cópula (CPDF).

La forma plural en la que el código punitivo expresa la conducta típica no implica que se requiera más de una relación sexual pues, como hemos señalado, una sola vez será suficiente para consumar el referido ilícito.

Tentativa

Diversos autores niegan la posibilidad de que en el incesto pueda darse el grado de tentativa; otros, en cambio, afirman su configuración.

En nuestra opinión, es factible que se presente la tentativa, pues quizá los activos realicen los actos encaminados a la producción del delito pero éste, por causas ajenas a su voluntad, no se consuma. Puede ser un familiar quien evite la comisión del delito, a pesar de la intención e iniciación de los actos ejecutivos para consumarlo por parte de los dos sujetos activos.

35.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Con la misma conducta puede producirse el incesto y el delito de lesiones, o el surgimiento de una enfermedad venérea o la transmisión del VIH. No puede presentarse concurso ideal en relación con alguno de los delitos sexuales que contempla el CPF,

ya que éstos implican unilateralidad, o sea que se trata de delitos unisubjetivos, contrastantes con el incesto, que es plurisubjetivo.

Al emplear los medios en los distintos delitos sexuales, ocurren el engaño, la violencia física o moral, o la ausencia de consentimiento por parte del pasivo, lo que no sucede con el incesto, ya que ambos son sujetos activos y manifiestan su consentimiento para realizar el comportamiento típico.

Veamos por separado cada supuesto:

- Incesto y violación. Jamás podrán surgir ambas figuras, pues como se señaló, cuando la relación sexual (cópula) se da por medio de la violencia, surge el delito de violación y desaparece la posibilidad del incesto, aunque los sujetos sean ascendientes y descendientes o hermanos, dada la unisubjetividad o plurisubjetividad de tales ilícitos. En este supuesto, la violación será agravada.

  Si la relación sexual se manifiesta con el consentimiento de ambos, será incesto.

- Incesto y estupro. Tampoco pueden surgir ambas figuras derivadas de un mismo comportamiento. Dado el medio ejecutivo que exige el estupro, que es el engaño y como se trata de un delito unisubjetivo, sólo puede existir estupro pero no incesto.

Real o material

Es posible que se presenten con distintos comportamientos y diferentes resultados típicos, siendo uno de ellos el incesto. Por ejemplo, cuando un hermano comete incesto con su hermana y posteriormente la roba; también cuando un padre mantiene relaciones incestuosas con su hija, pero después de un tiempo ella ya no quiere tenerlas y el padre la viola o la amenaza con un mal grave.

35.11 Participación

Es factible que se presenten los distintos grados de participación, teniendo en cuenta, por supuesto, las reglas generales para la imposición de las sanciones.

35.12 Perseguibilidad o procedencia

El incesto se persigue de oficio.

35.13 Consideración final

Es pertinente insistir en que, dada la naturaleza de este delito, su imprecisión en tantos aspectos y su inadecuada inclusión dentro del título relativo a los delitos sexuales, tanto en el CPF como en el CPDF, se requiere una pronta y eficaz revisión de dicha figura, a fin de precisar su objetividad jurídica tutelada, su conducta típica, el manejo de los sujetos y la punibilidad.

Actividades

1. Elabore un cuadro-resumen sobre el delito de incesto.
2. Extraiga de la historia universal cuatro casos en los que se hayan presentado relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos. Señale si en esa época se consideraba delito.
3. En una cuartilla fundamente la naturaleza del incesto y explique por qué no se trata de un delito sexual.
4. De distintos códigos penales estatales escriba la noción legal del delito de incesto y haga un breve estudio comparativo entre éstos y el CPDF.
5. Precise en qué códigos estatales se contempla el incesto en capítulo distinto del relativo a los delitos sexuales.
6. En pocas líneas explique por qué no puede darse el concurso entre los delitos de incesto y violación.

Autoevaluación

1. Proporcione la definición legal de incesto en el CPF reformado el 14 de junio de 2012.
2. Precise los objetos material y jurídico en el incesto.
3. Señale quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en este delito.
4. Exponga brevemente su punto de vista personal en relación con el bien jurídico tutelado en el incesto.
5. ¿Cuál es la conducta típica en el incesto?
6. En cuanto a la culpabilidad, ¿cómo es ésta en el incesto?
7. ¿Cómo se persigue el incesto?
8. ¿Puede presentarse el concurso de delitos?
9. ¿Puede darse la tentativa en el incesto?
10. Mencione en qué casos se presenta la atipicidad en el delito de incesto.
11. Falso o verdadero:
    - *a)* El delito de incesto es unisubjetivo.
    - *b)* Sólo los ascendientes y descendientes pueden ser sujetos activos en el incesto.
    - *c)* El incesto puede agravarse cuando se da la violencia.
    - *d)* El delito de incesto siempre se presenta con violencia.
    - *e)* Todas las legislaciones estatales coinciden en considerar el incesto un delito sexual.
    - *f)* El medio ejecutivo es el engaño.

36

Adulterio

Analizamos este delito debido a que aún existe en varios códigos penales estatales, a pesar de que no se encuentra previsto en el CPDF y de que fue derogado del CPF el 8 de junio de 2011.

Antes de abordar el tema relativo a la noción legal, debido a la importancia que este delito ha tenido a lo largo de la historia del derecho penal nacional, queremos presentar, a manera de ejemplo, la forma en que los pueblos más representativos de nuestro derecho precolonial (aztecas y mayas) consideraban a los responsables del delito de adulterio. Debido a su moral, este comportamiento se castigaba de forma muy severa, de ahí la dureza de sus penas, como veremos a continuación.

Entre los aztecas y mayas el adulterio se castigaba con pena de muerte. Los primeros optaban por la "lapidación o quebrantamiento de la cabeza entre dos losas; en Ichcatlan, a la mujer acusada se le descuartizaba y se dividían los pedazos entre los testigos; en Ixtepec, la infidelidad de la mujer se castigaba por el mismo marido, con autorización de los jueces, que en público le cortaba la nariz y las orejas".[1] Como se advierte, sólo se consideraba responsable de este delito a la mujer.

Por su parte, el pueblo maya lapidaba al varón adúltero. Para la mujer el castigo era sólo su vergüenza o infamia, aunque a veces también se le lapidaba. Además, había otras penas para castigar el adulterio, como matar con flechazos al hombre; arrastrar el esposo a la mujer y, luego, abandonarla para que la devoraran las fieras; el marido engañado se casaba con la mujer del ofensor; muerte a estacadas o extracción de las vísceras por el ombligo a los dos adúlteros.[2]

[1] Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, Porrúa, México, 1974, pág. 29.

[2] *Ibidem*, pág. 41.

Resulta muy ilustrativa la forma como se castigaba este delito antes de la Conquista, lo que confirma la severidad de la moral entre nuestros antepasados.

Ciertamente, las cosas han cambiado. Hoy tal severidad ya no existe, e incluso son varios los países en los que el adulterio se ha eliminado del catálogo penal.

También resulta oportuno mencionar lo que actualmente sucede en el Islam, donde a las adúlteras se las sanciona con la pena de muerte. Amnistía Internacional ha reportado que en varios países de África, Asia y Oriente Medio, en especial los musulmanes, sigue vigente la ejecución por lapidación de las personas que han cometido adulterio; el mayor número de víctimas corresponde a mujeres. Esta pena, que es muy antigua, consiste en matar a la persona lanzándole piedras con fuerza; se puede cubrir con tela la cabeza de la persona o atarla o enterrarla hasta el cuello.

Debe aclararse también que varios estados de la República Mexicana aún conservan este tipo penal, aunque la tendencia es su derogación, para dejarlo únicamente como causal de divorcio en materia civil.

Veamos cómo se contempla esta figura tan controvertida en nuestra legislación vigente.

36.1 Noción legal

Durante mucho tiempo el adulterio estuvo previsto en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Posteriormente desapareció del fuero común y quedó vigente en el código federal, no obstante la dificultad que representaba su existencia real en dicho fuero, dada la naturaleza del delito que nos ocupa, ya que no afecta a la federación.

En el citado CPF, este tipo penal adolecía de una falla legislativa muy delicada: no precisaba o definía el concepto de adulterio; incluso se habla de una *ausencia de tipo,* por lo que fue muy criticado el hecho de que se sancionara este ilícito, con el argumento de que se alteraba el principio *nulla poena sine lege.*

Sin embargo, también son muchas las opiniones que afirmaban que la propia palabra *adulterio* indicaba por sí misma, de manera literal, lo que significaba, por lo que no tenía que definirse. Además, en jurisprudencia se sostenía lo innecesario de una definición en la ley.

El art. 273 del CPF señalaba: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo."

Al desglosar este precepto encontramos los elementos siguientes:

1. La pena, y
2. Dos condiciones objetivas de punibilidad:

a) Que se realice en el domicilio conyugal.

b) Que si ocurre en lugar distinto de aquél, se realice con escándalo.

La ausencia de definición en la ley radica en que, como afirma González Blanco: "Etimológicamente la palabra adulterio deriva de dos latinas *Alter thorum*. En un sentido histórico gramatical vino a significar el delito cometido en el lecho ajeno, es decir, una infidelidad conyugal."[3]

En este sentido, nuestro derecho penal considera la noción gramatical de una manera estricta. Para evitar futuras confusiones, proporcionaremos una noción de adulterio que será con la que trabajaremos de aquí en adelante:

Adulterio. Consiste en la relación sexual habida entre un hombre o una mujer casados civilmente, con otra persona distinta de su cónyuge, en el domicilio conyugal o con escándalo. Cada código penal puede agregar o eliminar alguno de estos elementos típicos.

36.2 Sujetos y objetos

Sujetos

Activo. Se trata, al igual que en el caso del incesto, de un delito plurisubjetivo; esto es, que se requiere la voluntad y la concurrencia de dos personas para que el delito exista.

Podrán ser sujetos activos en el adulterio:

- El hombre casado civilmente y la otra persona que no es su cónyuge, con quien efectúa el acto sexual.
- La mujer casada civilmente y la persona distinta de su cónyuge, con quien realiza el acto sexual.

Bien afirma Jiménez Huerta que, aunque en apariencia este delito debe ser plurisubjetivo, no siempre es así, pues puede ocurrir, por ejemplo, que el hombre casado tenga relación sexual con una mujer a quien le oculta su verdadero estado civil; de este tipo de adulterio, el único responsable es el hombre.

Pasivo. El cónyuge ofendido, sea hombre o mujer, y en forma mediata debe considerarse a la familia como entidad afectada por este delito.

Es necesario dar a esta situación la importancia que merece, pues en la época actual son innumerables los casos reales de adulterio, aunque no lleguen al conocimiento de la autoridad; sin embargo, constituyen un grave daño social. En muchas ocasiones el cónyuge ofendido opta solamente por el divorcio, evitando así la bo-

[3] Alberto González Blanco, *op. cit.*, pág. 210.

chornosa situación que enfrentan las parejas en los casos de querella por adulterio, sobre todo cuando hay descendencia. Lo más grave es el deterioro que va sufriendo la institución familiar, vital para nuestra sociedad.

En la actualidad comienza a darse el fenómeno de falta de credibilidad en el matrimonio por parte de los jóvenes, para quienes resulta ya un hecho común y ordinario el divorcio, que alcanza cifras alarmantes. Insistimos: esto repercute directamente en la familia, núcleo fundamental de la sociedad.

Objetos

- Material. Se identifica con el sujeto pasivo, al cual acabamos de referirnos.
- Jurídico. Esta unidad se inició con una crítica a la forma en que el CPF encuadraba la figura típica del adulterio. Nuestra legislación considera que se trata de un delito sexual, concepto con el que no estamos de acuerdo, pues no atenta contra la libertad sexual de nadie; en cambio, va en contra del grupo familiar. Por tanto, consideramos que este delito tiene por bien jurídico la integridad familiar.

  Cabe mencionar que varios códigos estatales dan al adulterio el carácter de un delito contra la integridad familiar. Como en tantas otras ocasiones, el legislador de las entidades federativas es más acertado que el del CPF e, incluso, que el del CPDF.

36.3 Presupuesto básico

El adulterio requiere un presupuesto básico que es indispensable para su configuración: el matrimonio civil. El agente debe estar casado civilmente para que pueda hablarse de adulterio.

36.4 Clasificación

Es la siguiente:

- Por la conducta: de acción.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el resultado: formal.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el daño: de daño.
- Por el número de sujetos: plurisubjetivo.
- Por su ordenación metodológica: fundamental.
- Por su autonomía: autónomo.
- Por su composición: anormal.
- Por su formulación: alternativamente formado.

36.5 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Ante la falta de definición legal del adulterio en varios códigos, debe entenderse que está conformada por la relación sexual realizada por una persona casada civilmente con persona distinta del cónyuge. La relación sexual comprenderá tanto actos sexuales como la cópula. Ahora surge el problema de si debe entenderse por cópula únicamente la normal o también la anormal. Creemos que se trata de cópula normal o anormal, pues una y otra afectan igualmente a la familia, cónyuge y sociedad.

Podemos afirmar entonces que la cópula anormal, por ejemplo la anal, es constitutiva de adulterio, siempre y cuando se haya consumado.

Formas y medios de ejecución

Inadecuadamente en algunos casos, han sido interpretados como medios ejecutivos del adulterio el escándalo o el domicilio conyugal. En nuestra opinión, no son otra cosa que dos condiciones objetivas de punibilidad.

Entonces, en este delito la ley no precisa ninguna forma especial de ejecución, debido a que basta para la integración del ilícito la conducta típica entre los sujetos y el concurso de cualquiera de las dos condiciones objetivas de punibilidad.

Resultado típico

Es la afectación al núcleo familiar. En forma mediata se afecta también a la sociedad en general.

36.6 Tipicidad en el delito de adulterio

Significa que deben darse todos los elementos del tipo, esto es:

- La relación sexual.
- Los sujetos (cónyuge infiel con persona distinta del cónyuge).
- Condiciones objetivas de punibilidad: que se dé en el domicilio conyugal, o bien, con escándalo.

Algunos de los códigos que prevén el adulterio establecen expresamente que la conducta realizada por los sujetos debe ser "la cópula"; tal es el caso de las legislaciones penales del Estado de México y de Hidalgo.

Atipicidad

Resulta de la ausencia de alguno de los elementos a los que nos referimos en el inciso anterior. Por ejemplo, que la persona que realiza el acto sexual con otra que no es su cónyuge sólo esté unida en concubinato o en matrimonio religioso, pero no civil; o bien, que entre los sujetos se dé la relación sexual que exige la ley penal, pero que ello ocurra sin escándalo o en lugar distinto del domicilio conyugal.

36.7 Antijuridicidad en el delito de adulterio

Antijuridicidad

Consiste en la afectación que por medio del comportamiento típico se hace del bien jurídicamente tutelado.

En este caso, el individuo que tiene relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge y, por su parte, la tercera persona que mantiene ese contacto sexual con persona casada, violan la integridad familiar.

Independientemente de la afectación al bien jurídico tutelado y de su sanción penal, cabe señalar que varios códigos penales de la República Mexicana contemplan el adulterio como causal de divorcio.

Causas de justificación

No se presenta ninguna en este delito.

Circunstancias modificadoras

Tampoco existen circunstancias atenuantes ni agravantes que modifiquen la pena.

36.8 Culpabilidad

El adulterio es un delito doloso. Se requiere la intención específica por parte de los sujetos que realizan el acto o los actos sexuales.

Es imposible su configuración culposa. Sin embargo, puede presentarse una forma de inculpabilidad (aspecto negativo) cuando se da el error de hecho esencial invencible.

36.9 Punibilidad

El CPF señalaba para los culpables de adulterio pena de prisión hasta por dos años y privación de derechos civiles hasta por seis.

Condiciones objetivas de punibilidad

Consideramos que en este delito sí se exigían dos condiciones objetivas de punibilidad: que el adulterio se verificara en el domicilio conyugal y que se presentara con escándalo. No se exigían ambas condiciones, sino una u otra.

- En el domicilio conyugal. Al referirnos al domicilio conyugal, entendemos por tal la noción que proporciona la legislación civil. En el art. 163 el *Código Civil Federal* (CCF) establece: "Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales."

  Esta condición que exige la ley penal constituye una circunstancia de lugar, necesaria para que se dé el adulterio, a menos que en vez de esta condición haya, alternativamente, otra: que se presente con escándalo.

- Con escándalo. Al ser muy imprecisa esta noción, para los efectos de este delito debe entenderse por tal que el hecho lo hayan conocido otros, debido a que se altera, aunque sea momentáneamente, el orden habitual en el lugar en el que ocurre esta situación; de esta manera se ocasiona una afectación infamante al cónyuge ofendido a causa de la notoriedad del acontecimiento.

  Sucede que ésta es una situación sumamente subjetiva y, por tanto, de difícil valoración y comprobación que corresponde, en todo caso, al juez.

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna en el delito de adulterio.

36.10 Consumación y tentativa

Por disposición expresa, el art. 275 del CPF establecía: "Sólo se castigará el adulterio consumado." Este delito se consumaba en el mismo instante en que la pareja de adúlteros llevaba a cabo la relación sexual, dándose alguna de las condiciones exigidas por la ley, esto es, que fuera en el domicilio conyugal, o bien, con escándalo.

Podía ocurrir que de hecho se presentara en grado de tentativa, pero que de derecho no hubiera tal; dicho de otra manera, aunque se diera la tentativa, ésta no sería punible por mandato expreso de la ley.

36.11 Concurso de delitos

Ideal o formal

Desde luego, se niega la posibilidad de que haya concurrencia del adulterio con otro delito sexual.

Real o material

Por cuanto hace a este tipo de concurso, puede presentarse siempre que con diferentes comportamientos típicos se produzcan distintos resultados, uno de ellos es el adulterio.

36.12 Participación

No hay impedimento para que se pudiera dar, por ejemplo, la figura del encubrimiento por parte de quienes ocultan y protegen a los activos de este delito, o bien, la de partícipes; hay que aclarar que la pareja adúltera constituye la figura de agentes, no de partícipes.

36.13 Perseguibilidad o procedencia

Este delito se perseguía por querella de parte, según lo disponía el art. 274 del CPF: "No se procederá contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero

cuando éste formule su querella contra uno solo de los culpables se procederá contra los dos y los que aparezcan como codelincuentes."

Lo anterior en el caso de que los dos adúlteros vivieran, estuvieran presentes y se hallaran sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no fuera así, se procedería contra el responsable que se encontrara en esas condiciones.

Perdón del ofendido

Este delito es de los que admitían el otorgamiento del perdón del ofendido. El art. 276 del código que se comenta establecía: "Cuando el ofendido perdone a su cónyuge cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables."

36.14 Consideración final

Este delito es aún muy criticado. Algunos atacan su falta de definición legal; otros, su ineficacia y propugnan incluso su derogación total, como ya ha ocurrido en varias legislaciones; otros más consideran que, aunque se presente, es muy difícil su comprobación, dadas las exigencias de la ley.

Finalmente, en la práctica vemos que este delito, a pesar de darse, suele no ser denunciado, por lo que, casi como en ningún otro, existe una elevadísima cifra negra que hace imposible el conocimiento exacto de su incidencia.

Lo cierto es que se presenta en demasía en nuestra sociedad y que causa un grave deterioro familiar y, por supuesto, social, lo que provoca innumerables divorcios. Por otra parte, existe una elevada tendencia a su desaparición de los códigos penales, lo que nos parece adecuado, pues se trata de una situación que pertenece al ámbito del derecho privado, por su delicada naturaleza.

Actividades

1. Escriba un resumen en el cual explique el delito de adulterio.
2. Haga una crítica personal en relación con este ilícito y fundamente su postura.
3. Seleccione los códigos penales estatales en que aún está previsto el adulterio y haga una comparación.
4. Localice en la doctrina las opiniones de dos autores nacionales y dos extranjeros en relación con el objeto jurídico de este delito.
5. Escriba un breve ensayo sobre los antecedentes del adulterio.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción de adulterio.
2. Señale quiénes pueden ser los sujetos activos y pasivos en este delito.
3. ¿Cuál es el bien jurídico tutelado?
4. Indique cuál es la crítica fundamental que se hace del delito de adulterio en nuestra legislación penal.
5. ¿Este tipo penal exige determinadas formas o medios de ejecución?
6. ¿Cuál es el objeto jurídico y material en el adulterio?
7. ¿Cuál es el presupuesto básico necesario en este ilícito?
8. ¿Cómo se clasifica el delito de adulterio?
9. ¿Cuál es la conducta típica en él?
10. ¿Puede presentarse el concurso ideal entre adulterio y otro delito sexual?
11. ¿Cuáles son las condiciones objetivas de punibilidad que exigía el CPF para que se integrara el delito de adulterio?
12. ¿Se puede presentar la tentativa punible?
13. ¿Se presenta alguna excusa absolutoria en el adulterio?
14. ¿Se puede dar alguna causa de justificación en este delito?
15. ¿Se presentan casos de agravamiento o atenuación?
16. ¿Puede darse el perdón del ofendido?
17. ¿Cómo es la reprochabilidad en el adulterio?
18. Explique por qué el adulterio no se considera un delito sexual.

Sección 6

Delitos patrimoniales

Introducción

En esta sección se aborda un grupo de delitos que nuestra ley penal prevé bajo el rubro de delitos en contra del patrimonio de las personas, conocidos genéricamente como *delitos patrimoniales*.

El común denominador de estos ilícitos es el bien jurídicamente tutelado, correspondiente, como se dijo, al patrimonio de las personas, ya sean físicas o jurídicas (morales).

Como se comentó desde el principio de esta obra, el estudio del derecho penal es tan amplio y completo que constantemente nos lleva a terrenos distintos. Para entender los delitos patrimoniales resulta necesario conocer ciertos conceptos del derecho civil, como las nociones de patrimonio, persona moral, bienes muebles e inmuebles, posesión y propiedad, etcétera.

En el apartado correspondiente se hará referencia a dichos conceptos para evitar futuras confusiones. De no precisar de manera adecuada la diferencia, por ejemplo, entre bien mostrenco y vacante, tendremos problemas para aplicar la ley penal, ya que hay delitos que sólo pueden recaer sobre muebles, en tanto que otros únicamente en inmuebles, y algunos más, indistintamente.

Sugerimos al estudiante que tenga esto presente con el propósito de esclarecer, adecuada y correctamente, las dudas que puedan surgirle en el momento de estudiar estos delitos. Hay que recordar que existe una íntima relación entre el derecho penal y el derecho civil, del cual tendremos que partir en múltiples ocasiones para comprender al primero.

37 Robo

37.1 Noción legal

La noción legal de robo la ofrece el art. 367 del CPF, donde se define de la manera siguiente: "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley."

El art. 220 del CPDF lo define así: "Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán: […]"

Nótese que estos preceptos aluden al sujeto activo para definir el robo, ya que el CPF dice: "Comete el delito… el que se apodera...", y el CPDF: "Al que con ánimo…"; sin embargo, de ellos se desprende claramente la noción de robo.

A continuación se analizarán los elementos constitutivos de este delito.

37.2 Sujetos y objetos

Sujetos

Son dos: el activo y el pasivo. El activo será quien efectúe la conducta típica y el segundo quien la resienta, esto es, quien se vea afectado en su patrimonio.

- Activo. Puesto que nuestra ley penal no exige calidades especiales para el activo, se concluye que cualquier persona física, en un momento dado, puede ser activo de robo.

Lamentablemente, existe el error de creer que las personas jurídicas o morales pueden ser activos en delitos patrimoniales, y aunque ya hemos aclarado esto, resulta importante remarcarlo: sólo la persona física es susceptible de ser culpable ante el derecho penal. De la lectura de los arts. 13 del CPF y 22 del CPDF se desprende que sólo los seres humanos incurren en la comisión de ilícitos en cualesquiera de sus posibles formas de comisión, ya que son los únicos que tienen la capacidad de entender y querer.

- Pasivo. Por cuanto hace al sujeto pasivo en el robo, puede ser cualquier persona física o moral. Esto se deriva de que el bien jurídico que se tutela, o sea, el patrimonio, puede pertenecer tanto a personas físicas como a las entidades jurídicas llamadas *personas morales*.

Antes de continuar con los demás elementos y aspectos de este delito, vale la pena considerar algunas nociones pertenecientes al derecho civil, para no incurrir en interpretaciones inadecuadas o en respuestas fallidas.

Un tema central del derecho civil es el estudio de los atributos de la personalidad, entre los cuales se encuentra el patrimonio; los otros son nombre, domicilio, nacionalidad, estado civil, etc. Estos atributos los tiene tanto la persona física (ser humano, centro de imputación de derechos y obligaciones) como la persona moral o jurídica (también se les conoce como *personas colectivas* y son "entidades a las cuales el derecho considera como una sola entidad en la vida jurídica").[1] Obviamente, el estado civil corresponde sólo a las personas físicas.

Precisemos ahora la noción de patrimonio. Una definición muy sencilla y completa es la que ofrece Antonio de Ibarrola: "Conjunto de los derechos y compromisos de una persona apreciables en dinero."[2]

En materia civil se maneja mucho la idea de que toda persona tiene un patrimonio, aun el ser más indigente, pues el simple y pobre ropaje que lleva consigo constituye su patrimonio, el que, además, tiene todo el tiempo la posibilidad de verse modificado. Hoy una persona cuenta exactamente con lo que tiene, pero al cabo de unas horas o minutos ese patrimonio puede haberse modificado, disminuyendo o aumentando.

Entendido así, sólo basta determinar que en materia penal el término *patrimonio* trasciende lo que es apreciable en dinero, ya que la ley penal mexicana tutela también las cosas que no pueden ser estimables en dinero, o bien, aquellas a las cuales, por su naturaleza, no es posible fijarles su valor (art. 371, CPF). Esto, en virtud de que el legislador va más allá en su pretensión de tutelar algo más que lo meramente material y cuantificable en dinero. Asimismo, tutela cosas que tienen un significado

[1] *Diccionario jurídico mexicano*, t. IV, UNAM-Porrúa, México, 1988.

[2] Antonio de Ibarrola, *Cosas y sucesiones*, 7ª ed., Porrúa, México, 1991, pág. 1.

o una apreciación afectiva para la víctima del delito, independientemente de su precio o valor económico.

Una vez plasmadas estas ideas, no habrá problema para comprender el contenido de los delitos patrimoniales y el porqué de su tutela penal.

Dentro del tema del sujeto pasivo, en este delito pueden presentarse los supuestos siguientes: que exista un sujeto pasivo de la conducta y un sujeto pasivo del delito:

- Sujeto pasivo de la conducta. Es la persona que directamente resiente la conducta típica del delito de robo.
- Sujeto pasivo del delito. Es la persona que resiente la afectación patrimonial por el delito cometido, sin que directamente haya padecido la conducta típica.

Los conceptos anteriores quedarán más claros con el ejemplo siguiente: el abogado de un despacho jurídico envía a su mensajero a depositar en el banco los honorarios que acaba de cobrar. El mensajero, antes de llegar a la institución bancaria, es sorprendido por dos sujetos armados que le roban el dinero.

- Sujeto pasivo de la conducta. El mensajero.
- Sujeto pasivo del delito. El abogado.

Respecto del robo, surgen problemas en torno a los sujetos activo y pasivo, de los que nos ocupamos en seguida. La problemática en relación con el sujeto pasivo se explica a continuación.

1. Entre socios. Tanto en la doctrina como en la práctica se ha discutido si es posible el surgimiento del delito de robo entre socios. Hay quienes sostienen que no, por ser socios y tener parte de su dinero en el capital social; pero también hay quienes opinan que sí puede presentarse el robo.

   Existen sociedades mercantiles que constituyen una entidad jurídica con independencia de cada uno de los socios que la integran. Su nombre o razón social, domicilio, patrimonio, etc., son distintos de los de cada uno de sus socios.

   En conclusión, consideramos que sí puede darse el robo entre socios, en razón de que el patrimonio de cada uno de ellos es independiente del patrimonio social. En el momento en que algún socio toma dinero u objetos pertenecientes al patrimonio social, ya está cometiendo robo, pues se está apoderando de cosas muebles ajenas o dinero, que no le pertenece, independientemente de su aportación a la sociedad.

2. Entre copropietarios. El art. 938 del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) establece: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas." Esto significa que cada uno de los copropietarios es propietario de todas las partes que forman el todo, o sea, en forma alícuota. También se les denomina *condueños*.

Claramente expresa el maestro Antonio de Ibarrola:

> […] la copropiedad, propiedad indivisa o comunidad de bienes no es sustancialmente distinta de la propiedad individual: es un accidente de ésta: es la simultaneidad en el derecho que varios individuos tienen respecto a una cosa en la cual poseen una parte ideal que se denomina la parte alícuota: los dueños no pueden alegar derecho a una parte determinada y concreta de la cosa: hay unidad en el objeto y pluralidad de sujetos.[3]

Con estas ideas como base y con apoyo en el derecho civil, que explica esta figura de la copropiedad como la propiedad de varios sobre una misma cosa, donde todos tienen los mismos derechos y la cosa se halla indivisa, se dará respuesta al planteamiento original.

Consideramos que no puede darse el robo entre copropietarios porque, para que exista el robo, la cosa debe ser ajena, y en la copropiedad cada uno es dueño del todo. Por supuesto, nos referimos a la copropiedad de muebles, pues si se trata de inmuebles, tampoco podría darse el delito debido a que el robo sólo recae sobre muebles.

El copropietario que se apodera de la cosa en copropiedad, de la cual existen otro u otros copropietarios o condueños, incumple una norma civil y habrá responsabilidad en la medida del daño que cause, pero no existirá robo, ya que la cosa no es ajena.

Resulta tan interesante este tema, que en el cuadro 54 se expone la postura de aceptación o rechazo de distintos tratadistas.

Cuadro 54 **Robo entre copropietarios.**[4, 5]

Autores que lo aceptan	Autores que lo niegan
Adolphe Chauveau	Francisco González de la Vega
Faustin Hélie	Antonio de P. Moreno
René Garraud	Mariano Jiménez Huerta
Eugenio Cuello Caelón	Federico Puig Peña
Mi opinión: no hay robo entre copropietarios	

[3] *Ibidem*, pág. 296.

[4] Celestino Porte Petit Candaudap, *Robo simple*, Porrúa, México, 1984, págs. 67-69.

[5] Raúl E. Cárdenas, *Derecho penal mexicano del robo*, Porrúa, México, 1977, págs. 30 y 1077.

Insistimos: no creemos que pueda darse el robo entre copropietarios debido a que no se trata de cosa ajena, por lo que surge una responsabilidad civil y, en todo caso, si se dieran los elementos típicos podría configurarse lo previsto en la fracc. II del art. 387 del CPF, que señala un fraude específico.

Al faltar la ajenidad, la conducta es atípica de robo.

3. Entre cónyuges. Otra cuestión muy discutida se relaciona con la determinación de si puede o no presentarse el robo entre cónyuges. Primero hay que aclarar que cuando se hace referencia a cónyuges, ello implica la existencia de un matrimonio civil, pues para efectos legales, aun en materia penal, es el único matrimonio que reconoce la ley.

En este aspecto, también hay un sinnúmero de opiniones: unas aceptan y otras niegan el robo entre cónyuges; algunos distinguen entre matrimonio por separación de bienes y el efectuado en sociedad conyugal: en el primero sí se daría el robo y en el segundo, no.

Nuestra opinión es la siguiente: en el matrimonio celebrado mediante separación de bienes (arts. 178, 207 y ss., CCDF), cada uno de los cónyuges conserva el derecho de propiedad exclusivo sobre sus bienes, por lo que el apoderamiento efectuado por uno de ellos en relación con dichos bienes es constitutivo de robo.

En el caso del matrimonio celebrado de acuerdo con el régimen de sociedad conyugal (art. 183, CCDF) existe el problema, aún discutido y no precisado por los especialistas en esta materia, de determinar si realmente se trata o no de una auténtica sociedad. María Carreras Maldonado e Ignacio Galindo Garfias consideran que "la mal llamada sociedad conyugal debe ser considerada como una comunidad de bienes entre los consortes".[6]

En cualquier caso, la sociedad conyugal opera en algunos aspectos como una verdadera sociedad; por cuanto se refiere a los bienes, si uno de los cónyuges se apodera y dispone de alguna cosa mueble, el tratamiento que se debe seguir será el mismo que se expresó al referirse a la sociedad en general: si afirmamos que entre socios se puede dar el robo, los cónyuges también pueden cometerlo, ya que la cosa es de ambos y no completamente propia, con lo que se lesiona el patrimonio familiar. En el caso de que se den todos los elementos del tipo, incluido por supuesto el relativo a la ausencia de consentimiento del otro cónyuge, dicho comportamiento sí constituye robo.

Lo previsto en el art. 399 *bis* del CPF refuerza esta opinión: establecer que los delitos patrimoniales se perseguirán por querella de parte ofendida cuando sean cometidos por un cónyuge, etc. El art. 246 del CPDF establece también esta regla.

[6] *Código civil comentado*, 2ª ed., t. I: "De las personas", UNAM-Porrúa, México, 1989, pág. 137.

4. Entre concubina y concubinario. Si se acepta que es posible configurar el robo entre cónyuges, resulta más aceptable aún que se presente tratándose de concubinos. Sólo vale agregar que nuestra ley penal señala que el robo entre concubinos únicamente se perseguirá por querella de parte ofendida (arts. 399 *bis*, CPF, y 246, CPDF).

5. Entre ascendientes y descendientes. En igual forma puede darse el robo entre ascendientes y descendientes. El citado art. 399 *bis* del CPF y el 246 del CPDF señalan las reglas de perseguibilidad en este caso. Lo mismo ocurre con los parientes por afinidad y entre adoptante y adoptado. El CPDF incluye también a la pareja permanente.

Objetos

- Material. Es la cosa ajena mueble. Por *cosa* se entiende todo aquello que ocupa un lugar en el espacio, aunque por extensión, en la tutela penal, también quedan al amparo de la ley cosas de naturaleza muy especial que no ocupan propiamente un lugar en el espacio, como sería la energía eléctrica.

  La cosa deberá ser ajena, esto es, no pertenecerle al sujeto activo, sino a un tercero a quien se afectará en su patrimonio. No existe la posibilidad de cometer autorrobo, pues conductas como ésta quedan comprendidas en delitos equiparados o bien en el delito de fraude, como se verá más adelante.

  Por cuanto hace a la calidad de mueble, debemos nuevamente recurrir al derecho privado. Recordemos que el derecho civil hace una clasificación de bienes, a los que distingue en bienes muebles e inmuebles.

  En términos generales, los muebles son los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos o por una fuerza exterior (art. 753, CCDF). Éstos son los llamados *muebles por naturaleza*; los muebles por determinación de la ley son las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (art. 754, CCDF). Posteriormente, la ley civil hace una extensa subclasificación, pero estas ideas son las centrales y las que nos ayudarán a entender las normas penales en estos aspectos.

  En forma muy general, la ley civil establece que los bienes muebles son todos aquellos que no están considerados como inmuebles. El art. 750 del CCDF precisa cuáles son los bienes inmuebles. Para tener una idea clara de cuáles son los inmuebles, de conformidad con el CC, es recomendable leer las 13 fracciones de este artículo.

  Finalmente, el art. 747 del propio CCDF señala: "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio." En este aspecto queremos destacar la importancia de un tema discutido y muy controvertido: ¿puede ser el cadáver objeto material en el delito de robo?

Gutiérrez y González afirma que "el cadáver es definitivamente una cosa, […] y sólo una consideración de tipo místico, religioso, es la que aún hace […] estimar que el cadáver se debe mantener como algo especial, como cosa *sui generis*".[7]

Existen opiniones diversas, pero compartimos la de Gutiérrez y González en cuanto a estimar al cadáver como una cosa y, por supuesto, no está en el comercio y no es objeto de apropiación.

Ciertamente, es factible que una persona se "apodere" de un cadáver, sin importar cuál pueda ser el móvil de su abominable actuar. Ahora bien, quien realice esa conducta incurrirá en un delito previsto en una ley especial: la *Ley General de Salud* (LGS).

Veamos algunos de los preceptos legales de esta ley que tienen estrecha relación con el tema en estudio:

Artículo 346. Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración.

Artículo 349. El depósito y manejo de cadáveres deberán efectuarse en establecimientos que reúnan las condiciones sanitarias que fije la Secretaría de Salud.

Ahora bien, entre los delitos especiales previstos en la LGS en relación con el cadáver, tenemos lo siguiente:

Artículo 461. Al que traslade o realice actos tendentes a trasladar fuera del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá…

Artículo 462. Se impondrán…:

I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre, órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos;
II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos; y
III. […]

Como se advierte, estos comportamientos dan lugar al surgimiento de un ilícito regulado por una ley especial, como la LGS, pues el cadáver no pertenece a nadie y carece de una apreciación económica. De esta manera su "apoderamiento" o las conductas previstas en los preceptos precedentes no constituyen robo, por no haber una afectación patrimonial, y su regulación queda amparada por esta ley especial.

En caso de un aparente concurso de normas, recuérdese que la regla establece que prevalece la especial sobre la general.

7 Ernesto Gutiérrez y González, *El patrimonio*, Porrúa, México, 1995, pág. 985.

- Jurídico. Es el patrimonio. Como ya dijimos, puede pertenecer a una persona física o a una moral. Algunos opinan que es la propiedad, pero no lo considera así la legislación penal, de allí el rubro del título en el código penal que hace referencia a delitos en contra de las personas en su patrimonio (CPF) o, como lo hace el CPDF, "Delitos contra el patrimonio".

Cuadro 55 **Posibilidad de que puedan ser objeto material en el delito de robo los siguientes bienes o cosas:**

Bienes		Robo
Mostrencos	No	Sólo hay transgresión civil de no entregarse a la autoridad, pero no se lesiona patrimonio ajeno, porque la cosa está abandonada o perdida.
Vacantes	No	Por tratarse de inmuebles.
Tesoros	Sí No	Cuando se encuentran en terreno ajeno. Cuando se encuentran en terreno propio. En ambos casos debe cumplirse con lo que establece el código civil.
Fluidos	Sí	Equiparación al robo: art. 368, fracc. II, CPF y 221, fracc. I, del CPDF.
Electricidad	Sí	Equiparación al robo: art. 368, fracc. II, CPF y 221, fracc. I, del CPDF.
Agua	Sí	Siempre que se encuentre envasada o en recipientes y no se halle en su cauce natural.
Animales	Sí	Son muebles (semovientes).
Persona humana	No	No es mueble ni inmueble; no es una cosa sino un ser humano. De apoderarse de una persona, sería delito de secuestro.
Cadáveres	–	Es un delito previsto en la LGS, arts. 455 y ss.
Res nullius	No	Porque no pertenecen a nadie.
Órganos de un ser humano	–	Es un delito previsto en la LGS, arts. 455 y ss.
Infantes	No	Aunque la ley penal en algunos códigos estatales habla de "robo" de infante.
Ideas (derechos autorales)	No	Pero constituyen fraude.

37.3 Clasificación

Es un delito:

- De acción.
- Por el número de actos: unisubsistente o plurisubsistente.
- Por el daño: de lesión.
- Por el resultado: de resultado material.
- Por su duración: instantáneo o continuado.
- Por el número de sujetos: monosubjetivo.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: anormal.

37.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el delito de robo el comportamiento típico es el apoderamiento, y consiste en la acción de tomar, asir o capturar una cosa con intención de ejercer poder de hecho sobre ella.

Aunque aparentemente la comprensión de esta noción no representa mayor problema, en la práctica ofrece diversos conflictos, sobre todo al tratar de precisar en qué momento se consuma el delito; esto es, cuándo se da el apoderamiento.

Para esclarecer este problema se han elaborado diversas teorías, que exponemos brevemente a continuación:

- Una teoría sostiene que el robo se integra en el momento en que el agente "toca la cosa con su mano".
- Establece que no sólo es necesario tocar la cosa, sino desplazarla (removerla) del lugar en que originalmente se encontraba.
- Sostiene que el robo se consuma cuando el activo no sólo toca y remueve la cosa, sino cuando la saca del ámbito de poder del dueño y la coloca bajo su propia esfera de competencia y dominio.
- Indica que el robo se consuma cuando el agente coloca la cosa en el lugar seguro, donde antes de cometer el ilícito se propuso colocarla.[8]

[8] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 26.

Para determinar cuál de estas teorías es la que siguen los códigos penales federal y del Distrito Federal, veamos lo que establecen sus arts. 369 y 226, respectivamente:

> **Artículo 369.** Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella. […]
> **Artículo 226.** Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el inculpado tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella.

Consideramos que ambas legislaciones adoptan la tercera teoría. Por cuanto se refiere a las dos posibilidades que al final señalan estos preceptos, y que no invalidan el apoderamiento antijurídico, habría que aclarar lo siguiente:

- El ladrón puede abandonar la cosa después de haberla robado, bien para huir o para no tener consigo el objeto que probaría su culpabilidad.
- Pueden desapoderarlo de la cosa robada, ya sea un segundo ladrón, el propio sujeto pasivo o la autoridad.

Lo importante es que en cualquiera de estos casos el concepto de robo se ha perfeccionado, pues la disposición legal establece que el mismo se dará por consumado desde el momento en que el ladrón tenga en su poder la cosa.

La ley no exige que el ladrón la haya resguardado en el lugar seguro que se había propuesto antes de cometer el delito (cuarta teoría).

Aun aclarado esto, en casos muy concretos es extremadamente difícil precisar si el delito ya se consumó o no, o si se está ante una situación de tentativa.

Formas y medios de ejecución

El precepto legal que define el robo no señala ningún medio de ejecución. Por tanto, cualquiera que se considere idóneo será medio ejecutivo en este delito. Cabe decir que, en cuanto a esto, el apoderamiento (conducta) puede darse de dos maneras:

- Por sustracción o acción. Se refiere al movimiento físico efectuado para ir por la cosa mueble ajena, tomarla y trasladarla de su lugar original.
- Por retención u omisión. Es posible que el activo ya tenga la cosa y simplemente no la devuelva, configurándose —si se quiere— el robo por omisión. La negativa a devolverla es en sí el comportamiento típico de apoderamiento, cuando la intención del sujeto consiste en ejercer poderío sobre la cosa, que probablemente el propio dueño le entregó.

  A esta situación hace referencia expresa la ley, en el art. 223, fracc. IV, del CPDF, cuando establece una agravante en el caso siguiente: "Por quien haya recibido la cosa en tenencia precaria." Consideramos que este comportamiento no debe tratarse como agravado, sino únicamente como una forma de ejecución del robo y atender, para su sanción, a la cuantía de lo robado.

No se debe confundir esta conducta con el delito de abuso de confianza, que se verá más adelante; por ahora sólo debe considerarse esta posibilidad y para ello he aquí el ejemplo siguiente:

En una cena de graduación, un joven muestra su anillo a un amigo invitado por él. *El amigo contempla la joya y en seguida cierra el puño para guardarla en su mano*; cuando el dueño le pide que se la devuelva, el amigo se niega. Comprobar la intención en hechos como éste resulta muy difícil, pero queremos dejar claro que es posible. Incluso, en el ejemplo que acabamos de presentar, cuando el graduado le entrega el anillo a su amigo para que éste lo vea, aún no había surgido la idea criminal de quedárselo, sino hasta pasados unos segundos, cuando, al contemplarlo, le agradó tanto que decidió quedarse con él.

Hay, además, otras formas comisivas expresamente señaladas en la ley, como las formas violentas que dan lugar al robo agravado. Como se advierte, sería ocioso detallar la multiplicidad de probables medios de ejecución. Son tantos y tan variadas sus formas como el ingenio y la habilidad que el ladrón pudiera tener.

Sólo se añadirá que el robo puede darse adiestrando ciertos animales, la distracción o el descuido del pasivo, por violencia, gracias al empleo de determinados mecanismos, incluidas las posibilidades que hoy ofrece la computación y que se pueden aprovechar para fines delictivos.

Si recordamos los ingeniosos y espectaculares robos de Jesús Arriaga, *Chucho el Roto*, y del célebre ladrón español Luis Candelas, tendremos una idea más clara de la multiplicidad de medios empleados. Aunque consideramos que en muchos delitos cometidos por *Chucho el Roto* aparece más la figura de fraude que la de robo (engaño o aprovechamiento del error, etcétera).

Desde luego, también hay quienes se valen de inimputables (autoría mediata) o incluso de las fuerzas de la naturaleza.

Ausencia de conducta

Sí puede presentarse en el caso del robo; por ejemplo, la *vis absoluta,* y aun por medio de hipnosis y sonambulismo.

En tales casos, por no existir la voluntad consciente del agente, este comportamiento quedará al amparo de la fracc. I de los arts. 15 del CPF, y 29, fracc. I, del CPDF.

37.5 Tipicidad en el delito de robo

Tipicidad

Será típica la conducta de la realidad cuando coincida en todos sus elementos con aquellos previstos en el tipo penal que determinan al robo.

Dichos elementos típicos son los siguientes:

- Conducta típica: apoderamiento.
- Objeto material: cosa ajena mueble.

- Objeto jurídico: patrimonio.
- Elementos normativos: sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa (CPF). Sin consentimiento (CPDF).
- Elemento subjetivo: ánimo de dominio (CPDF).
- Sujeto activo: cualquier persona física.
- Sujeto pasivo: cualquier persona física o moral.

Atipicidad

Se presentará cuando falte alguno de los elementos típicos que acabamos de mencionar; dicho de otra manera, cuando la conducta realizada no se adecue al tipo penal.

Los siguientes son ejemplos de atipicidad:

- Cuando una persona se apodera de una cosa mueble ajena, pero con consentimiento del dueño.
- Cuando alguien se apodera de un inmueble.
- Cuando el apoderamiento recae sobre una cosa propia.
- Cuando se destruye una cosa mueble ajena.
- Cuando no exista el elemento típico normativo o subjetivo.

Conductas equiparadas al robo

Existen comportamientos que en sí mismos no constituyen propiamente robo, pero por equiparación expresa de la ley se castigan como tales.

De esta manera, el art. 368 del CPF equipara y castiga como robos las conductas que señalamos a continuación. En la fracc. I de este precepto establece: "El apoderamiento o destrucción dolosa de una cosa propia mueble, si ésta se halla por cualquier título legítimo en poder de otra persona y no medie consentimiento."

Este comportamiento, como vemos, no es un robo, pues la conducta típica no recae en una cosa ajena, sino propia, pero la ley equipara este comportamiento antijurídico al robo y lo castiga como tal.

La norma penal, en este caso, considera como comportamiento típico tanto el apoderamiento, núcleo del tipo genérico de robo, como la destrucción, que en realidad constituiría el delito de daño en propiedad ajena, pero aquí, por disposición expresa de la ley, se equipara al robo.

Un ejemplo representativo de este comportamiento es el de la persona a quien se le embargan bienes muebles y éstos quedan en depósito con un tercero. Si el dueño (embargado) se apodera de la cosa o la destruye dolosamente, a pesar de pertenecerle, comete esta conducta equiparada al robo, en virtud de que la propia ley lo restringe en el derecho que tiene sobre sus cosas, en función del embargo decretado por una autoridad competente.

La fracc. II del artículo citado establece: "El uso o aprovechamiento de energía eléctrica, magnética, electromagnética, de cualquier fluido, o de cualquier medio de transmisión, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de los mismos."

Esta otra conducta, en rigor, no es un robo, debido a que la conducta típica no es un apoderamiento sino un aprovechamiento; respecto de la cosa, objeto material del delito, no es propiamente un mueble sino algo que tiene otras características muy diversas. Sin embargo, la ley considera como robo este comportamiento. Los *diablitos*, gracias a los cuales las personas aprovechan indebidamente la energía eléctrica ajena, constituyen un claro ejemplo de esta conducta.

Un error legal, antes de la reforma del 17 de mayo de 1999, consistía en considerar la energía eléctrica como un fluido, cuando no lo es. Son fluidos el agua, el gas y cualquier sustancia que adopta la forma del envase o recipiente en el que se le coloca. Afortunadamente, el legislador subsanó esa falla.

Mediante el decreto del 25 de abril de 1996 publicado en el DOF del 13 de mayo del mismo año, se adicionó la fracc. III, que tuvo una vida efímera, ya que en el decreto del 17 de mayo de 1999 se derogó. Mediante este último decreto se adicionó el art. 368 *quáter*, que establece lo que antes preveía la referida fracc. III del art. 368.

Del mismo modo, el CPF establece en los arts. 368 *bis* y 368 *ter* comportamientos equiparados al robo:

> **Artículo 368 bis.** Se sancionará con […], al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario.
>
> **Artículo 368 ter.** Al que comercialice en forma habitual objetos robados, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de aquéllos sea superior a quinientas veces el salario, se le sancionará con […].

Parece una exageración que el legislador penal quiera plasmar todas las posibilidades que pudieran llegar a presentarse, lo que convierte los preceptos legales en casuísticos, con los problemas que ello puede acarrear.

Por decreto del 17 de mayo de 1999 se adicionaron los arts. 376 *bis*, 377 y 378.

El CPDF, por su parte, prevé como conductas equiparadas al robo las siguientes:

> **Artículo 221.** Se impondrán las mismas penas previstas en el artículo anterior, a quien sin consentimiento de la persona que legalmente pueda otorgarlo:
>
> I. Aproveche energía eléctrica o cualquier otro fluido; o
> II. Se apodere de cosa mueble propia, si ésta se encuentra en poder de otra persona por cualquier título legítimo.

37.6 Antijuridicidad en el delito de robo

Antijuridicidad

Radica en el hecho de violar el bien jurídico tutelado por la ley, que en este caso es el patrimonio. En el caso concreto del robo, la ley enuncia dos elementos típicos normativos en los cuales se destaca claramente la antijuridicidad: sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de la cosa.

- Sin derecho. Significa que el apoderamiento de la cosa ajena mueble debe ocurrir sin que asista un legítimo derecho al activo. En ello radica la antijuridicidad.

  Un ejemplo donde se observa claramente la presencia de un apoderamiento de cosa ajena mueble con derecho sería el del actuario que, al embargar bienes en acato a un mandato judicial, actúa con derecho a pesar de que se apodera de cosas ajenas muebles, aunque claro, tampoco existe el ánimo de dominio. Cuando la gente ignora lo que establece el derecho, suele expresarse a la ligera diciendo que el abogado y actuario "roban" sus cosas, y llegan a creer que esos objetos son para dichos profesionales.

  El CPDF no menciona en la noción legal de robo este elemento normativo "sin derecho".

- Sin consentimiento. La ausencia de consentimiento por parte de la persona que puede disponer de la cosa también es un elemento normativo exigido por el código penal. Resulta evidente que cuando se otorga el consentimiento, el comportamiento no es antijurídico y, por tanto, no constituye robo. Nótese que el precepto legal habla de "la persona que puede disponer de la cosa" y no se refiere al dueño, debido a que, como ya se dijo, se tutela el patrimonio, no la propiedad y no sólo el dueño puede ser el pasivo, sino aun el poseedor.
- Elemento típico subjetivo. Aunque no está expresado en la norma federal, este elemento indispensable que sirve de fundamento para fincar la antijuridicidad del hecho se desprende de su contexto. El elemento típico subjetivo radica en el ánimo de apropiación, esto es, que el activo efectúa la conducta de apoderamiento con la intención de hacerse dueño de la cosa. El CPDF incluye en la noción legal este elemento al establecer: "Al que con ánimo de dominio."

Causas de justificación

Pueden presentarse algunas de ellas, como por ejemplo el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

Está expresamente previsto en algunos códigos penales un caso específico de estado de necesidad en el robo. Es el conocido en la doctrina como *robo de famélico*, *robo de indigente,* o bien, *robo por estado de necesidad*.

Robo de famélico, de indigente o por estado de necesidad. Se encuentra previsto en el art. 379 del CPF.

> No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Los elementos típicos de este robo son:

- Conducta típica: apoderamiento.
- Ausencia de medios: violencia o engaño.
- Que se dé por una sola vez.
- Objeto material: cosas muebles ajenas que sean estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento.
- Presupuesto básico: que exista una necesidad imperiosa del momento.

Crítica. Resulta muy difícil que se presente porque no es humanamente posible pensar que, ante un estado de necesidad, la persona evite emplear medios violentos o engañosos, pues sin alguno de ellos estaríamos en presencia de un convencimiento por parte del activo, y si hay consentimiento del pasivo, no hay delito. Por cuanto hace a que se presente por una sola vez, nos preguntamos si no será posible que una misma persona pueda verse ante un estado de necesidad por una segunda o tercera ocasión, pues conforme a nuestra ley penal sólo la primera vez sería estado de necesidad, pero la segunda ya no. Por tanto, sí se castiga el robo en las ocasiones subsecuentes, o bien, en una segunda o tercera vez se aplicaría el art. 15, fracc. V, del CPF.

Por cuanto hace al objeto material, y aunque la ley no lo precisa, quedan comprendidas todas las cosas que en un momento determinado puedan servir para satisfacer la necesidad imperiosa que surge, como medicinas, alimentos, agua, dinero, cobijas y ropa. Consideramos que incluso el robo de un automóvil podría encajar en este supuesto legal si dicho vehículo sirviera para transportar a un familiar que se está muriendo, por ejemplo. Quienes piensen que este comportamiento encuadra en el robo de uso están equivocados, ya que el robo de uso sí se sanciona, aunque con pena atenuada; en cambio, el de famélico no es punible y la necesidad de salvaguardar un bien jurídico de tal valía haría posible su adecuación en el robo de famélico.

Otro problema consiste en precisar con exactitud cuándo los objetos tomados son "estrictamente indispensables", y es al juez a quien le tocará valorar esa situación, empleando, ante todo, la lógica y el sentido común.

Finalmente, nos adherimos al criterio de los autores y penalistas que consideran que debe desaparecer este precepto, dada su difícil integración; además de que existe un caso genérico de estado de necesidad, que prevé la fracc. V del art. 15 del CPF. Incluso consideramos que si en la práctica se presenta un caso de robo de famélico, pero sin alguno de los elementos que se señalaron, en forma genérica podría quedar contemplado en la fracc. V del art. 15 citado.

El CPDF no prevé el robo de famélico, pero de presentarse un caso en la práctica, éste quedaría bajo el amparo del estado de necesidad genérico recogido en el art. 29, fracc. V, de ese ordenamiento.

Circunstancias modificadoras

Son aquellas que hacen variar la pena, o bien, que no se está en presencia del robo simple.

Anticipándonos a lo que se verá en el apartado 37.8, "Punibilidad", la pena en el robo se aplica según la cuantía de lo robado, y para la sanción se toma como base el salario mínimo diario general vigente en la localidad y en el momento de cometer el delito. A ello se refiere el art. 269 *bis* del CPF.

- Atenuantes. En materia federal, sólo se presenta un caso de robo atenuado previsto por el art. 380 del CPF, mejor conocido en la doctrina como *robo de uso*.
  - *Robo de uso*. Conforme al artículo antes mencionado, este robo consiste en "el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla […], siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello […]".

    El CPDF prevé el robo de uso en su numeral 222: "Al que se apodere de una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite que dicho apoderamiento se ha realizado con ánimo de uso y no de dominio, se le impondrá […]."

    Este delito es común en el caso de vehículos que son robados, generalmente para cometer otro ilícito, como un robo bancario o secuestro. Se le conoce también como *delito de tránsito*, porque sirve como medio para cometer otro que es el principal. En la práctica, es algo muy difícil de comprobar.

- Agravantes. En el delito de robo existen diversos casos de agravamiento, atendiendo a distintas circunstancias, como se verá adelante.

  Los artículos que prevén todo lo relativo al robo agravado son el 371, último párrafo, adicionado el 13 de mayo de 1999, del 372 al 374, 381 y 381 *bis* del CPF.

  Antes de entrar de lleno en el estudio de cada robo agravado, consideramos oportuno destacar algo que de manera errónea afirman algunos estudiantes y, lo que es más grave, abogados que no se dedican al derecho penal y, obviamente, ignoran mucho sobre él. Se trata de afirmar que son circunstancias agravantes en el delito de robo (y otros delitos patrimoniales e incluso sexuales) la premeditación, ventaja, alevosía y traición. Pero estas cuatro agravantes únicamente afectan los delitos de homicidio y lesiones.

  En el caso del robo, veremos a continuación cuáles son las circunstancias que lo agravan.

La principal circunstancia que agrava el robo es la violencia, prevista en los numerales 372 y 373 del CPF; este último distingue entre violencia física y moral, ambas idóneas para la comisión del delito de robo.

Otro aspecto interesante en relación con la violencia en el robo es lo que dispone el art. 374 del propio CPF, al precisar que ésta se puede ejercer sobre una persona distinta de la robada y que se encuentre en su compañía en el momento del ilícito; también cuando el ladrón ejerce la violencia después de consumado el robo, ya sea para fugarse o para defender lo robado.

De esto último se infiere que la violencia, en cuanto al momento, puede ejercerse antes, durante o después de cometido el robo; en lo que atañe a las personas, puede presentarse directamente sobre el pasivo de robo o sobre la persona que lo acompaña.

Cuadro 56 **Violencia en el robo.**

En cuanto a su forma	Física	Fuerza material ejercitada sobre una persona
	Moral	Amago o amenazas de un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidar
En cuanto a las personas	Sobre el pasivo del robo Sobre el acompañante del pasivo Sobre ambos	
Por cuanto hace al momento	Antes de cometer el robo Durante la comisión del robo Después de consumado el robo	Para fugarse Para defender lo robado
Acumulación	En caso de resultar otro delito como consecuencia de la violencia ejercida, se aplicarán las reglas de la acumulación	
Empleo de armas	Si bien la violencia puede ejercerse mediante la utilización de armas, ya sea para amagar o para lastimar físicamente, también es cierto que la Corte ha determinado que para que haya violencia no se requiere el empleo de armas	
Delitos surgidos por la violencia	Los delitos que generalmente surgen como consecuencia del empleo de la violencia son lesiones, homicidio, aborto y daños	

Un criterio erróneo que siguen algunas agencias investigadoras es el de considerar que el delito de daño en propiedad ajena queda subsumido en el robo; afirmando que aquél sólo es el resultado del medio ejecutivo en el robo. Creemos que surgen dos ilícitos penales y que no debe darse la absorción; por ejemplo, para robar un portafolios que está dentro de un vehículo, el ladrón rompe los vidrios del coche y daña la vestidura. En realidad, hay dos delitos patrimoniales y no uno: robo del portafolios y daños al vehículo.

El caso sería diferente si el ladrón que roba un reloj lo deteriora o destruye al transportarlo, pues el daño recae sobre el mismo objeto material y el juez castigará cuantificando el daño patrimonial causado al pasivo, por lo que obrará en el ejercicio de su arbitrio judicial dentro de los límites mínimo y máximo que le concede la ley.

Por cuanto hace a los casos especiales establecidos en el art. 381 del CPF, cada una de las 17 fracciones prevé un robo agravado específico. Queda al estudioso precisar, en cada uno de ellos, quién es el sujeto activo, el pasivo, el objeto material y los medios empleados, además de destacar las circunstancias en las que se presenta cada uno.

De manera general, se precisa en función de qué criterio se agrava el robo en materia federal:

- Agravamiento en función del lugar: fraccs. I, VII, X, XI, XII, XVI, y art. 381 *bis*.
- Agravamiento en función de las personas: fraccs. II, III, IV, V, VI y XIV, última parte.
- Agravamiento en función de las circunstancias: fraccs. VIII y XIII.
- Agravamiento en función de la ventaja del activo: fraccs. IX y XV.
- Agravamiento en función del objeto material: fraccs. XIV y art. 381 *bis*.

En los arts. 223, 224 y 225 del CPDF se prevén los casos de robo agravado.

Artículo 223. Se aumentarán en una mitad las penas previstas en el artículo 220 de este Código, cuando el robo se cometa:

I. En un lugar cerrado;
II. Se deroga;
III. Aprovechando alguna relación de trabajo, de servicio o de hospitalidad;
IV. Por quien haya recibido la cosa en tenencia precaria;
V. Respecto de equipo, instrumentos, semillas o cualesquiera otros artículos destinados al aprovechamiento agrícola, forestal, pecuario o respecto de productos de la misma índole;
VI. Sobre equipaje o valores de viajero, en cualquier lugar durante el transcurso del viaje o en terminales de transporte;

VII. Por los dueños, dependientes, encargados o empleados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que presten sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes, clientes o usuarios;
VIII. Respecto de documentos que se conserven en oficinas públicas, cuando la sustracción afecte el servicio público o cause daño a terceros. Si el delito lo comete un servidor público que labore en la dependencia donde cometió el robo, se le impondrá además, destitución e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos;
IX. En contra de persona con discapacidad o de más de sesenta años de edad; o
X. Se deroga.

Artículo 224. Además de las penas previstas en el artículo 220 de este Código, se impondrá de dos a seis años de prisión, cuando el robo se cometa:

I. En lugar habitado o destinado para habitación, o en sus dependencias, incluidos los movibles;
II. En una oficina bancaria, recaudadora, u otra en que se conserven caudales o valores, o contra personas que las custodien o transporten;
III. Encontrándose la víctima o el objeto del apoderamiento en un vehículo particular o de transporte público;
IV. Aprovechando la situación de confusión causada por una catástrofe, desorden público o la consternación que una desgracia privada cause al ofendido o a su familia;
V. En despoblado o lugar solitario;
VI. Por quien haya sido o sea miembro de algún cuerpo de seguridad pública o personal operativo de empresas que presten servicios de seguridad privada, aunque no esté en servicio;
VII. Valiéndose el agente de identificaciones falsas o supuestas órdenes de la autoridad.
VIII. Respecto de vehículo automotriz o parte de éste; o
IX. En contra de transeúnte, entendiéndose por éste a quien se encuentre en la vía pública o en espacios abiertos que permitan el acceso público.

Artículo 225. Las penas previstas en los artículos anteriores, se incrementarán con prisión de dos a seis años, cuando el robo se cometa:

I. Con violencia física o moral, o cuando se ejerza violencia para darse a la fuga o defender lo robado; o
II. Por una o más personas armadas o portando instrumentos peligrosos.

Cabe destacar que la legislación del Distrito Federal ha previsto un agravamiento en el delito de robo en atención a la vulnerabilidad del pasivo. Es el caso mencionado en el art. 223, fracc. IX, que hace referencia al pasivo como una persona con discapacidad o de 60 años de edad.

37.7 Culpabilidad

Grados

Sabemos que en los arts. 8 del CPF y 18 del CPDF se establecen dos grados de culpabilidad: dolo o intención y culpa o imprudencia (no intencionalidad).

En el caso del delito de robo sólo pueden presentarse la primera forma o grado, que es la intencionalidad o dolo.

En términos generales, podríamos dar esta regla: todos los delitos patrimoniales son dolosos, excepto el de daño en propiedad ajena (CPF), daño a la propiedad (CPDF) o daños (en varios códigos estatales), que es el único que admite la forma culposa.

Inculpabilidad

Puede presentarse el error esencial de hecho invencible y el caso fortuito.

37.8 Punibilidad

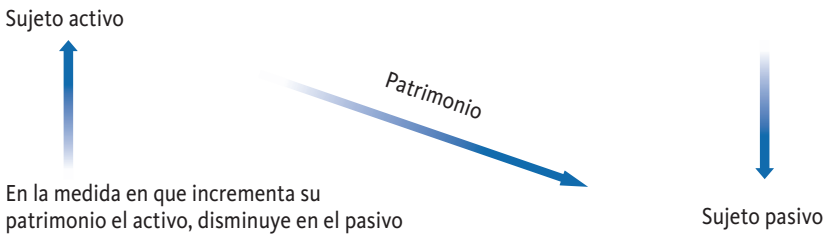
Reglas para fijar la pena

Como se comentó, la pena se aplica de acuerdo con la cuantía de lo robado, y como base para la sanción se toma el salario mínimo general diario vigente en el lugar y en el momento de la comisión del delito. Lo anterior se fundamenta en lo establecido en los arts. 369, segunda parte, y 369 *bis* del CPF. El art. 247 del CPDF dispone: "Para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este Título, así como para la determinación de la multa, se tomará en consideración el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al momento de la ejecución del delito."

El art. 370 del CPF proporciona las reglas para la cuantificación de la pena. Debido a que se trata de un delito patrimonial, resulta obvio que debe existir un daño o una afectación patrimonial para el pasivo, en tanto existe un beneficio patrimonial para el activo (véase el cuadro 57).

No obstante que esto ocurre también en los delitos de abuso de confianza, despojo y fraude, el de daños es el único en el que no se advierte esta situación, como se verá más adelante.

Cuadro 57 **Afectación al patrimonio.**



Cosas no apreciables en dinero

Un aspecto importante en este delito es el que consiste en determinar lo que ocurre cuando el objeto material no es estimable en dinero, o bien, cuando no es posible fijar su valor. De ello trata el art. 371 del CPF, el cual señala una pena para estas situaciones.

Lo anterior ocurre cuando lo robado sólo tiene un valor estimativo para el pasivo, como una fotografía vieja, un mechón de cabello o un poema escrito en un papel viejo y sólo constituye un recuerdo afectivo, pero carece de valor económico.

En mayo de 1999 se aumentaron las punibilidades en diversos casos de robo en materia federal, otra vez por creer el legislador, erróneamente, que con el aumento en las penas disminuirá la criminalidad.

Diversas punibilidades

Como ya vimos, existen distintas penas en el delito de robo, según el monto de lo robado, robo atenuado (de uso), agravado e incluso los dos robos que no tienen sanción.

Mediante el decreto de mayo de 1999 se adicionó el art. 376 *bis* del CPF:

> **Artículo 376 bis.** Cuando el objeto robado sea un vehículo automotor terrestre que sea objeto de registro conforme a la ley de la materia, con excepción de las motocicletas, la pena será de siete a quince años de prisión y de mil quinientos a dos mil días multa.
>
> La pena prevista en el párrafo anterior se aumentará en una mitad, cuando en el robo participe algún servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución o sanción del delito o ejecución de penas y, además se le aplicará destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión públicos por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Excusas absolutorias

El aspecto negativo de la punibilidad sí se presenta en el delito de robo. Se trata de la conducta prevista en el art. 375 del CPF, que prevé una excusa absolutoria por mínima temibilidad del agente. Esto ocurre: "Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes 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."

Por supuesto, para que no se imponga sanción deberán acreditarse todos los requisitos señalados en el tipo, pues si falta cualquiera de ellos el robo será punible. Se advierte fácilmente lo difícil que resulta en la práctica que se presente este tipo de robo. Además, en todos los casos el juez puede no sólo determinar la sanción, sino también suspender derechos a las personas que menciona el art. 376 del propio código federal:

- Patria potestad.
- Tutela.
- Curatela.
- Perito.
- Depositario o interventor judicial.
- Síndico o interventor en concurso o quiebra.
- Asesor.
- Representante de ausente.
- Ejercicio de cualquier profesión de las que exigen título.

El art. 248 del CPDF establece una excusa absolutoria en algunos delitos patrimoniales, incluido el robo, cuando se cometa sin violencia física o moral y no intervengan dos o más personas. Asimismo, dispone una reducción a la mitad de la pena cuando, antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituya la cosa o entregue su valor y satisfaga los daños y perjuicios causados.

37.9 Consumación y tentativa

Consumación

En el robo, la consumación se produce al integrarse todos los elementos del tipo, es decir, en el preciso instante de originarse el apoderamiento de la cosa o, como establece la ley, "desde el momento en que el ladrón [el inculpado] tiene en su poder la cosa" (arts. 369, CPF, y 226, CPDF).

Tentativa

Sí es configurable en este delito. Lo difícil en muchos casos es precisar el monto de lo que el ladrón quería robar: si, por ejemplo, se le sorprende abriendo un automóvil, él podrá alegar que sólo se iba a llevar el estéreo y no el vehículo, lo cual puede ser cierto, pero será muy difícil su probanza.

37.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Creemos que se puede presentar el concurso ideal o formal cuando con la misma conducta del apoderamiento se producen dos resultados típicos diferentes. El ejemplo sería el caso del ladrón que al arrancarle violentamente el collar a una mujer, le causa una lesión en el cuello.

Real o material

Debido a que con distintas conductas se producen también diferentes resultados, es factible que se presente. Por lo general, cuando el delito se da con violencia, además del robo surgen lesiones u homicidio, y a veces hasta se viola a la víctima.

No queremos dejar de mencionar que en el caso del robo también puede presentarse el delito continuado, esto es, donde hay pluralidad de actos y unidad de propósito; por ejemplo, el bibliotecario que durante un mes roba, semana tras semana, un tomo hasta integrar un diccionario enciclopédico completo.

37.11 Participación

Pueden presentarse todos los grados de participación de personas, autoría intelectual, material, encubrimiento, coautoría, etcétera.

37.12 Perseguibilidad o procedencia

Las reglas las ofrecen los arts. 399 *bis* del CPF y 246 del CPDF.

El delito de robo se persigue de oficio y por querella de parte ofendida cuando lo cometen las personas siguientes:

- Ascendientes.
- Descendientes.
- Cónyuges.
- Parientes por consanguinidad hasta el segundo grado.
- Concubina o concubinario.
- Adoptante o adoptado.
- Parientes por afinidad hasta el segundo grado.
- Pareja permanente (CPDF).

En la práctica existen diversas denominaciones para el sujeto activo de robo, que van de acuerdo con su "especialidad". En caló existen, como ejemplo, los siguientes:

- *caco*: ladrón
- *cacomiztle*: ladrón, ladrón de aves de corral
- *rata*: ratero, ladrón
- *ratón*: *idem*
- *ratón vaquero*: ladrón
- *cornisero*: ladrón que usa las cornisas o marquesinas
- *conchera*: ladrona de cosas pequeñas en tiendas y mercados
- *conejo*: ladrón
- *conejo Blas*: ratero
- *conejo de orejas largas*: ladrón
- *conejear*: robar
- *conseguir*: robar[9]

[9] Guillermo Colín Sánchez, *Así habla la delincuencia,* Porrúa, México, 1987.

Cuadro 58 Robo.

- Artículos del código penal
  - 367 al 381 *bis* y 399 *bis*, CPF, y 220 al 226 y 246 al 249, CPDF
- Conducta típica
  - Apoderamiento
- Conductas equiparables
  - Arts. 368, 368 *bis*, 368 *ter* y 368 *quáter*, CPF, y 221, CPDF
- Sujetos
  - Activo
    - Cualquier persona física
  - Pasivo
    - Cualquier persona física o moral
- Objetos
  - Material
    - Cosa mueble ajena
  - Jurídico
    - El patrimonio
- Elementos normativos
  - Sin derecho y sin consentimiento
- Elemento típico subjetivo
  - Ánimo de apropiación (CPDF)
- Medios de ejecución
  - Cualquiera siendo idóneo
- Reprochabilidad
  - Dolosa
- Atenuantes
  - Robo de uso, art. 380, CPF
- Agravantes
  - Arts. 372 al 374, 381 y 381 *bis*, CPF, y 223 al 225, CPDF
- Excusa absolutoria
  - Por mínima temibilidad, arts. 375, CPF, y 248, CPDF
- Circunstancia excluyente (estado de necesidad)
  - Robo de famélico o de indigente, art. 379, CPF
- Procedibilidad o procedencia
  - Oficio o querella (dependiendo de la relación o nexo del activo con el pasivo), arts. 399 *bis*, CPF, y 246, CPDF

Actividades

1. Recorte de periódicos del último mes notas sobre robos, común e indebidamente llamados asaltos, y detalle la presencia de los elementos siguientes:
   a) Sujetos activo y pasivo.
   b) Objeto material.
   c) Medios de ejecución.
   d) Concurso de delitos.
   e) Circunstancia de tiempo, modo y lugar.
   f) Artículos de los códigos penales federal y para el Distrito Federal aplicables.
2. Elabore un cuadro resumen del delito de robo en el CPF.
3. Escriba un breve ensayo sobre los dos robos no punibles en nuestra legislación (robo de famélico y por mínima temibilidad).
4. Resuma el robo agravado, detallando los sujetos, el objeto material y las circunstancias en las cuales se da cada uno.
5. Proponga un ejemplo de cada conducta equiparada al robo.
6. Plantee un caso hipotético acerca de un robo de cosa, respecto de la cual no se pueda fijar su valor o no sea estimable en dinero.

Autoevaluación

1. Proporcione la definición de robo en ambos fueros.
2. Señale los elementos típicos normativos.
3. Indique cuál es el elemento típico subjetivo.
4. Mencione las conductas que se equiparan al robo.
5. ¿En qué casos se presenta el robo agravado en ambos fueros?
6. Explique en qué consiste el robo de famélico.
7. ¿Cómo se castiga y en qué consiste el robo de uso?
8. ¿Puede presentarse el aspecto negativo de la conducta?
9. ¿Cuáles son las teorías respecto del apoderamiento y cuál es aplicable en nuestro código penal?

10. ¿Quiénes son los sujetos en el robo?
11. ¿Cuál es el objeto material en este delito?
12. ¿Qué variante puede tener la violencia en el robo?
13. ¿Cómo se establece la pena en este ilícito?
14. ¿Cuándo se consuma el robo?
15. ¿Hay excusas absolutorias en él?
16. ¿Cómo se clasifica el robo?
17. ¿Cuándo hay atipicidad en el delito que nos ocupa?
18. ¿Pueden presentarse causas de justificación en el robo?
19. ¿Cómo es la perseguibilidad en el robo?
20. Enuncie la noción legal de robo prevista en 10 códigos estatales.

38 Abuso de confianza

38.1 Noción legal

Está prevista en el art. 382 del CPF: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio [...]."

El art. 227 del CPDF define así el abuso de confianza: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de una cosa mueble ajena, de la cual se le haya transmitido la tenencia pero no el dominio, se le impondrán: [...]."

Veamos los elementos que se desprenden de este delito.

38.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Puede serlo cualquier persona física.
- Pasivo. Puede serlo cualquier persona física o moral.

Objetos

- Material. Al igual que en el delito de robo, el objeto material es la cosa ajena mueble.

  Todo lo que se expresó en relación con el objeto material en el capítulo dedicado al robo, es aplicable también para este delito, por lo que cualquier duda deberá resolverse con base en dichas explicaciones.
- Jurídico. Es el patrimonio, ya sea de una persona física o moral.

38.3 Clasificación

Es un delito:

- Por la conducta: de acción u omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el número de sujetos: unisubjetivo.
- Por el daño: de lesión.
- Por el resultado: de resultado material.
- Por su duración: instantáneo.
- Por su formulación: común o indiferente.
- Por su autonomía: autónomo.
- Por su ordenación metodológica: fundamental.

38.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el delito de abuso de confianza, el núcleo del tipo es el comportamiento efectuado por el activo para integrar el ilícito, que consiste en disponer para sí o para otro de una cosa ajena mueble.

A diferencia del robo, en el que la conducta es el apoderamiento, aquí lo es la disposición de la cosa.

El verbo *disponer* significa también actuar como dueño, por lo que se hace con el objeto lo que se quiera, tal como lo haría el legítimo dueño.

Desde luego, para que pueda presentarse esta conducta en la que se dispone de algo, previamente debe haberlo tenido en su poder el activo, pues nadie puede disponer de lo que no tiene; esto es lo que se llama *presupuesto básico*.

Presupuesto básico

Consiste en la previa transmisión de la tenencia de la cosa ajena mueble al activo. *Transmitir la tenencia* significa que el pasivo deja de tener la cosa para quedar en posesión de otro (activo).

Señala Jiménez Huerta las características que debe tener dicha transmisión para que se trate realmente del presupuesto básico, pues no cualquier transferencia física constituye el mencionado presupuesto: "Sólo puede estimarse que se ha transmitido a éste (se refiere al activo) dicha tenencia, cuando el poder de hecho que sobre ella obtiene lo ejerce con autonomía, independencia y sin la vigilancia del que se la transmitió."[1]

[1] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 102.

Los problemas que surgen en la práctica en relación con este delito se deben, precisamente, a la imprecisión tanto del presupuesto básico con estas características como a la confusión de términos, en general tomados muy a la ligera como sinónimos. Veamos de manera muy simple en qué se distinguen tales nociones:

- Propiedad. Es el dominio que se ejerce sobre una cosa (arts. 830 y ss., CCDF).
- Posesión. Es el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa, pudiendo gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades fijadas por la ley como si se fuera el dueño (arts. 790 al 829, CCDF).
- Tenencia. Se refiere a la forma legítima de tener una cosa. Es propiamente la posesión legítima.
- Detentación. Es la posesión ilegítima de una cosa. Algunos utilizan indistintamente los términos *tenencia* y *detentación*, lo que constituye un grave error.[2]

Recordemos entonces que las características que debe reunir la transmisión de la tenencia, esto es, el presupuesto básico, son:



Lo anterior significa que el tenedor de la cosa, al tenerla en forma autónoma, la posee por sí solo, no conjuntamente con el dueño. Por tanto, decide sobre la cosa y ejerce un poder de hecho sobre la misma como si fuera el dueño. Independientemente del dueño, el tenedor actúa en todo lo relacionado con la cosa que tiene bajo su poder, ya que el dueño no puede observarlo ni vigilarlo.

Una consecuencia de no precisar adecuadamente este supuesto básico son los errores y las malas interpretaciones; de ahí que con frecuencia sean confundidos los delitos de robo y abuso de confianza, no sólo desde el punto de vista de su estudio, sino aun en casos prácticos en que parecen no distinguirse con claridad los linderos entre uno y otro.

A continuación se presentan algunos ejemplos con los que se aclarará más este aspecto, ya que existen robos en los cuales hubo previamente una transmisión de tenencia de la cosa, pero esa transmisión es tan precaria que no constituye lo que requiere el abuso de confianza, pues carece de las tres características señaladas antes.

[2] *Diccionario jurídico mexicano*, t. II, UNAM-Porrúa, México, 1988.

Habrá robo cuando:

- Una persona se lleva un cenicero del restaurante donde estaba comiendo.
- La persona se lleva una de las toallas del hotel donde pasó unos días.
- El obrero se lleva el martillo que diariamente utiliza en el taller donde trabaja (incluso, se trata de un robo agravado. Véanse los arts. 381, fracc. VI, del CPF y 223, fracc. III, del CPDF).

Habrá abuso de confianza cuando:

- Alguien vende el automóvil que se le dejó en custodia durante un mes.
- El depositario regala el valioso collar de perlas que se le dejó en depósito.
- Una persona vende el aparato eléctrico que se le dejó mientras el dueño viajaba por Europa.

Es un error manejar la idea de que en este delito se traiciona la confianza, e incluso se dice que de ahí proviene el nombre del delito. En realidad no es así, pues hay casos en los cuales no media confianza y, sin embargo, la cosa mueble se deja en poder de una persona; en algunas situaciones sí existe la confianza previa, pero no es la regla, ya que no siempre ocurre así.

Formas y medios de ejecución

La ley penal no señala ningún medio de ejecución, así que podrá serlo cualquiera, siempre que sea idóneo. En realidad, la conducta típica consistente en *disponer* da lugar a posibles formas de manifestarse; por ejemplo, alguien dispone de la cosa de la cual se le transmitió la tenencia, cuando:

- la regala
- la arrienda
- la vende
- la hereda
- la da en prenda
- la rifa.

Sin embargo, queda excluido el comportamiento consistente en dañar, destruir o deteriorar la cosa, pues estas conductas son constitutivas del delito de daño en propiedad ajena (CPF) o daño a la propiedad (CPDF).

Con perjuicio de alguien. Es el elemento típico finalístico. En este caso el código penal establece, sin lugar a dudas, que el comportamiento típico del abuso de confianza debe presentarse con perjuicio de alguien, con lo que se está remarcando el daño patrimonial. Ahora, interpretando *a contrario sensu*, si no hay perjuicio para alguien, no habrá delito. Sería el caso cuando una persona deje dinero guardado

durante una semana, y quien lo resguardó haya dispuesto de esa suma, pero al ser requerido por el dueño, le devuelve la misma cantidad de dinero.

Ausencia de conducta

Es prácticamente imposible que se presente alguna de las hipótesis de ausencia de conducta.

38.5 Tipicidad en el delito de abuso de confianza

Tipicidad

Habrá tipicidad en este delito cuando todos los elementos del comportamiento encuadren en la descripción legal contemplada para este caso en los arts. 382 del CPF y 227 del CPDF.

Dichos elementos son los siguientes:

- Disposición para sí o para otro: conducta típica.
- De una cosa ajena mueble: objeto material.
- Con perjuicio de alguien: daño patrimonial.
- Respecto de la cual se le hubiere transmitido la tenencia y no el dominio: presupuesto básico.
- Sujetos: activo y pasivo.

Atipicidad

El comportamiento es atípico cuando falta alguno de los elementos típicos. Por ejemplo, son atípicas las conductas siguientes:

- Disponer de un bien inmueble.
- Destruir la cosa ajena mueble.
- Disponer de la cosa si nunca se transmitió la tenencia.
- Disponer de la cosa sin que haya perjuicio.

En el primer ejemplo hay atipicidad por no tratarse del objeto material que exige la ley penal; en todo caso se trataría de un despojo.

En el segundo ejemplo falta la conducta típica, así que se trata del delito de daños.

En la tercera hipótesis falta el presupuesto básico y, en caso de que surgiera una conducta en esos términos, estaríamos hablando de robo.

En el cuarto caso, al no haber perjuicio, como exige la ley, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando lo que se deja en custodia es algo reemplazable.

Conductas equiparadas al abuso de confianza

Al igual que en el caso del robo, el legislador consideró que existen comportamientos que no constituyen propiamente el delito de abuso de confianza; sin embargo, son comportamientos semejantes y los asimila o equipara a dicho delito para castigarlos en la misma forma.

En este caso tenemos tres comportamientos equiparados al abuso de confianza previstos en los arts. 383, fracc. I, 384 y 385 del CPF. Dice el primer ordenamiento:

> El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial, o bien si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, en perjuicio de ésta.

En este caso el sujeto activo es el propio dueño de la cosa, pero la variante es que le ha sido embargada y es, al mismo tiempo, el depositario judicial de la misma; o bien, puede tratarse del contrato de prenda, donde el perjuicio es para una institución de crédito.

Desde luego, hay cierta similitud con la fracc. I del art. 368 del CPF, pero la diferencia radica en que en la conducta equiparada al robo, aunque el activo sea el dueño de la cosa, ésta se encuentra en poder de un tercero; en la conducta equiparada al abuso de confianza la cosa está en poder del propio dueño, quien es al mismo tiempo el activo del delito.

Por otra parte, la conducta típica equiparada al robo ocurre cuando se dispone de la cosa o se la destruye, mientras que en la conducta equiparada al abuso de confianza, se dispone o se sustrae.

Muchas veces la ignorancia de la gente, sobre el derecho, le hace realizar conductas indebidas que cree correctas o legítimas; tal es el caso de los embargos, en los que las personas embargadas, cuando han quedado como depositarias de sus propios bienes, una vez que se van el actuario y el abogado de la contraparte se consideran con el derecho de disponer de sus cosas y las llevan a otro lugar, las venden, etc., por lo que incurren en los delitos aquí analizados.

La fracc. II del art. 383 equipara el abuso de confianza: "El hecho de disponer de la cosa depositada o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo."

Se trata de la misma conducta y situación, sólo que en este caso el sujeto activo no es el dueño de las cosas, sino un tercero que es el depositario judicial, o bien, la persona designada por las autoridades a que se refiere dicho precepto, que son las administrativas o del trabajo. A este tipo de persona se le conoce comúnmente como *depositario infiel*.

La antijuridicidad en este comportamiento consiste en disponer de algo que una autoridad le ha confiado a una persona determinada, pues mientras la tenga bajo su poder, le está prohibido disponer de ella.

Por último, la fracc. III del citado precepto señala una tercera conducta equiparada al abuso de confianza: "El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad."

> La fracción III constituye caso de delito especial, diferenciado del abuso de confianza propiamente dicho, tendiente a evitar desmanes con motivo de las libertades caucionales, ya que el procesado necesita en ocasiones entregar sus fondos al tercero para la constitución del depósito.[3]

En relación con este comportamiento, que sin ser abuso de confianza la ley lo equipara con él, destacamos su trascendencia en el ámbito procesal y lo delicado de esta conducta, que afecta intereses patrimoniales en una situación por demás desventajosa. Nos interesa ofrecer aquí la acertada opinión del maestro Jiménez Huerta, quien observa lo siguiente:

> [...] habría sido mucho más correcto que la fracción III del artículo 383 hubiere empleado las palabras inculpado o acusado en vez de la de procesado, pues además [...] el empleo de la palabra procesado deja fuera de la descripción típica de la fracción III del artículo 383, en una recta interpretación penal, los depósitos que hubieran sido otorgados para garantizar la libertad caucional de un acusado dentro del término constitucional de las 72 horas, bien se declare libre por falta de méritos al inculpado al resolverse su situación constitucional, o bien, se decrete en dicha coyuntura su procesamiento.[4]

Finalmente, aunque la ley los incluye en dos artículos, los numerales 384 y 385 contemplan también dos comportamientos que se equiparan al abuso de confianza.

En el caso del art. 384, se trata de la retención indebida de la cosa que es objeto del delito: el activo se niega a devolverla o a entregarla a la autoridad. Se trata más de una omisión que de una acción.

Los elementos típicos de esta conducta son:

- La previa transmisión de la tenencia de la cosa.
- El requerimiento por parte de:
  - la persona que tiene el derecho.
  - la autoridad.
- La negativa por parte del agente a devolverla o entregarla.

[3] Francisco González de la Vega, *op. cit.*, pág. 240.

[4] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 113.

En el supuesto previsto por el art. 385 la conducta típica consiste en:

- Disponer indebidamente de un vehículo entregado en depósito por autoridad competente.
- Negarse injustificadamente a entregarlo.

En ambos casos se trata de vehículos relacionados con delitos cometidos en hechos de tránsito.

Esta conducta equiparada al abuso de confianza tiene los elementos siguientes:

- La entrega de un vehículo (relacionado con delitos por hechos de tránsito) efectuada por autoridad competente.
- Disponer indebidamente de dicho vehículo.
- Requerimiento de la autoridad que conoce del caso.
- Negarse injustificadamente a devolverlo.

Los arts. 228 y 229 del CPDF prevén las conductas equiparadas siguientes:

> **Artículo 228.** Las mismas penas previstas en el artículo anterior se impondrán:
>
> I. Al propietario o poseedor de una cosa mueble, que sin tener la libre disposición sobre la misma a virtud de cualquier título legítimo en favor de tercero, disponga de ella con perjuicio de otro;
> II. Al que haga aparecer como suyo, sin ser de su propiedad, un depósito que garantice la libertad caucional de una persona;
> III. Al que, habiendo recibido mercancías con subsidio o en franquicia para darles un destino determinado, las distraiga de ese destino o desvirtúe en cualquier forma los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia; y
> IV. A los gerentes, directivos, administradores, mandatarios o intermediarios de personas morales, constructores o vendedores que, habiendo recibido dinero, títulos o valores por el importe total o parcial del precio de alguna compraventa de inmuebles o para constituir un gravamen real sobre éstos, no los destine al objeto de la operación concertada y disponga de ellos en provecho propio o de tercero.
>
> **Artículo 229.** Se equipara al abuso de confianza, y se sancionará con las mismas penas asignadas a este delito; la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley.

38.6 Antijuridicidad en el delito de abuso de confianza

Antijuridicidad

El delito en estudio es antijurídico porque atenta contra el bien jurídico tutelado en la ley, que es el patrimonio. El elemento finalístico: *con perjuicio de alguien* que

se emplea en la definición legal tanto en el CPF como en el CPDF, pone de relieve lo antijurídico sin necesidad de decir *sin derecho*.

Causas de justificación

No existe ninguna causa justificativa especialmente prevista en la ley penal; sin embargo, creemos que bien pueden presentarse algunas, como estado de necesidad y cumplimiento de un deber.

El caso de estado de necesidad revestiría las mismas características del robo de famélico, sólo que en vez de darse la conducta típica del apoderamiento, se daría la de la disposición de la cosa. Por ejemplo: Arturo deja a Estela su reloj de oro para que lo custodie mientras él se va de viaje. Estela cumple con cuidar el reloj, pero un día su hijo enferma gravemente y ella dispone del objeto, que vende para cubrir los gastos de la intervención quirúrgica que requiere su pequeño. El hecho de que no esté previsto un abuso de confianza de famélico, no significa que no pueda presentarse; en tal caso, se invocaría el art. 15, fracc. V, del CPF, o su equivalente en el CPDF, que es el art. 29, fracc. V.

Circunstancias modificadoras

En el delito de abuso de confianza no hay circunstancias atenuantes ni agravantes.

38.7 Culpabilidad

- Abuso de confianza doloso. La única manera posible para que se presente este delito, por lo referente a la culpabilidad, es la forma dolosa o intencional.

Inculpabilidad

Aunque no lo creemos muy factible, podría presentarse el error de hecho esencial invencible y alguna de las eximentes putativas, como el estado de necesidad putativo.

38.8 Punibilidad en el delito de abuso de confianza

Punibilidad

El art. 382 del CPF establece las reglas para sancionar este delito atendiendo, igual que en el caso de robo, al monto del daño patrimonial, y la fijación de la pena, para lo cual se toma como base el salario mínimo general diario que está vigente en la localidad; a esto mismo se refiere el art. 227 del CPDF.

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna.

38.9 Consumación y tentativa

Consumación

Se da en el preciso instante de disponer de la cosa. En los supuestos del art. 383 del CPF, que equipara ciertas conductas al abuso de confianza, se consuma, en relación con las fraccs. I, II y III, en el momento en que el dueño dispone o sustrae la cosa que le ha sido embargada; cuando el depositario judicial dispone o sustrae la cosa y, por último, en el momento en que una persona haga aparecer como suyo el depósito. En el caso del art. 384, se consuma el delito en el momento de negarse a devolver la cosa luego del requerimiento para ello, o bien, en el momento de no entregarla a la autoridad. Por cuanto hace al art. 385, se consuma cuando el activo dispone de la cosa o se niega a entregar el vehículo.

Cabe advertir que en el art. 228 del CPDF la consumación se dará en los distintos momentos que la ley señala en cada hipótesis legal. Respecto de la fracc. I, en el momento en que el activo "disponga" de la cosa; en la fracc. II, en el momento en que "haga aparecer como suyo" el depósito; en la fracc. III, en el momento en que "distraiga de ese destino o desvirtúe" los fines de las mercancías, y en la fracc. IV, en el momento en que "no los destine al objeto de la operación concertada y disponga" de los bienes. En el caso previsto en el art. 229, en el momento de no devolverla o no entregar la cosa.

Tentativa

Puede presentarse. Caben aquí los mismos razonamientos hechos en el caso del robo en grado de tentativa.

Cuadro 59 Abuso de confianza.

Artículos del código penal		382 a 385, CPF, y 227 a 229, CPDF
Conducta típica		Disponer de la cosa o negarse a devolverla
Presupuesto básico		Previa transmisión de la tenencia
SUJETOS:	Activo	Cualquier persona física
	Pasivo	Cualquier persona física o moral
OBJETOS:	Material	Cosa ajena mueble
	Jurídico	El patrimonio
Conductas equiparadas		Arts. 383, 384 y 385, CPF, y 228 y 229, CPDF
Medios de ejecución		Cualquiera siendo idóneo
Reprochabilidad		Dolo (intencionalidad)
Circunstancias modificadoras (atenuantes y agravantes)		No hay
Perseguibilidad o procedencia		Petición de parte ofendida

38.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Es difícil que pueda presentarse la concurrencia de dos o más resultados típicos con un solo comportamiento, tratándose del delito en estudio.

Real o material

Sí es factible, ya que con distintas conductas pueden darse varios delitos, como en el caso de abuso de confianza. Por ejemplo, además de disponer de la cosa o negarse a devolverla, se profieren amenazas, se causan lesiones, etcétera.

38.11 Participación

Pueden presentarse todos los grados de participación, autoría material, encubrimiento, coautoría, etcétera.

38.12 Perseguibilidad o procedencia

Por disposición expresa de los arts. 399 *bis* del CPF y 246, tercer párrafo, inciso *b*, del CPDF, este delito siempre se persigue a petición de parte ofendida.

Cuadro 60 Robo y abuso de confianza.

Semejanzas	Diferencias
El sujeto activo es el mismo: cualquier persona física	La conducta típica es diferente
El sujeto pasivo es el mismo: cualquier persona física o moral	El abuso de confianza exige un presupuesto básico
El objeto material es el mismo: cosa ajena mueble	El robo exige dos elementos normativos (CPF)
La pena se aplica según el monto del daño patrimonial y se toma como base para la sanción el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal	En el robo sí hay una circunstancia atenuante: el robo de uso (art. 380, CPF)
Ambos admiten el grado de tentativa	En el robo sí hay circunstancias agravantes: arts. 372 al 374, 381 y 381 *bis*, CPF
Ambos contemplan conductas equiparadas	En el robo hay dos casos de no punibilidad: una excusa absolutoria por mínima temibilidad, art. 375, y por estado de necesidad, art. 379, CPF
El objeto jurídico es el mismo: el patrimonio	El robo se persigue de oficio y en algunos casos por querella; el abuso de confianza, por querella
La reprochabilidad en ambos es dolosa (intencional)	En el robo sí puede presentarse la violencia como medio, y en el abuso de confianza, no

Actividades

1. Proponga un ejemplo donde se observe el abuso de confianza previsto en el art. 382 del CPF.
2. Plantee un caso de cada una de las conductas equiparadas al abuso de confianza previstas en los arts. 383, fraccs. I, II y III, 384 y 385 del CPF.
3. Elabore un cuadro sinóptico donde se presenten los elementos típicos del abuso de confianza en ambos fueros.
4. Diseñe un cuadro comparativo sobre las conductas equiparadas al robo y las que se equiparan al abuso de confianza.
5. Haga un esquema que contenga las distintas punibilidades que señala el código penal y precise el monto del abuso.
6. Escriba un breve ensayo sobre el delito de abuso de confianza en el que destaque sus diferencias con el delito de robo.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal de abuso de confianza.
2. ¿Cuál es el presupuesto básico en este delito?
3. ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo en el abuso de confianza?
4. ¿Cuál es el objeto material y cuál el jurídico?
5. ¿Cuáles son los medios de ejecución?
6. ¿En qué consiste la conducta típica en este delito?
7. ¿Existen causas de justificación en el abuso de confianza?
8. ¿Cómo se clasifica este ilícito?
9. ¿Cómo es la reprochabilidad en el abuso de confianza?
10. ¿Cómo es la perseguibilidad en el abuso de confianza?
11. ¿Cómo se impone la pena en relación con este delito?
12. ¿Puede configurarse la culpa en el abuso de confianza?
13. ¿La ley penal prevé excusas absolutorias en este delito?
14. ¿Existen circunstancias atenuantes o agravantes?
15. ¿Cuándo se consuma esta figura delictiva?

16. ¿Puede presentarse la tentativa?
17. ¿Se pueden dar todos los grados de participación?
18. Señale las diferencias que existen entre robo y abuso de confianza.
19. Indique las semejanzas que tienen entre sí estos dos delitos.
20. Mencione las diferencias existentes entre las conductas equiparadas al robo y las equiparadas al abuso de confianza, tanto en el CPF como en el CPDF.

39 Fraude

39.1 Noción legal

Debido a que nuestra legislación penal prevé un fraude genérico y varios específicos, es necesario precisar la noción legal de cada uno de ellos. Además, hay otros preceptos que consideran conductas equiparadas al fraude, que no son otra cosa que fraudes especiales o específicos; respecto de éstos existen también sus propias nociones legales.

Empecemos por el fraude genérico, previsto en el art. 386 del CPF: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido."

Por su parte, el CPDF define el fraude genérico en el art. 230 de esta manera: "Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán [...]."

39.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. De la propia norma se infiere que puede ser activo cualquier persona física. En cada fraude específico se señala, como veremos más adelante, quiénes pueden ser los sujetos.
- Pasivo. Puede ser pasivo cualquier persona física o moral.

Objetos

- Material. En el delito de fraude el objeto material es, indistintamente, la cosa mueble o inmueble; incluso abarca cosas incorpóreas.
- Jurídico. Es el patrimonio de las personas, sean físicas o morales.

39.3 Clasificación

Es un delito:

- Por la conducta: de acción u omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente o plurisubsistente.
- Por el daño: de lesión.
- Por el resultado: de resultado material.
- Por su duración: instantáneo o continuado.
- Por su ordenación metodológica: fundamental.
- Por su autonomía: autónomo.
- Por su composición: anormal.
- Por su formulación: común o indiferente.
- Por el número de sujetos: monosubjetivo.

39.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el fraude genérico la conducta típica presenta dos modalidades: engañar a alguien o aprovecharse del error del pasivo.

- Engañar. Significa dar apariencia de verdad a lo que es mentira; provocar una falsa concepción de algo. Engaña quien vende algo usado diciendo que es nuevo; el que dice que un reloj es de oro sin que lo sea, etcétera.

  El engaño implica un mecanismo psicológico por parte del activo para inducir al pasivo a que caiga en una situación incierta. En este delito caracterizan al activo su habilidad, astucia e ingenio, los cuales despliega sobre el pasivo, quien voluntariamente accede a las pretensiones de aquél de acuerdo con una falsa idea de lo que en realidad ocurre.

  Un rasgo característico de este delito es la ausencia de medios violentos.

  El engaño "puede ser verbal o escrito, consistir en hechos o versar sobre la causa, el presupuesto, las condiciones, etc., de la prestación, o ser simple o calificado".[1]

[1] Manzini, citado por Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *op. cit.*, pág. 947.

- Aprovecharse del error del pasivo. Esta otra posible conducta típica implica que el pasivo mismo propicie con su error que el agente aproveche esa situación para cometer el ilícito. Curiosamente, en este caso no es el activo el iniciador de la conducta, sino el propio pasivo, quien, por una equivocación, facilita la comisión del fraude. Por ejemplo, un agente de banca le pide a su mensajero que vaya a su domicilio a recoger los documentos y valores que olvidó; el joven se dirige a cumplir con el encargo, pero antes de que llegue, un vendedor se presenta en la casa a ofrecer objetos domésticos. La empleada de la casa, advertida de que está por llegar alguien a fin de recoger los documentos de su patrón, abre la puerta y sin dejar hablar al vendedor, le indica que espere un momento mientras va por el portafolios con los valores para entregárselo. El agente, al darse cuenta del error de la sirvienta, en cuestión de segundos decide aprovechar la confusión, por lo que toma el portafolios y se aleja. Ocurre también cuando un vendedor entrega cambio por una cantidad mayor debido a que confundió el billete con el que se le pagó.

Formas y medios de ejecución

La ley no exige ningún medio comisivo; por tanto, puede afirmarse que cualquiera, siendo idóneo.

En realidad, el propio engaño suele ser simultáneamente la conducta y el medio; lo mismo se puede decir del aprovechamiento del error. Cualquier artificio, maquinación, etc., que emplee el activo tendente a cometer el fraude, es factible en este delito.

Ausencia de conducta

Consideramos que aquí no se presenta ninguno de los casos de ausencia de conducta, ya que el delito exige dolo y existencia del elemento volitivo especial tendente a engañar, confundir, aprovecharse del error, etc., algo incompatible con los casos de la ausencia de conducta.

39.5 Tipicidad en el delito de fraude

Tipicidad

Habrá conducta típica cuando se reúnan todos los elementos que se exigen en el tipo legal (tanto en el genérico como en cada uno de los específicos y de las conductas equiparadas).

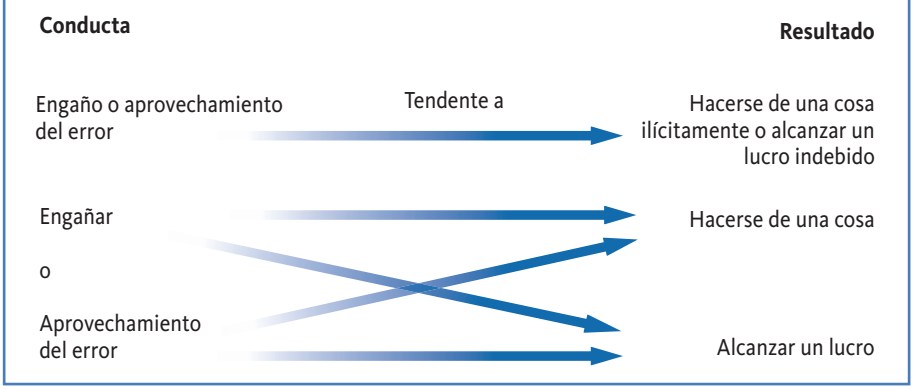
Los elementos del fraude genérico son los siguientes:

- Sujetos. Activo (cualquier persona física) y pasivo (cualquier persona física o moral).
- Conducta típica. Engañar o aprovecharse del error del sujeto pasivo.

- Resultado típico. Hacerse ilícitamente de alguna cosa o lograr un lucro indebido.
- Elemento normativo. Está contenido en las expresiones *ilícitamente* e *indebido*.
- Objeto material. Cualquier cosa mueble o inmueble, e incluso inmaterial.
- Objeto jurídico. El patrimonio.

Cabe destacar que existe un nexo directo y necesario entre la conducta y el elemento finalístico en el fraude, consistente en que a causa del engaño o aprovechamiento del error, el activo logra hacerse de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, como se resume en el cuadro 61.

Cuadro 61 **Nexo entre conducta y resultado en el fraude.**



Atipicidad

Se presenta cuando falta alguno de los elementos típicos y, por tanto, la conducta no encuadra en el tipo. Por ejemplo, será atípico el comportamiento de quien alcanza un lucro indebido, pero no por medio de engaño ni de aprovechamiento del error del pasivo, sino por un apoderamiento con violencia.

Fraudes específicos

La doctrina los denomina también *especiales* o *espurios* y están previstos en las 21 fracciones del art. 387 del CPF, así como en los arts. 388, 388 *bis*, 389 y 389 *bis* (contemplados como conductas equiparadas). En el CPDF, los fraudes específicos se encuentran previstos en los arts. 231 en sus 15 fracciones, 232, 233 y 233 *bis* (denominados en este código como conductas *equiparadas*).

Como cada una de estas fracciones contempla un fraude especial e independiente del genérico, lo mismo que en el caso de los artículos señalados, basta dar lectura a cada uno de ellos para entender en qué consiste cada fraude específico.

En los cuadros 62 y 63 se presenta una síntesis de los elementos típicos de cada uno de dichos fraudes, tanto en el fuero federal como en el Distrito Federal; recomendamos al lector su análisis detallado en el propio código.

Los elementos que se destacarán en cada uno son:

- sujetos activo y pasivo.
- objeto material.
- conducta típica.

Cuadro 62 **Fraudes específicos (art. 387, CPF).**

Fracción	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conducta típica
I	Abogado o persona que ofrece hacerse cargo de un asunto civil, penal o administrativo	La persona que encarga el asunto y se ve afectada patrimonialmente	Dinero, valores, cualquier cosa mueble o inmueble	No efectuar la defensa o encargo, ni la dirección o el patrocinio de asunto, o renunciar o abandonar el negocio o la causa sin motivo justificado
II	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Cosa mueble o inmueble	Enajenar, arrendar, hipotecar, empeñar o gravar una cosa de la cual no tiene derecho de disponer
III	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Documento nominativo a la orden o al portador	Otorgar o endosar un documento nominativo a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle
IV	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Cualquier cosa o servicio	Hacerse servir una cosa o admitir un servicio y no pagar su importe
V	Cualquier persona física (comprador)	Cualquier persona física (vendedor)	Cosa mueble	Comprar y no pagar la cosa o no devolverla
VI	Cualquier persona física (vendedor)	Cualquier persona física o moral (comprador)	Cosa mueble	No entregar la cosa vendida o no devolver su importe
VII	Cualquier persona física (vendedor)	Cualquier persona física o moral (comprador)	Cosa mueble o inmueble	Vender a dos personas la misma cosa

(Continúa)

Cuadro 62 **Fraudes específicos (art. 387, CPF).** *(Continuación)*

Fracción	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conducta típica
VIII	Cualquier persona física	Cualquier persona física	Contratos o convenios	Obtener ventajas usurarias valiéndose de la ignorancia o malas condiciones económicas del pasivo
IX	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Fichas, tarjetas, planchuelas o cualquier objeto que sustituya la moneda legal	Poner en circulación objetos en sustitución de la moneda legal
X	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Contrato, escrito, acto o juicio simulado	Simulación de actos, contratos o escritos judiciales con perjuicio de alguien
XI	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Objetos o dinero	Quedarse con el dinero recibido o no entregar el objeto ofrecido en rifas, sorteos, etcétera
XII	Fabricante, empresario, contratista o constructor	Cualquier persona física o moral	Materiales de construcción	Emplear materiales de construcción en cantidad o calidad inferior a la estipulada
XIII	Vendedor de materiales de construcción	Cualquier persona física o moral (comprador)	Materiales de construcción	No entregar al comprador la totalidad de materiales de construcción o la calidad convenida
XIV	Cualquier persona física que venda o traspase una negociación	Los acreedores de la negociación	Una negociación	Vender o traspasar una negociación sin autorización de los acreedores o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos insolutos
XV	Cualquier persona física	Cualquier persona física	Evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones	Explotar las preocupaciones, superstición o ignorancia del sujeto pasivo por medio de supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones

(Continúa)

Cuadro 62 **Fraudes específicos (art. 387, CPF).** *(Continuación)*

Fracción	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conducta típica
XVI	Derogado	Véase delitos en materia de derechos de autor		
XVII	Patrón o sus representantes	Trabajador	Salarios	Valerse de la ignorancia o las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio pagándole cantidades inferiores
XVIII	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Mercancías subsidiadas	Distraer subsidios o franquicias de su destino o desvirtuar sus fines
XIX	Intermediarios en operaciones de traslación de dominio de inmuebles o gravámenes	Cualquier persona física o moral	Bienes inmuebles	No destinar el dinero para el objeto de la operación concertada en las operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o gravámenes reales sobre éstos
XX	Intermediarios en operaciones de traslación de dominio de inmuebles o gravámenes	Cualquier persona física o moral	Bienes inmuebles	No destinar el dinero para el objeto de la operación concertada en las operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o gravámenes reales sobre éstos
XXI	Constructores o vendedores de edificios en condominio	Cualquier persona física o moral	Edificios en condominio	No destinar el dinero al objeto de la operación
XXII	Librador de un cheque	Cualquier persona (beneficiario de cheque)	Cheque	Librar un cheque sin fondos suficientes o sin tener cuenta en el banco
Artículos		**Conductas equiparables al fraude**		
388	Administrador o encargado de cuidar bienes ajenos	Cualquier persona física o moral	Bienes muebles o inmuebles	Alterar cuentas o condiciones de los contratos, etc., en la administración o cuidado de bienes ajenos

(Continúa)

Cuadro 62 **Fraudes específicos (art. 387, CPF).** *(Continuación)*

Fracción	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conducta típica
388 *bis*	Deudor	Acreedor	Dinero	Colocarse en estado de insolvencia
389	Persona que tiene un cargo en el gobierno, empresa descentralizada o de participación, estatal o en agrupación sindical	Cualquier persona física	Dinero, cosas o cualquier beneficio	Valerse de un cargo público o relaciones con dirigentes sindicales para obtener cualquier beneficio a cambio de prometer o proporcionar trabajo, ascenso o aumento de salario
389 *bis*	Fraccionadores	Cualquier persona física o moral	Terrenos urbanos o rústicos propios o ajenos	Causar perjuicio público o privado al fraccionar, transferir o prometer transferir la propiedad, posesión u otro derecho sobre un terreno urbano o rústico propio o ajeno, con o sin construcción, sin permiso de la autoridad o sin haber satisfecho los requisitos señalados

Cuadro 63 **Fraudes específicos (art. 231, CPF).**

Fracción	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conducta típica
I	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Mueble o inmueble	Enajenar, arrendar, hipotecar, empeñar o gravar
II	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Dinero o cualquier otro lucro	Otorgar o endosar un documento nominativo
III	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Mueble o inmueble	Vender una misma cosa a dos personas
IV	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Cualquier cosa o servicio	Hacerse servir una cosa o admitir un servicio

(Continúa)

Cuadro 63 **Fraudes específicos (art. 231, CPF).** *(Continuación)*

Fracción	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conducta típica
V	Fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra	Cualquier persona física o moral	Materiales de construcción	Suministrar o emplear materiales de calidad o cantidad inferior a los estipulados o no realizar las obras
VI	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Dinero y obligaciones	Provocar acontecimiento con apariencia de caso fortuito o fuerza mayor
VII	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Dinero o cosas	Evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones
VIII	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Una negociación	Vender o traspasar una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos
IX	Patrones	Trabajadores	Dinero (salario)	Pagar cantidades inferiores a las legales a sus trabajadores o los haga otorgar comprobantes que amparen sumas superiores a las efectivamente entregadas
X	Cualquier persona física	Cualquier persona física	Dinero o valores	Obtener ventajas usurarias por medio de réditos superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario
XI	Intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales	Cualquier persona física o moral	Dinero o valores	No destinar al objeto de la operación concertada el dinero o los valores

(Continúa)

Cuadro 63 **Fraudes específicos (art. 231, CPF).** *(Continuación)*

Fracción	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conducta típica
XII	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Dinero, títulos o valores	Construir o vender edificios en condominio, obteniendo dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, sin destinarlo al objeto de la operación concertada
XIII	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Cheques	Librar cheques sin fondos o sin tener cuenta en la institución bancaria
XIV	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Dinero o valores	Ingresar a los sistemas o programas de informática del sistema financiero y realizar indebidamente operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores
XV	Cualquier persona física	Cualquier persona física o moral	Terrenos urbanos o rústicos	Fraccionar o dividir en lotes terrenos rústicos o urbanos sin permiso de la autoridad administrativa o sin satisfacer los requisitos señalados en el permiso obtenido

39.6 Antijuridicidad en el delito de fraude

La antijuridicidad se deriva de la violación al precepto mismo que tutela el patrimonio como bien jurídico.

Elementos normativos

La antijuridicidad se destaca de manera especial en el fraude mediante las expresiones *ilícitamente* o *indebido*, a las cuales se refieren los arts. 386 del CPF y 230 del CPDF.

Causas de justificación

Es imposible que pueda presentarse alguna causa justificadora en el fraude, debido a la exigencia legal de los medios empleados y del dolo requerido para su configuración.

Solamente en algunos casos de fraudes específicos podría presentarse, por ejemplo, el estado de necesidad (arts. 387, fracc. IV, CPF, y 231, fracc. IV, CPDF), cuando alguien se hace servir un alimento y no lo paga.

Los fraudes específicos en la legislación penal para el Distrito Federal están previstos en el art. 231 y son 15. Los arts. 232, 233 y 233 *bis* hacen referencia a conductas equiparadas que en la doctrina son consideradas también como fraudes específicos.

Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

I. Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente;

II. Obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, como consecuencia directa e inmediata del otorgamiento o endoso a nombre propio o de otro, de un documento nominativo, a la orden o al portador, contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarlo;

Cuando el lucro obtenido consista en un vehículo automotor, independientemente de su valor, se aplicarán las penas previstas en la fracción V del artículo inmediato anterior.

III. Venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o inmueble, y reciba el precio de la primera, de la segunda enajenación o de ambas, o parte de él, o cualquier otro lucro, con perjuicio del primero o del segundo comprador;

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado;

V. En carácter de fabricante, comerciante, empresario, contratista o constructor de una obra, suministre o emplee en ésta materiales o realice construcciones de calidad o cantidad inferior a las estipuladas, si ha recibido el precio convenido o parte de él, o no realice las obras que amparen la cantidad pagada;

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

VII. Por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones, explote las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas;

VIII. Venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que estos últimos resulten insolutos;

IX. Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase, que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega;

X. Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario;

XI. Como intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren al objeto de la operación concertada por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino o ha dispuesto del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en cualquier institución facultada para ello dentro de los treinta días siguientes a su recepción en favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado dentro de ese término al vendedor o al deudor del gravamen real o devuelto al comprador o al acreedor del mismo gravamen.

El depósito se entregará por la institución de que se trate a su propietario o al comprador.

XII. Construya o venda edificios en condominio obteniendo dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, sin destinarlo al objeto de la operación concertada.

En este caso, es aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción anterior.

Las instituciones y organismos auxiliares de crédito, las de fianzas y las de seguros, así como los organismos oficiales y descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción anterior.

XIIII. Con el fin de procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o por carecer éste de fondos suficientes para su pago de conformidad con la legislación aplicable. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución de crédito de que se trate;

XIV. Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la institución; o

XV. Por sí, o por interpósita persona, sin el previo permiso de las autoridades administrativas competentes o sin satisfacer los requisitos señalados en el permiso obtenido, fraccione o divida en lotes un terreno urbano o rústico, con o sin construcciones, propio o ajeno y transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho sobre alguno de esos lotes.

Circunstancias modificadoras

No se presentan circunstancias atenuantes ni agravantes. La sanción atiende al monto del daño patrimonial.

39.7 Culpabilidad

Sólo es posible la forma dolosa o intencional y, por tanto, es inconfigurable la culpa o imprudencia.

Sin embargo, sí es posible la culpa en el caso del fraude específico previsto en la fracc. XXI del art. 387 del CPF y en el art. 231, fracc. XIII, del CPDF, cuando un cheque librado no tiene fondos por la negligencia del librador para anotar las cantidades en el referido título de crédito. En este caso no hay ánimo de engaño ni de obtener un lucro: simplemente se da la actitud culposa por no tener cuidado de llevar una contabilidad adecuada. Sin embargo, la opinión general es que no puede presentarse ningún fraude culposo.

Por otra parte, el precepto citado, en su segundo párrafo, indica: "No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido." Con esto queda sin sanción lo que podríamos llamar *fraude culposo*, porque falta el elemento subjetivo; esto es, la intención por parte del activo de alcanzar un lucro indebido. Curiosamente, el CPDF no prevé esta situación, que acertadamente sí contempla el código federal.

Inculpabilidad

Podría presentarse en algún caso de fraude específico el error esencial de hecho invencible y la no exigibilidad de otra conducta.

Cuando alguien, ante la amenaza de un asaltante y para salvar la vida de un ser allegado, firma un documento que perjudica patrimonialmente a otro, la ley no puede exigirle un comportamiento diferente. El mismo caso del libramiento de un cheque sin fondos puede obedecer a un error de esta naturaleza.

39.8 Punibilidad

En este ilícito también se sigue el mismo criterio que en los anteriores delitos patrimoniales: se considera el daño patrimonial y se toma como base para la sanción el salario mínimo general diario que esté vigente en la localidad y en el momento de la comisión del ilícito.

Así, el art. 386 del CPF, en sus tres fracciones, señala las penas imponibles siguiendo la misma regla para el caso de los fraudes específicos previstos en el art. 387. El art. 388 *bis* señala de seis meses a cuatro años de prisión y el art. 389 prevé una pena que va de seis meses a 10 años de prisión.

El art. 230, en sus cinco fracciones, establece las reglas para determinar la punibilidad en función de la cuantía de lo defraudado.

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna.

39.9 Consumación y tentativa

Consumación

Ocurre en el instante en que el activo se hace de la cosa o alcanza el lucro indebido. Es un error pensar que el fraude se consuma en el momento de engañar.

En cada fraude específico la propia norma lo establece: el momento consumativo es aquel en que queda integrado el resultado típico al agotarse todos los elementos del tipo.

Tentativa

Sí es posible su configuración.

39.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Con la misma conducta no pueden producirse varios delitos patrimoniales; se da uno u otro, pues son excluyentes. Por cuanto hace a otros delitos, pudieran presentarse, por ejemplo, el fraude previsto en los arts. 389 del CPF y 233 del CPDF, simultáneamente con el estupro, cuando el activo promete un ascenso a la persona menor de 18 años, engañándola.

Real o material

Sí ocurre que con varias conductas se den diversos resultados típicos y uno de ellos sea el fraude. Puede haber falsificación de documentos, falsedad en declaraciones, etcétera.

39.11 Participación

Es posible que se presenten los distintos grados de la participación. En los fraudes que forman parte de los delitos de cuello blanco, generalmente participan varios sujetos y existe, incluso, una gran organización. Muchos fraudes se realizan en forma reiterada por verdaderos grupos de delincuencia organizada.

39.12 Perseguibilidad o procedencia

El fraude se persigue de oficio y de querella cuando lo comete alguna de las personas a las que se refiere el art. 399 *bis* del CPF; en los arts. 246 al 249 del CPDF se encuentran las reglas sobre la perseguibilidad o procedencia.

39.13 Fraude familiar

Por decreto del 14 de junio de 2012 se adicionó al CPF el Capítulo III *Ter* del Fraude Familiar, por lo cual se creó el art. 390 *bis* que establece lo siguiente:

> A quien en detrimento de la sociedad conyugal o patrimonio común generado durante el matrimonio o el concubinato, oculte, transfiera o adquiera a nombre de terceros bienes, se le aplicará sanción de uno a cinco años de prisión y hasta trescientos días multa.

En primer lugar, advertimos falta de cuidado en torno a la sintaxis, pues primero debió decir "bienes" y después "a nombre de terceros".

Consideramos que una vez más el legislador está llevando al terreno penal una situación que pertenece al derecho civil. Además, resulta innecesaria la creación de un título y de un artículo para una figura delictiva que, en todo caso, pudo quedar como conducta equiparada al fraude.

Por otra parte, resulta casi imposible que, tratándose de las relaciones familiares, una conducta que afecta a sus integrantes pueda pertenecer al fuero federal, aun cuando el cónyuge o concubinario fuera un servidor público federal, pues su actuar no afectaría a la Federación, sino a su núcleo familiar.

En este nuevo tipo penal federal se advierte más la intención del legislador de hacer ver a la población que se preocupa por las familias, independientemente de que el referido tipo penal sea útil y práctico.

Elementos típicos del fraude familiar

Conducta típica. Consistirá en ocultar, transferir o adquirir bienes a nombre de terceros.

Sujetos

- Sujeto activo. Será cualquiera de los cónyuges, la concubina o el concubinario.
- Sujeto pasivo. *A contrario sensu*, el otro cónyuge, concubina o concubinario.

Elemento finalístico. Será el detrimento ocasionado en la sociedad conyugal o patrimonio común, generado durante el matrimonio o concubinato.

Punibilidad. El CPF señala de uno a cinco años de prisión y multa de hasta trescientos días multa.

Actividades

1. Elabore un resumen que contenga lo más sobresaliente del delito de fraude.
2. Diseñe un cuadro sinóptico relativo al fraude genérico.
3. Estructure un cuadro-resumen que contenga todos los fraudes específicos.
4. Plantee un caso práctico hipotético en el que se advierta la presencia del fraude genérico por aprovechamiento de error.
5. Recorte de un periódico (reciente) algún caso de fraude por engaño.
6. Ejemplifique cada caso de fraude específico.
7. Establezca la comparación entre fraude específico y genérico en el fuero federal y del Distrito Federal.
8. Propicie un debate entre varios compañeros sobre el fraude familiar, destacando su necesaria o innecesaria inclusión en el CPF.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal de fraude genérico.
2. Señale los elementos típicos del fraude.
3. ¿Cuáles son los medios de ejecución en el fraude genérico?
4. ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo en dicho ilícito?
5. ¿Cuál es el objeto material en el fraude genérico?
6. Enumere los fraudes específicos.
7. Distinga los elementos típicos de cada uno de ellos.
8. ¿Cuál es el objeto jurídico en el fraude?
9. ¿Cómo se clasifica?
10. ¿Cuándo se consuma el fraude?
11. ¿Puede presentarse la tentativa?
12. ¿Se puede dar la participación?
13. ¿Cuándo sería atípico el fraude?

14. ¿Hay excusas absolutorias en este ilícito?
15. ¿Cuáles son los elementos normativos en el fraude genérico?
16. ¿Pueden coexistir el fraude y el robo?
17. Mencione cuatro fraudes específicos en el fuero federal.
18. Cite cuatro fraudes específicos previstos en el CPDF.
19. Explique en qué consiste el tipo penal de fraude familiar.
20. Diga quiénes pueden ser los sujetos activo y pasivo en el fraude familiar.

40 Despojo

40.1 Noción legal

Se encuentra en el art. 395 del CPF, que establece:

> Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos:
>
> I. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca;
> II. Al que de propia autoridad y haciendo uso de los medios indicados en la fracción anterior ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante, y
> III. Al que en los términos de las fracciones anteriores cometa despojo de aguas.

La pena será aplicable aun cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudoso o esté en disputa.

El art. 237 del CPDF define este delito de la manera siguiente:

> Se impondrán de tres meses a cinco años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa:
>
> I. Al que de propia autoridad, por medio de violencia física o moral, el engaño o furtivamente, ocupe un inmueble ajeno, haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca;
> II. Al que de propia autoridad y haciendo uso de cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior o furtivamente, ocupe un inmueble de su propiedad,

en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante, o

III. Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas.

El delito se sancionará sin importar si el derecho a la posesión de la cosa usurpada, sea dudosa o esté en disputa.

40.2 Sujetos y objetos

Sujetos

- Activo. Puede serlo cualquier persona física. Este delito puede ser cometido por grupos de personas y la norma penal señala que cuando esto ocurra (habla de más de cinco), la pena será agravada, como se verá más adelante, pero se trata de un delito unisubjetivo.

  Un asunto interesante resulta del cuestionamiento siguiente: ¿puede el cónyuge cometer despojo respecto del inmueble que se construyó como domicilio conyugal?

  La respuesta es afirmativa. La SCJN ha pronunciado la tesis siguiente:

  Época: Novena
  Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
  Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*
  Parte: III, mayo de 1996
  Tesis: I.1o.P.8P
  Página: 617

  Rubro: DESPOJO ENTRE CÓNYUGES SOBRE EL INMUEBLE DONDE SE CONSTITUYÓ EL DOMICILIO CONYUGAL. Incurre en el delito de despojo previsto en el artículo 395, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, el consorte que había abandonado el inmueble donde se constituyó el domicilio conyugal y después regresa aprovechando la ausencia del que aún lo habitaba, destruyendo las chapas de la puerta para lograr el acceso e impidiendo que el que había permanecido en él pueda también habitarlo, toda vez que si bien es cierto que la sola designación del inmueble como domicilio marital le autoriza a poseerlo y el artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal indica que el esposo que se separó tendrá en todo tiempo el derecho de volver al aposento conyugal, también es cierto que esa disposición legal no tiene el alcance de autorizarlo a impedir que su consorte pueda disponer de dicho bien.

  PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.
  Precedentes: amparo en revisión 705/95. Maribel Escamilla López. 14 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Germán Tena Campero. Secretario: Juan José Olvera López.

  Se menciona al Distrito Federal, pues en esa época el código penal era aplicable a ambos fueros.

- Pasivo. Puede serlo cualquier persona física o moral, e incluso resultar afectada la nación.

Objetos

- Material. El despojo puede recaer indistintamente sobre tres posibles objetos que expresamente señala la ley:
  - Inmuebles.
  - Derechos reales.
  - Aguas.

  Al tratar el delito de robo se hizo referencia a la clasificación de bienes que ofrecen la legislación y la doctrina del derecho privado, o sea, el derecho civil. Por tanto, es aplicable lo manifestado en esa parte.
- Jurídico. Es el patrimonio de las personas (físicas y morales).

Algunos tratadistas insisten en afirmar que no es el patrimonio sino la posesión o propiedad de los inmuebles, pero nuestra legislación penal habla del patrimonio como bien jurídicamente tutelado al referirse a *delitos patrimoniales*.

Cierto que en ocasiones sólo se ve afectada la posesión, pero finalmente es el patrimonio el que se ve afectado.

40.3 Clasificación

Es un delito:

- Por la conducta: de acción.
- Por el número de actos: unisubsistente.
- Por el resultado: de lesión de resultado material.
- Por su duración: instantáneo.
- Por el número de sujetos: monosubjetivo o plurisubjetivo.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: anormal.

40.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

Pueden presentarse las siguientes maneras de realizarla, siempre de propia autoridad, lo que implica actuar por decisión autónoma y no por acato a una disposición proveniente de una autoridad.

- Ocupar un inmueble ajeno.
- Hacer uso de él.
- Hacer uso de un derecho real que no le pertenezca al activo.
- Ocupar un inmueble propio en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otro.
- Ejercer actos de dominio sobre un inmueble propio, lesionando los derechos legítimos del ocupante.
- Cometer despojo de aguas.

A continuación se desglosará cada una de ellas.

- **Ocupar un inmueble ajeno.** Consiste en tomar posesión del inmueble que no le pertenece al agente. Implica que el activo penetra y se asienta en dicho inmueble actuando con ánimo de dueño.
- **Hacer uso de un inmueble ajeno.** Aunque pareciera que se trata del mismo comportamiento antes mencionado, no es así.

  La expresión *hacer uso* lleva implícita la idea de obtener un beneficio o una ventaja del inmueble, por ejemplo, acudir al inmueble periódicamente para usarlo en cualquier forma y obtener un beneficio.

- **Hacer uso de un derecho real que no le pertenezca al activo.** Compartimos la opinión de Jiménez Huerta, quien afirma que es innecesario incluir en la descripción típica este comportamiento, ya que, en cualquier caso, caería en el comportamiento consistente en hacer uso de un inmueble ajeno.[1]
- **Ocupar un inmueble propio cuando la ley no lo permite por hallarse en poder de otro.** Igualmente refiere un comportamiento semejante al de la primera hipótesis, pero con la diferencia de que se trata de un inmueble propio; esto es, que pertenece al activo. En este caso la antijuridicidad reside en que la propia ley limita al propietario el uso del inmueble de su propiedad por encontrarse en posesión de otro; un ejemplo sería el del dueño que ocupa el departamento arrendado a otra persona.
- **Ejercer actos de dominio sobre un inmueble propio, lesionándose derechos legítimos del ocupante.** Consiste no en ocupar, sino en efectuar actos que revelen el ánimo del dueño cuando el inmueble propio se halla en poder de un tercero, respecto del cual se están lesionando sus derechos. Por ejemplo, cuando el dueño suspende el suministro de agua del departamento arrendado en perjuicio del arrendatario.

[1] Mariano Jiménez Huerta, *op. cit.*

- Cometer despojo de aguas. Consiste en usar o disponer de aguas, o bien, desviarlas de su cauce normal y natural.

  Habrá que recordar que al estudiar el robo precisamos que si se trata de agua envasada se comete delito de robo, pero cuando circula en cauce normal o artificial hecho por el hombre (tubería, etc.) ocurre el despojo.

Formas y medios de ejecución

El CPF señala únicamente los siguientes:

- Violencia.
- Furtividad.
- Amenaza.
- Engaño.

El CPDF hace referencia a los siguientes:

- Violencia física o moral.
- Engaño.
- Furtividad.

El código local no alude a la amenaza, por quedar ésta comprendida en la violencia moral.

Se requiere una de estas formas, no todas, para configurar el despojo.

- Violencia. Consiste en efectuar actos materiales en los que se emplea la fuerza física o mecanismos tendentes a dañar.

  En materia federal, la violencia a la que se refiere el despojo es únicamente física. En el CPDF, al referirse a violencia, se precisa que es tanto la física como la moral.

  La violencia puede estar dirigida al pasivo, a las personas que están con él o en el inmueble que se pretende despojar, o bien, hacia el propio inmueble o las cosas que le rodean, es decir, conjuntamente sobre personas y cosas.

- Furtividad. Significa a escondidas, ocultamente, sin ser visto. Esto por lo general ocurre cuando el dueño no se encuentra en el inmueble, por lo que este medio elimina la violencia. Se produce durante las noches, evitando testigos.

- Amenaza. Consiste en amagar o amedrentar al pasivo o a quien cuida del inmueble objeto del despojo. Es lo que en otros delitos constituye la violencia moral. Las amenazas generalmente se refieren a un mal grave futuro para el dueño, sus familiares o los cuidadores. El CPDF no la incluye como medio de comisión, por quedar, como se dijo antes, comprendida en la noción de violencia moral, lo que nos parece más adecuado.

- Engaño. Consiste en falsear la verdad, darle apariencia de cierto a lo que no lo es. Ocurre cuando el dueño de un inmueble lleva a un plomero para que aparentemente repare algún desperfecto, pero en realidad la idea es obstruir la tubería para dejar sin suministro de agua al arrendatario.

Basta uno solo de los cuatro medios indicados; no es necesario que se den dos, tres y mucho menos los cuatro, pues incluso hay algunos que excluyen a los otros. Por ejemplo, la furtividad es incompatible con la violencia y la amenaza y el engaño es incompatible con la amenaza.

Ausencia de conducta

No creemos que pueda presentarse ningún caso, dada la necesidad de emplear alguno de los medios comisivos.

40.5 Tipicidad en el delito de despojo

Tipicidad

Se dará cuando se integren todos los elementos y concuerden con el tipo:

- Realizar la conducta típica (cualquiera de las previstas en la norma).
- Emplear cualquiera de los cuatro medios ejecutivos.
- Sujetos activo y pasivo.
- Objeto material (cualquiera de los tres señalados).
- Objetividad jurídica tutelada.

Atipicidad

Existirá cuando falte alguno de los elementos típicos mencionados.

Si lo que se ocupa por medio de furtividad es un vehículo, será robo; si se trata de agua envasada, también será robo; si no se emplea alguno de los medios de ejecución, no será despojo; si se ocupa un inmueble por disposición judicial, tampoco será despojo.

40.6 Antijuridicidad en el delito de despojo

Antijuridicidad

Radica en la violación a la norma que tutela este tipo de comportamiento. La expresión *de propia autoridad* indica la antijuridicidad.

Asimismo, el empleo de cualquiera de los medios de comisión indica la antijuridicidad del hecho. Todo despojo es antijurídico, ya que la ley penal lo prevé y sanciona.

Causas de justificación

Es posible que en algún caso pudiera darse un estado de necesidad o el consentimiento del titular del bien jurídico.

Circunstancias modificadoras

No hay circunstancias atenuantes.

Por cuanto hace a los agravantes, se presentan dos casos:

- El previsto en el art. 395, quinto párrafo, del CPF, que se refiere al despojo cometido por grupos de más de cinco personas. La pena será de uno a seis años de prisión, además de la señalada.
- El párrafo siguiente contempla una pena de dos a nueve años de prisión a quienes se dediquen reiteradamente a promover el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal (*sic*).

Desde que entró en vigor el CPDF, esta mención en el CPF resulta innecesaria. El CPDF establece:

- De uno a seis años de prisión, además de la pena indicada, cuando se cometa por grupo o grupos que en su conjunto sean más de cinco personas (art. 238, CPDF).
- Cuando se cometa contra persona mayor de 60 años de edad o con discapacidad, la pena se incrementará en una tercera parte (art. 238, segundo párrafo).
- Cuando se realice en forma reiterada en inmuebles urbanos en el Distrito Federal, se impondrán de dos a nueve años de prisión y de 100 a mil pesos de días multa (art. 238, tercer párrafo, CPDF).

El art. 396 del CPF se refiere a la figura de la acumulación por la violencia o amenaza.

40.7 Culpabilidad

Dolo

Únicamente se da la forma dolosa o intencional; la culposa no es posible. Cuando alguien, sin darse cuenta, introduce su llave y se abre el que cree que es su departamento por equivocarse de piso, aunque abra la puerta y se introduzca momentáneamente, no habrá despojo por faltar la intención y alguno de los medios de ejecución exigidos por la norma.

Inculpabilidad

No se presenta ningún caso.

40.8 Punibilidad

El CPF señala las penas siguientes:

- De tres meses a cinco años de prisión y multa de 50 a 500 pesos (art. 395).
- Además de la pena antes señalada, se impondrán de uno a seis años de prisión cuando el despojo se cometa en grupos que en su conjunto sean mayores de cinco personas (art. 395, quinto párrafo).

- De dos a nueve años de cárcel a quienes se dediquen reiteradamente a promover el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal (véase el último párrafo del art. 395 y el comentario relativo).

El CPDF establece:

- De tres meses a cinco años de prisión y de 50 a 500 días multa (art. 237).
- De uno a seis años de prisión, además de la pena indicada, cuando se cometa por grupo o grupos que en su conjunto sean de más de cinco personas (art. 238, primer párrafo).
- Cuando se cometa contra persona mayor de 60 años de edad o con discapacidad, la pena se incrementará en una tercera parte (art. 238, segundo párrafo).
- Cuando se realice reiteradamente en inmuebles urbanos en el Distrito Federal, se impondrán de dos a nueve años de prisión y de 100 a mil pesos de días multa (art. 238, tercer párrafo).

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna.

40.9 Consumación y tentativa

Consumación

Se da, en cada caso, en el momento de ocupar el inmueble, de hacer uso de él, de un derecho real o al cometer el despojo de aguas.

Tentativa

Sí se puede presentar, por tratarse de un delito de resultado material.

40.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Sí puede darse; por ejemplo, cuando se configura por engaño, con la misma conducta puede surgir el delito de despojo y el de usurpación de funciones, o cuando es con violencia pueden surgir el delito de despojo y la portación de arma de fuego.

Real o material

También puede presentarse. El art. 396 del CPF establece: "A las penas que señala el artículo anterior se acumulará la que corresponda por la violencia o la amenaza." Puede haber lesiones, daño en propiedad ajena, aborto, homicidio, falsificación de documentos, etcétera.

40.11 Participación

En este delito pueden presentarse todos los grados de la participación de personas. Los arts. 395 del CPF y 238 del CPDF expresamente se refieren a los autores intelectuales y a quienes dirigen la invasión.

40.12 Perseguibilidad o procedencia

Se persigue de oficio, según lo disponen los arts. 399 *bis* del CPF y 246 del CPDF, a menos que lo cometa alguna de las personas que el precepto señala, en cuyo caso se perseguirá a petición de la parte ofendida.

Actividades

1. Elabore un cuadro resumen del delito de despojo en el CPF.
2. Proponga varios ejemplos con este delito.
3. Escriba un breve ensayo sobre el despojo previsto en el CPDF.
4. Elabore un estudio comparativo entre el despojo y el robo.
5. Resuma este delito poniendo de relieve los medios ejecutivos.
6. Establezca en un cuadro las diferencias existentes en el despojo federal y en el del Distrito Federal.

Autoevaluación

1. Proporcione la noción legal de despojo en el CPDF.
2. Señale quiénes son los sujetos activo y pasivo.
3. Precise el objeto material en este delito.
4. ¿Cuáles son los medios de ejecución?
5. ¿Puede presentarse alguna causa de justificación?
6. ¿Cuándo se consuma el delito?
7. ¿Puede el inmueble propio ser objeto del delito?

8. ¿Se puede dar la tentativa?
9. ¿Hay circunstancias atenuantes o agravantes?
10. ¿Cuál es el objeto jurídico en el despojo?
11. ¿Cómo es la perseguibilidad?
12. ¿Se puede dar la forma culposa o imprudencial?
13. ¿Se pueden dar las causas de inculpabilidad?
14. ¿Qué diferencia hay entre el despojo en materia federal y en el Distrito Federal?
15. Mencione las diferencias y semejanzas entre el despojo y el robo.

41 Daño en propiedad ajena, daño a la propiedad o daños

Antes de ofrecer la noción legal de este delito es pertinente destacar que nos referiremos a él indistintamente como *daños*, *daño a la propiedad* o *daño en propiedad ajena*, aunque el primero es el término más apropiado. Esto, en virtud de que el nombre de este delito induce al error de creer que sólo puede recaer sobre cosas ajenas, cuando en realidad, como veremos, puede darse también en cosas propias, siempre que haya perjuicio para terceros, tal como lo indica la ley. Dicho de otra manera, no se requiere que la propiedad sea ajena.

Al reflexionar en lo visto hasta ahora al estudiar los delitos patrimoniales, se advierte que en todos ellos el objeto material es siempre ajeno, pero también es la propia ley la que prevé, por lo menos, un caso para cada delito en que el objeto material pertenece al sujeto activo. Éstos son:

- Robo. En la conducta equiparada al robo prevista en los arts. 368, fracc. I, del CPF, y 221, fracc. II, del CPDF, la cosa mueble, objeto del delito, pertenece al propio agente.
- Abuso de confianza. Igualmente, en la conducta equiparada prevista en el art. 383, fracc. I, del CPF, la cosa mueble es propiedad del activo.
- Fraude. Puede darse un fraude por engaño o error del pasivo cuando recaiga sobre la cosa perteneciente al activo y con la que alcanzará un lucro indebido.
- Daños. Los arts. 399 del CPF y 239 del CPDF prevén que el delito de daños pueda recaer sobre cosa propia en perjuicio de un tercero.
- Despojo. El art. 395, fracc. II, del CPF, se refiere a la ocupación de un inmueble propiedad del activo cuando la ley no lo permite por estarlo ocupando otra persona. El art. 237, fracc. II, también hace referencia a esta circunstancia.

Como se observa, en todos los delitos patrimoniales la conducta típica puede recaer sobre cosas propias; sin embargo, sólo el delito de daño a la propiedad hace referencia en su denominación a la ajenidad de la cosa, aunque, como se vio, esto no siempre es verdad. En los delitos de robo y abuso de confianza, la noción de ajenidad está contemplada en el objeto material.

Por otra parte, hay que precisar que el CPF llama a este tipo penal *delito de daño en propiedad ajena*, mientras que el CPDF lo denomina *delito de daño a la propiedad* y varios códigos penales estatales, con mayor precisión, hacen referencia al delito de "daños".

41.1 Noción legal

Está prevista en los arts. 397 y 399 del CPF. Este delito contempla dos tipos: uno genérico o básico y otro específico, el cual incluso admite tanto el daño como el peligro.

- Tipo genérico o básico de daños, previsto en el art. 399: "Cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple."
- Tipo específico de daños, que al mismo tiempo es agravado y puede ser también de peligro, contemplado en el art. 397 del CPF:

> Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de:
>
> I. Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona;
> II. Ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales;
> III. Archivos públicos o notariales;
> IV. Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios, monumentos públicos y aquellos bienes que hayan sido declarados como patrimonio cultural; o
> V. Mieses o cultivos de cualquier género.

El CPDF se refiere al delito de daño a la propiedad genérico en su art. 239 de la manera siguiente: "Al que destruya o deteriore una cosa ajena o una propia en perjuicio de otro, se le impondrán las siguientes penas: [...]."

El tipo de daño a la propiedad específico se encuentra previsto en el art. 241:

> **Artículo 241.** Las penas previstas en el artículo 239 de este Código, se aumentarán en una mitad, cuando por incendio, inundación o explosión, dolosamente se cause daño a:
>
> I. Un edificio, vivienda o cuarto habitado;
> II. Ropas u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales;
> III. Archivos públicos o notariales;

IV. Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios, monumentos públicos y aquellos bienes que hayan sido declarados como patrimonio cultural; o
V. Mieses cultivos de cualquier género.
[...]

41.2 Sujetos y objetos

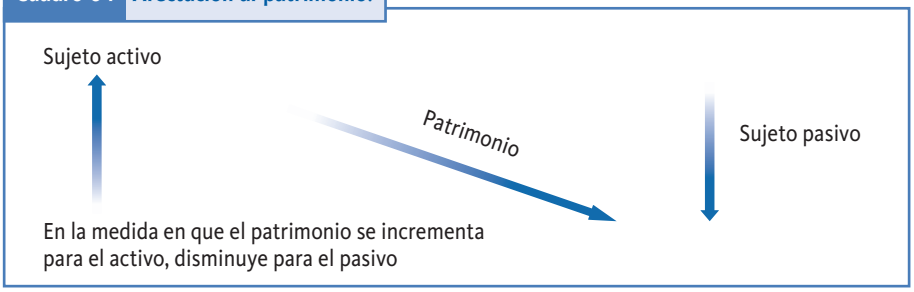
Sujetos

- Activo. Tanto en el tipo genérico como en el específico puede serlo cualquier persona física.
- Pasivo. Igualmente puede serlo cualquiera, esto es, tanto una persona física como una moral, incluso la nación (arts. 397, fraccs. III y IV, CPF, y 241, fraccs. III y IV, CPDF).

Objetos

- Material. Se refiere tanto al objeto o cosa mueble como al inmueble.
- Jurídico. Es el patrimonio. Cabe destacar una característica especial de este delito: el perjuicio patrimonial para el pasivo sin beneficio económico para el activo. Al inicio de esta sección se aclaró que en los delitos patrimoniales, en la medida en que hay disminución o perjuicio para el pasivo, se da un incremento o beneficio patrimonial para el activo, como se ilustra en el cuadro 64.

Cuadro 64 **Afectación al patrimonio.**



Este fenómeno, explicable en los demás delitos patrimoniales, no se presenta en el caso del daño en propiedad ajena. En él sólo hay menoscabo para el pasivo, pero no beneficio o incremento para el activo.

Lo anterior lleva a reflexionar en un elemento psicológico característico de este ilícito. El activo se contenta y satisface causando un daño patrimonial a otro, sin obtener más que un gozo o una emoción que lo deja satisfecho, como es el caso de quien raya un vehículo que se encuentra estacionado en la vía pública. Otro rasgo distintivo de este delito es el hecho de que es el único patrimonial que admite la forma culposa, como ya veremos.

41.3 Clasificación

Es un delito:

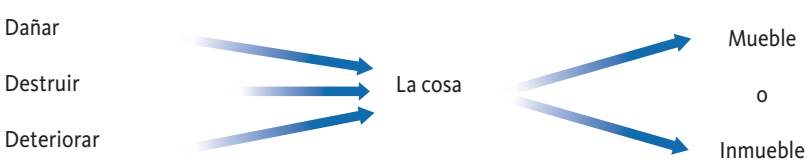
- Por la conducta: de acción u omisión.
- Por el número de actos: unisubsistente o plurisubsistente.
- Por el resultado: de lesión o peligro.
- Por el daño: de resultado material.
- Por su duración: instantáneo o continuado.
- Por el número de sujetos: monosubjetivo.
- Por su ordenación metodológica: fundamental o básico y especial.
- Por su autonomía: autónomo o independiente.
- Por su composición: anormal.

41.4 Conducta, formas y medios de ejecución

Conducta típica

En el tipo genérico de daños en el fuero federal, la conducta consiste en tres posibles formas, según puede observarse en el cuadro 65. En el fuero del Distrito Federal sólo existen dos formas: destrucción o deterioro, como hemos venido afirmando con anterioridad al surgimiento de este ordenamiento legal.

Cuadro 65 **Conducta típica.**



- Dañar. Consideramos innecesario repetir como definición la denominación del delito, debido a que no se debe definir algo empleando el propio término que se pretende definir.

  Dañar significa afectar la cosa, ya sea en forma total o parcial. Se trata de una noción amplia: se podría decir que *dañar* es el género y *destruir* y *deteriorar* son la especie. Por ejemplo, sumergir un reloj en agua causa daño.

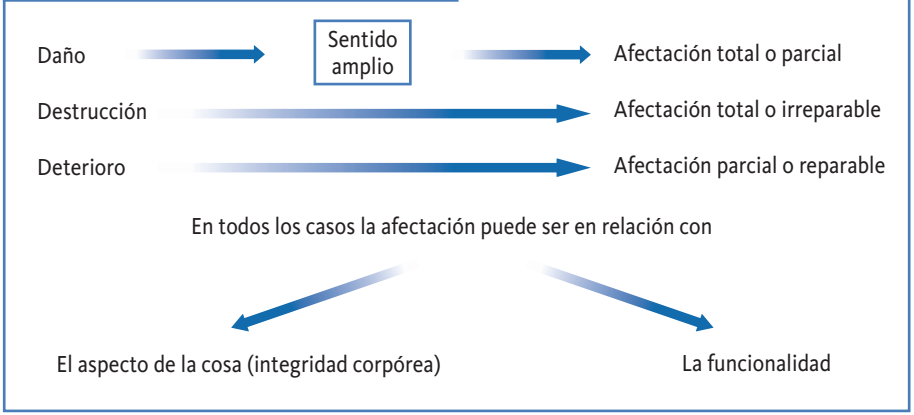
- Destruir. Se entiende como el daño o afectación total de la cosa; se destruye lo que pierde su integridad corpórea, lo que ya no es posible reparar. Por ejemplo, un automóvil que se incendia queda destruido.

- **Deteriorar.** Es un daño o afectación parcial o reparable. Equivale a una descompostura o alteración en la cosa, pero ésta puede volver a su estado anterior. Por ejemplo, se deteriora por el uso un libro que se desencuaderna.

Por cuanto hace al tipo especial, la conducta consiste en dañar o poner en peligro cualesquiera de los bienes indicados en las fraccs. I, II, III, IV y V del art. 397 del CPF y 241 del CPDF, también en sus cinco fracciones.

En este tipo suelen confundirse la conducta y sus medios ejecutivos, lo que constituye un error.

Cuadro 66 **Daño, destrucción y deterioro.**



Formas y medios de ejecución

El tipo genérico de daños no exige ningún medio comisivo, lo que se infiere de la expresión legal *por cualquier medio*. A esto sólo agregaremos que puede tratarse de un medio comisivo (acción) u omisivo (omisión). Este último es común en el cuidado de pieles finas: se produce tal delito cuando un cliente deja una piel para ser tratada y refrigerada durante un tiempo determinado, necesario para su conservación y buen estado; si el encargado no retira la piel de la refrigeración, por el simple transcurso del tiempo, la referida piel puede sufrir daños irreparables.

En lo que toca al delito especial de daños, la propia norma exige cualquiera de estos medios comisivos:

- Incendio.
- Inundación.
- Explosión.

El empleo de cualquier otro medio distinto de los señalados hará que la figura sea atípica de este delito (pudiendo ser típica respecto del tipo genérico).

Resultado típico

En el tipo genérico se causa daño, destrucción o deterioro a la cosa. En el específico se daña, o simplemente se coloca el bien en situación de peligro.

Para la integración de este delito basta poner en peligro la cosa: incendiarla, inundarla o hacerla explotar, aun cuando no se le cause ningún daño.

Ausencia de conducta

El aspecto negativo de la conducta es posible mediante *vis absoluta*, *vis maior*, hipnosis y sonambulismo.

41.5 Tipicidad

Se da cuando se presentan todos los elementos del tipo que describe la ley:

- sujeto (activo y pasivo)
- conducta típica
- medios ejecutivos
- resultado típico
- objetos material y jurídico.

(En cada caso, genérico y específico.)

Atipicidad

Se presenta cuando falta alguno de dichos elementos. Por ejemplo, cuando una persona usa o dispone de una cosa ajena mueble surge el abuso de confianza si se le ha transmitido previamente la tenencia: que la use, siempre que no la deteriore.

En el caso del tipo especial, cuando se emplea un medio distinto de los enumerados en la ley, la conducta será atípica, lo mismo sucede cuando el objeto material, sobre el cual recae el daño o peligro, no es alguno de los señalados en las cinco fracciones del precepto legal (arts. 397, CPF, y 241, CPDF).

41.6 Antijuridicidad

Dicho comportamiento es antijurídico, pues la ley tutela el patrimonio de las personas por medio de este tipo penal. Es antijurídico porque afecta el patrimonio de las personas.

Causas de justificación

Estimamos que es posible la existencia de algunos casos de causas de justificación; por ejemplo, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber y consentimiento del titular del bien jurídico. Es el caso del soldado que destruye sembradíos al quemar mariguana: no comete el delito de daños o, dicho de otra manera, su comportamiento no es antijurídico, aunque cause destrucción del objeto material.

Circunstancias modificadoras

- Atenuantes. No se trata propiamente de circunstancias atenuantes, pero el art. 62 del CPF prevé el delito de daños cuando es culposo, en cuyo caso la punibilidad se ve disminuida. Un ejemplo sería cuando el daño no sea mayor del equivalente a 100 veces el salario mínimo o por hechos de tránsito de vehículos.

  Los arts. 241, último párrafo, y 242 del CPDF también se refieren al delito culposo.

- Agravantes. Únicamente se da la forma agravada en el delito de daño en el tipo específico (arts. 397, CPF, 241 y 242, último párrafo, CPDF).

41.7 Culpabilidad

Dolo y culpa

Como se comentó, éste es el único delito patrimonial que admite la forma culposa o imprudencial. Basta pensar en los hechos de tránsito para tener los ejemplos más claros de dicho delito, o bien cuando por un actuar negligente se rompe algo en una tienda de cristales finos, etcétera.

Inculpabilidad

Puede darse por temor fundado, caso fortuito o por error esencial de hecho invencible.

41.8 Punibilidad

El art. 397 del CPF prevé una pena de cinco a 10 años de prisión y multa de 100 a 5 mil pesos; el art. 399 indica que se castigará con las sanciones del robo simple. Del mismo modo, el art. 239 del CPDF establece la punibilidad para el delito de daño a la propiedad genérico. El art. 240 alude al delito de daño a la propiedad culposo. El art. 241 cita el daño a la propiedad específico, que es agravado. El art. 242 hace referencia al delito de daño a la propiedad culposo con motivo del tránsito de vehículos.

Excusas absolutorias

No se presenta ninguna.

41.9 Consumación y tentativa

Consumación

Ocurre cuando la cosa se daña, destruye o deteriora, o bien, en el caso especial cuando la cosa se daña o es puesta en peligro.

Tentativa

Sí puede producirse. Pero en lo referente al tipo especial, sólo podrá presentarse cuando se trate del daño; en lo tocante al peligro, una vez que surge ya se ha consumado, por lo que resulta imposible su configuración en grado de tentativa.

41.10 Concurso de delitos

Ideal o formal

Puede presentarse. Al incendiar un vehículo donde se encuentra una persona dormida, surgen con la misma conducta dos resultados típicos diferentes: daños y homicidio, lesiones o aborto.

Real o material

También puede presentarse cuando con dos o más conductas se producen dos o más resultados típicos. Por ejemplo, cuando el asaltante, además de robar en un establecimiento, lesiona y causa daños a cosas que no se roba, siempre que tales daños no fueren necesarios para penetrar al lugar o para apoderarse de los objetos robados.

El art. 398 del CPF señala: "Si además de los daños directos resulta consumado algún otro delito, se aplicarán las reglas de acumulación."

41.11 Participación

Pueden presentarse todos los grados de la participación.

En banda o pandilla es común cometer este delito. Merecería un estudio especial el delito de daños cometido por grupos en ocasión de encuentros deportivos, sobre negociaciones y vehículos estacionados en la vía pública, así como pintar los muros, práctica esta tan frecuente en la ciudad que daña la propiedad ajena y, muchas veces, es realizada por menores de edad con toda impunidad.

41.12 Perseguibilidad o procedencia

Este delito siempre se persigue a petición de la parte ofendida, según lo disponen los arts. 399 *bis*, tercer párrafo, del CPF y 246 del CPDF.

Actividades

1. Elabore un cuadro sinóptico con todos los elementos del delito de daños, tanto el genérico como el específico del CPF.
2. Recorte, de revistas o periódicos, notas sobre este delito y reconstruya los elementos siguientes: sujetos, objeto material, medios de ejecución, resultado típico y demás circunstancias concretas que se presenten.
3. Escriba un ensayo breve sobre el tipo especial de daños, refiriéndose a cada una de las fracciones del art. 397 del CPF.

4. Proponga varios ejemplos de este delito, tanto en su forma dolosa como en la culposa.
5. Proponga un ejemplo donde se vea el concurso ideal de delitos.
6. Elabore un cuadro comparativo de este delito en los fueros federal y del Distrito Federal.

Autoevaluación

1. Mencione la noción legal de daños en ambos fueros.
2. Indique quiénes son los sujetos en este delito.
3. Explique cuáles son los medios de ejecución en el tipo especial.
4. ¿Pueden presentarse causas de justificación?
5. ¿Cómo se clasifica este delito?
6. ¿Cuál es el objeto material en el delito de daños?
7. ¿Cuál es el objeto jurídico en este ilícito?
8. Enuncie el objeto material en el tipo específico de daños en el fuero federal.
9. ¿Cómo se castiga el tipo de daños culposo con motivo del tránsito de vehículos?
10. ¿Existen agravantes en este tipo penal? En caso afirmativo, especifique.
11. ¿Puede ser culposo el delito de daño en propiedad ajena?
12. Distinga el tipo de daño a la propiedad especial y básico en el CPDF.

Epílogo

Informe estadístico delictivo en el Distrito Federal en el año 2011

La Dirección General de Política y Estadística Criminal, área adscrita directamente a la oficina del Procurador, tiene la responsabilidad estratégica de generar la información estadística delictiva que permite elaborar indicadores para la óptima instrumentación de políticas criminales.

1. Incidencia delictiva en el Distrito Federal *

Averiguaciones previas	2011	
	Total	Promedio diario (B)
1. Iniciadas (A)	203,398	557.3
1.1 Fuero común	185,476	508.2
1.1.1.a. Con violencia	56,378	154.5
1.1.1.b. Sin violencia	129,098	353.7
1.1.2.a. Alto impacto social	54,849	150.3
1.1.2.b. Bajo impacto social	130,627	357.9
1.2 Incompetencias y hechos no delictivos	17,922	49.1

Averiguaciones previas del fuero común de delitos de alto impacto social	2011	
	Total	Promedio diario (B)
	54,849	150.3
Homicidios dolosos	779	2.1
Violación	1,162	3.2
Secuestro	55	0.2
Robo de vehículo automotor	19,167	52.5
Robo a transeúnte en vía pública	16,801	46.0
Robo a cuentahabiente	1,381	3.8
Robo a casa habitación con violencia	834	2.3
Robo a transportista	352	1.0
Robo a repartidor	4,596	12.6
Robo al interior del Metro	406	1.1
Robo a bordo de taxi	1,038	2.8
Robo a bordo de microbús	2,059	5.6
Robo a negocio con violencia	4,993	13.7
Lesiones por disparo de arma de fuego	1,226	3.4

Incompetencias y hechos no delictivos (c)	2011	
	Total	Promedio diario (B)
	17,922	49.1
Delitos contra la salud	145	0.4
Denuncia de hechos	12,617	34.6
Pérdida de la vida	2,310	6.3
Otras incompetencias	2,850	7.8

Nota: la información se presenta con base en la fecha de inicio de la averiguación previa.

* Clasificación de acuerdo con el Catálogo Único de Delitos implementado por la DGPEC, con base en las averiguaciones previas iniciadas.

A) Incluye Fuero Común, Incompetencias y Hechos no Delictivos.
B) Se estima dividiendo el número total de delitos entre el total de días del mes.
C) Incluye Incompetencias de PGR, de otras entidades federativas y del Consejo de Menores.
Fuente: Agencias del Ministerio Público (SAP-INCOL-SUI).

Averiguaciones previas iniciadas por delitos de bajo impacto social	2011	
	Total	Promedio diario (B)
	130,627	357.88
Homicidios culposos	**749**	**2.05**
Delitos sexuales	**2,610**	**7.15**
Abuso sexual	2,437	6.68
Hostigamiento sexual	144	0.39
Estupro	29	0.08
Robos	**40,557**	**111.12**
Robo a transeúnte de celular C/V y S/V	3,786	10.37
Robo encontrándose la víctima en:	2,775	7.60
Interior de negocio	276	0.76
Interior de terminal de pasajeros	11	0.03
Interior de un hotel	13	0.04
Interior de restaurante	43	0.12
En parques o mercados	39	0.11
En cine	0	0.00
Conductor de vehículo	1,901	5.21
Conductor de taxi	492	1.35
Robo a casa habitación sin violencia	7,193	19.71
Robo a negocio sin violencia	8,239	22.57
Robo a pasajeros a bordo de otros transportes públicos	430	1.18
En Metrobús	132	0.36
En taxi S/V	75	0.21
En RTP, tren ligero y trolebús	223	0.61
Otros robos	18,134	49.68
Robo de accesorios de auto	2,833	7.76
De alhajas	82	0.22

(Continúa)

De animales	95	0.26
De arma	84	0.23
De dinero	912	2.50
De documentos	466	1.28
De fluidos	56	0.15
De interior de escuela	368	1.01
De objetos	9,316	25.52
De objetos en el interior de vehículo	3,145	8.62
De placas de vehículo	179	0.49
De vehículo de pedales	598	1.64
Lesiones	**16,449**	**45.07**
Dolosas	9,313	25.52
Culposas	7,136	19.55
Imprudenciales por tránsito vehicular	6,097	16.70
Otras culposas	1,039	2.85
Daño en propiedad ajena	**11,198**	**30.68**
Por tránsito vehicular	5,057	13.85
Al interior de casa habitación, negocio, vehículo u objeto	4,424	12.12
En bienes inmuebles, vías de comunicación u objetos	1,717	4.70
Fraude	**12,672**	**34.72**
Portación de armas prohibidas	**779**	**2.13**
Falsedad en declaraciones	**897**	**2.46**
Falsificación y uso de documento falso	**1,153**	**3.16**
Encubrimiento	**465**	**1.27**
Privación ilegal de la libertad	**720**	**1.97**
Tentativas	**2,126**	**5.82**
De extorsión	1,126	3.08
De fraude	26	0.07
De homicidio	48	0.13
De robo	657	1.80
De suicidio	45	0.12
De vehículo robado	177	0.48

2. Número de averiguaciones previas del fuero común por delegación

	Delegaciones	Año	2011
		Total	Promedio diario (A)
1	Iztapalapa	30,082	82.4
2	Cuauhtémoc	28,703	78.6
3	Gustavo A. Madero	21,116	57.9
4	Coyoacán	12,553	34.4
5	Benito Juárez	12,378	33.9
6	Venustiano Carranza	12,172	33.3
7	Miguel Hidalgo	11,858	32.5
8	Tlalpan	11,631	31.9

(Continúa)

9	Álvaro Obregón	11,505	31.5
19	Azcapotzalco	7,866	21.6
11	Iztacalco	7,747	21.2
12	Xochimilco	6,087	16.7
13	Tláhuac	4,709	12.9
14	Cuajimalpa	2,764	7.6
15	Magdalena Contreras	2,649	7.3
16	Milpa Alta	1,415	3.9
	Sin ubicar	241	0.7
	Distrito Federal	185,476	508.2

(A) Se estima dividiendo el número total de delitos entre los días del mes.

Fuente: Elaboración por la PGJDF-DGPEC con base en la información del Sistema de Averiguaciones Previas (SAP-SUI-INCOL), con población proyectada de 2000-2030 del CONAPO.

3. Variación del número de averiguaciones previas del fuero común por delegación (con respecto al año anterior por promedios diarios)

Año 2011
Variación porcentual respecto al año 2010 por promedios diarios

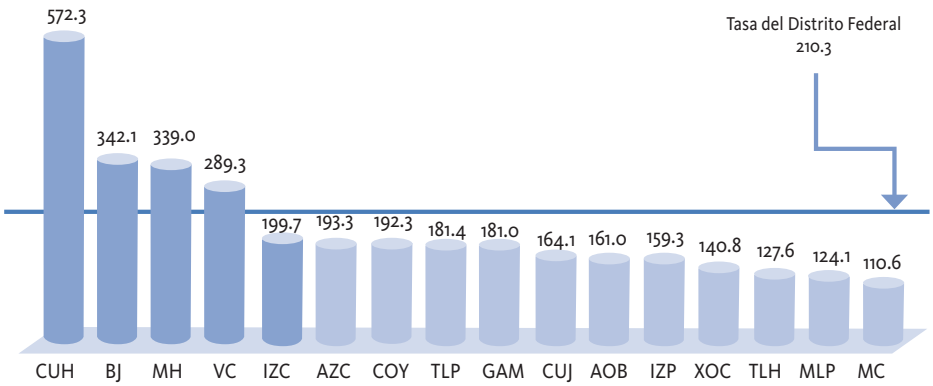
- Incremento > 10%
- Decremento < 0%
- Mantiene 0-10%



Analizando la variación de la incidencia delictiva en promedios diarios por delegación, se observa que en cuatro de ellas se mantuvo, en 11 se redujo y en una delegación se incrementó, respecto al año anterior.

4. Tasa delictiva por delegación

Tasa delictiva (número de averiguaciones previas por cada 10,000 habitantes) en el 2011



La tasa delictiva se refiere al número de delitos (medida por las averiguaciones previas iniciadas por cada 10,000 habitantes). No obstante, la delegación Iztapalapa ocupa el primer lugar con un alto número de averiguaciones previas iniciadas, como se muestra en el cuadro "Número de averiguaciones previas del fuero común por delegación", de acuerdo con este índice se ubica en el decimosegundo lugar. Lo anterior significa que en esta delegación se iniciaron 159 averiguaciones previas por cada 10,000 habitantes. Mientras que las delegaciones Benito Juárez y Miguel Hidalgo registraron, de acuerdo con este indicador, el segundo y tercer lugares, respectivamente, después de la delegación Cuauhtémoc.

Bibliografía

Amuchategui Requena, I. Griselda, *La legítima defensa y el derecho penal*. Antología, SUA-UNAM, México, 1989.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, *1917-1985,* México.

Arriola, Juan Federico, *La pena de muerte en México*, Trillas, México, 1989.

Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, Cajica, Puebla, 1957.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 1999.

Bradu, Fabienne, *Antonieta*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico universitario*, t. I, Heliasta, Buenos Aires, 2000.

Cárdenas, Raúl F., *Derecho penal mexicano del robo*, Porrúa, México, 1977.

Carnelutti, Francesco, *Teoría general del delito*, Argos, Cali, s. d.

Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penitenciario*. *Cárcel y penas en México*, Porrúa, México, 1974.

Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal anotado*, 21a. ed., Porrúa, México, 1998.

Casasola, Gustavo, *Seis siglos de historia gráfica de México*, t. IV, México, 1978.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 51a. ed., Porrúa, México, 2012.

Código Civil comentado, 2a. ed., t. I: De las personas, UNAM-Porrúa, México, 1989.

Colín Sánchez, Guillermo, *Así habla la delincuencia*, Porrúa, México, 1987.

Derechos Humanos de la Mujer, "La mutilación genital femenina: Hoja de datos", www.amnestyusa.org.

Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena, Sopena, Barcelona, 1977.

Diccionario jurídico mexicano, Porrúa-UNAM, México, 1988.

Durkheim, Emile, *El suicidio*, UNAM, México, 1983.

Enciclopedia de México, t. X, SEP, México, 1987.

Fernández Madrazo, Alberto, *Derecho penal*. *Teoría del delito*, UNAM, México, 1997.

Franco Guzmán, Ricardo, *La subjetividad en la ilicitud*, Cajica, México, 1959.

_____, "Comentarios al 'Proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada'", en *Criminalia*, México, septiembre-diciembre, 1995.
García García, Rodolfo, *Tratado sobre la tentativa. La tentativa del delito imposible*, t. I, Porrúa, México, 2003.
García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 49a. ed., Porrúa, México, 1998.
García Pelayo y Gross, Ramón, *Pequeño Larousse ilustrado*, 4a. ed., Larousse, México, 1980.
Gaytán, Carlos, *Diccionario mitológico*, Diana, México, 1986.
González Blanco, Alberto, *Delitos sexuales*, 4a. ed., Porrúa, México, 1979.
González de la Vega, Francisco, *Código Penal comentado*, Porrúa, México, 1997.
_____, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1983.
González Porto-Bompiani, *Diccionario Bompiani de autores literarios*, t. II, Planeta-Agostini, Barcelona, 1987.
Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 5a. ed., Porrúa, México, 1995.
Hernández Islas, Juan Andrés, *Mitos y realidades de la teoría del delito*, Porrúa, México, 2011.
Ibarrola, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, 7a. ed., Porrúa, México, 1991.
Instrumentos de tortura desde la Edad Media a la época industrial. Guía bilingüe de la exposición, Florencia, Italia, 2000.
Irving, David, *La guerra de Hitler*, Planeta, Barcelona, 1990.
Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 10a. ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1980.
Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1979.
Jiménez Sánchez, Francisco Fernando, *Estudio dogmático sobre estupefacientes y psicotrópicos*, UNAM, México, 1987.
Kvitko, Luis Alberto, *La violación. Peritación medicolegal de las presuntas víctimas del delito*, Trillas, México, 1986.
Lewis, John, *Antropología simplificada*, trad. Manuel de la Escalera, Sayrols, México, 1984.
Liddell Hart, B. H., *Mariscal Rommel. Memorias. Los años de derrota*, Editora Latinoamericana, México, 1957.
Lima Malvido, María de la Luz, *Ensayos de derecho penal y criminología. Senilidad y criminología*, Porrúa, México, 1985.
Lombroso, Cesare, *L'Uomo Delinquente*, Fratelli Bocca, Turín, s. d.
López Betancourt, Eduardo, *Imputabilidad y culpabilidad*, Porrúa, México, 1993.
_____, *Delitos en particular*, Porrúa, México, 1994.
Ludwing, Emil, *Cleopatra*, Publilibros La Prensa, núm. 43, México, 1960.

Maldonado Aguirre, Alejandro, *El delito y el arte*, UNAM, México, 1994.
Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1997.
Marchiori, Hilda, *El suicidio*. *Enfoque criminológico*, Porrúa, México, 1998.
Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal*. *Parte general*, 4a. ed., Trillas, México, 1999.
_____, *El tipo penal*, UNAM, México, 1995.
Martínez Roaro, Marcela, *Delitos sexuales*, 4a. ed., Porrúa, México, 1991.
McCary, James Leslie *et al*., *Sexualidad humana*, 5a. ed., El Manual Moderno, México, 1996.
Mezger, Edmund, *Derecho penal*, Cárdenas Editores, México, 1985.
Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1997.
Nácar Fuster, Eloino y Alberto Colunga Coeto, *Sagrada Biblia* (*Biblioteca de autores cristianos*), Editorial Católica, Madrid, 1968.
Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho de ejecución de penas*, Porrúa, México, 1985.
Osorio y Nieto, César Augusto, *Síntesis de derecho penal*. *Parte general*, 2a. ed., Trillas, México, 1986.
_____, *Delitos federales*, 9a. ed., Porrúa, México, 2011.
_____, *La averiguación previa*, 9a. ed., Porrúa, México, 1998.
Palacios Vargas, J. Ramón, *La tentativa*, Cárdenas Editores, México, 1979.
Pavón Vasconcelos, Francisco, *La causalidad en el delito*, 4a. ed., Porrúa, México, 1993.
_____, *Diccionario de derecho penal*, Porrúa, México, 1998.
_____, *Lecciones de derecho penal*, Porrúa, México, 1985.
_____, *Imputabilidad e inimputabilidad*, 2a. ed., Porrúa, México, 1989.
_____ y G. López Vargas, *Los delitos contra la vida y la integridad corporal*, 5a. ed., Porrúa, México, 1987.
Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho mexicano*, Oxford University Press, México, 2003.
Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos a la Parte General de Derecho Penal*, 16a. ed., Porrúa, México, 1998.
_____, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, 11a. ed., Porrúa, México, 1998.
_____, *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*, Porrúa, México, 1980.
_____, *Robo simple*, Porrúa, México, 1984.
Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina forense*, 7a. ed., Porrúa, México, 1993.
Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 20a. ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1984.
Requisitoria del Ministerio Público y alegatos de los defensores en el jurado de José de León Toral y Concepción Acevedo y de la Llata, reos del

delito de homicidio proditorio, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1928.
Rodríguez Manzanera, Luis *et al*., *Víctimas del delito de violación en el Distrito Federal*, Ponencia en el Tercer Congreso Nacional de Criminología, San Luis Potosí, México, 1989.
Rodríguez Manzanera, Luis, *Manual de criminología*, t. II, "Penología", SUA, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1979.
_____, *Criminología*, 25a. ed., Porrúa, México, 2011.
_____, *Penología*, Porrúa, México, 2003.
Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 1996.
Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 5a. ed., Porrúa, México, 2003.
Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Anales de jurisprudencia*, t. I, México.
Vela Treviño, Sergio, *Antijuridicidad y justificación*, 3a. ed., Trillas, México, 1990.
_____, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, Trillas, México, 1985.
Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, 3a. ed., Porrúa, México, 1975.
Villarreal Palos, Arturo, *Culpabilidad y pena*, Porrúa, México, 1994.
Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, Cárdenas Editores, México, 1986.
Zdravomislov Schneider, Kelina Raskovskaia, *Derecho penal soviético. Parte general*, Temis, Santafé de Bogotá, 1970.
Zorrilla, José, *Don Juan Tenorio*, 7a. ed., Sopena, Buenos Aires, 1962.

Índice analítico

A

Abandono de atropellados, 299
  clasificación, 299-300
  conducta típica, 300
  doloso, 301
  participación, 302
  punibilidad, 301
  tipicidad, 300-301
Abandono de hogar. *Véase* Abandono de cónyuge, hijos, o ambos
Abandono de personas, 291, 294
  antijuridicidad, 296
  culpabilidad, 296
  objetos, 293
  perseguibilidad, 297
  resultado del, 297
  sujetos, 292-293
  tipicidad, 295
Abandono de cónyuge, hijos, o ambos, 304
  antijuridicidad, 307
  clasificación, 305
  perseguibilidad, 309
  punibilidad, 308
  tipicidad, 307
Aberratio
  ictus, 99
  in delicti, 100
  in persona, 100
Abolicionismo penal, 145
Aborto, 195
  antijuridicidad, 200
  atipicidad, 200
  clasificación, 197, 203*c*[*]
  concurso de delitos, 210
  conducta típica, 198
  consentido, 197, 203
  consumación, 210
  culposo o imprudencial, 201, 207
  doloso, 201
  e infanticidio, diferencias, 222*c*
  eugenésico, 207, 208
  excusas absolutorias, 202
  genérico, 202
  honoris causa, 208-209
  medios de ejecución, 199
  nexo causal, 199
  objetos, 196
  pena adicional, 202
  por inseminación no consentida, 208
  por violación, 206
  procurado, 197, 202
  punibilidad, 201
  sufrido, 198, 204
    con violencia, 204
    sin violencia, 204
  sujetos, 196
  tentativa, 210
  terapéutico, 83, 201, 204
  tipicidad, 200
Abuso de confianza, 461, 470*c*, 501
  antijuridicidad, 468-469
  clasificación, 462
  con perjuicio de alguien, 464
  consumación, 470
  doloso, 469
  perseguibilidad, 471
  presupuesto básico, 462

[*] La *c* indica que el término se encuentra en un cuadro.

propiedad, 463
punibilidad, 469
tentativa, 470
tipicidad, 465
y robo, 471*c*
Abuso sexual, 350
agravantes, 357
antijuridicidad, 356
clasificación, 353
conducta típica, 353
culpabilidad, 358
objetos, 352
perseguibilidad, 360
punibilidad, 359
sujetos, 351-352
tipicidad, 356
y privación de libertad, 411
y violación, 401
Acción, 56
elementos de la, 56
penal, 136
social, 142
Acciones *liberae in causa*, 89
Acoso sexual, 338-349
Acto(s)
carnal, 163
reflejos, 60
sexual, 353-354
Adulterio
antijuridicidad, 430
clasificación, 428
concepto, 427
consumación, 431
culpabilidad, 430
en los aztecas y mayas, 425
noción legal, 426
objetos, 428
perdón del ofendido por, 432
perseguibilidad, 431-432
punibilidad, 430
sujetos, 427
tipicidad, 429
Agente. *Véase* Sujeto activo del delito
Agresión, 79
Ahorcamiento, 171
Alevosía, 175
características de la, 178*c*
elementos de la, 176*c*
naturaleza de la, 176
Algomanía, 386
Ambisexualidad, 388
Ámbitos de validez de la ley penal, 35*c*
espacial, 30
federal, 29
militar, 29
orden común, 29
personal, 31
temporal, 30
Amenaza, 495
Amnistía, 137
Antijuridicidad, 75
formal, 76
material, 76
Antropología, 16
Antropometría, 117
Aplicación de la ley penal, 28, 28*c*
analógica, 28
Arbitrio judicial, 106
Asfixia, 171
Asociación, 119
delictuosa, 121
Aspectos negativos del delito, 50
Ataque peligroso, 288
conducta, 288
medios de ejecución, 288
punibilidad, 289
Atentado al pudor. *Véase* Abuso sexual
Atipicidad, 72
Ausencia
de condicionalidad objetiva, 109
de tipo, 6
Autor
intelectual, 118
material, 118
Autoría, 118
mediata, 119

Aztecas
adulterio en los, 425
derecho penal en los, 9

B

Bascomanía, 389
Beccaria, *Cesare*, 4
Biología, 17
y química forenses, 117
Bombas, 170
Brutal ferocidad, 174

C

Caso fortuito, 102
Castidad, 364
Castigo, 105
Causalismo, 141
Chivo expiatorio, 112
Cicatriz, 268
Cifra negra, 40
Circunstancias
agravantes, 106, 166, 175
atenuantes o privilegiadas, 106
Cleopatra, 187
Clismafilia, 390
Coacción, 119
Coautoría, 119
Cópula, 367, 381-382
Código Penal
Federal, 13, 22
para el Distrito Federal, 13, 22
Comisión
de un delito distinto del convenido, 120
por omisión, 58, 65
Complicidad, 119
Concurso
de delitos, 44*c*
ideal o formal, 43
real o material, 43
de personas, 118
Condena condicional, 134
Condiciones objetivas de punibilidad. *Véase* Condicionalidad objetiva
Condicionalidad objetiva, 108
ausencia de, 109
Conducta, 55
ausencia de, 59
inexigibilidad de otra, 101
lugar de la, 58
tiempo de la, 59
Conmutación de la pena, 135
Consejo, 119
Consentimiento, 78
del titular del bien jurídico, 85
Constitución de 1824, 12
Consumación, 46
Contagio venéreo, 170
Contusión, 258
Coprofagia, 390
Criminal. *Véase* Sujeto activo del delito
Criminalística, 17, 117
Criminología, 18
Cuerpo del delito, 49
Culpa, 96
configuración de la, 98*c*
consciente, 97
elementos de la, 96
inconsciente, 97
Culpabilidad, 94
naturaleza de la, 94
Cumplimiento de un deber, 85
putativo, 101

D

Daño, 504-505*c*
Daño en propiedad ajena, 501
agravantes, 507
antijuridicidad, 506
atenuantes, 507
clasificación, 504
dolo en propiedad ajena y culpa, 507
objetos, 503
participación, 508
perseguibilidad, 508

sujetos, 503
tipicidad, 506
Deformidad incorregible, 272
Deliberación, 44
Delincuencia
organizada, 122
profesional, 116
Delincuente, 111. *Véase también* Sujeto activo del delito
diversas denominaciones de, 113-114*c*
identificación del, 117
muerte del, 137
nato, teoría del, 114
Delito(s)
acumulativo, 70
alternativo, 70
amplio, 70
anormal, 70
autónomo, 70
básico, 69
casuístico, 70
complejo, 66
complementado, 69
común, 69
concurso de, 44*c*
ideal o formal, 43
real o material, 43
continuado, 67
contra el derecho internacional, 69
contra la libertad sexual, 336
contra la salud pública, 279
corrientes y elementos del, 49*c*
cuerpo del, 49
culposo(s), 66
punibilidad en los, 97
de acción, 65
de daño o lesión, 65
de las muchedumbres. *Véase* Muchedumbre delincuente
de peligro, 65
contra la vida y la integridad corporal, 335*c*
de omisión, 65
de tránsito. *Véase* Robo de uso
dependiente, 70
desarrollo del, 43, 47*c*
descriptivo, 70
doloso, 66. *Véase también* Dolo
elementos, 48, 53*c*
aspectos negativos del, 50*c*
emergente, 120
especial, 69
federal(es), 22, 69
formal, 66
frustrado. *Véase* Tentativa acabada
imaginario. *Véase* Delito putativo
imposible, 46
imprudencial. *Véase* Delito culposo
instantáneo, 67
con efectos permanentes, 67
instrumento del, 41
intencional. *Véase* Dolo, Delito doloso
intentado. *Véase* Tentativa inacabada
material o de resultado, 66
militar, 69
multitudinario. *Véase* Muchedumbre delincuente
noción
jurídico-formal, 48
jurídico-sustancial, 48
normal, 70
normativo, 70
objeto
jurídico del, 41, 52*c*
material del, 41, 52*c*
patrimoniales, 434
permanente, 67
perseguibles
de oficio, 68
por querella, 68
plurisubjetivo, 67, 118
plurisubsistente, 67
político, 69

por ejecución del acto sexual, 355*c*
por el bien jurídicamente protegido, 69
preterintencional, 66, 97
punibilidad, 98
putativo, 46
que pueden revestir la forma culposa, 98
simple, 66
subjetivo, 72
unisubjetivo, 67
unisubsistente, 67
y artículos sobre tipos de sujeto, 52*c*
Depositario infiel, 466
Derecho(s)
administrativo, 16
agrario, 16
civil, 15
constitucional, 15
del trabajo, 16
fiscal, 16
humanos, 16-18
internacional, 16
mercantil, 15
precortesiano, 9
procesal, 15
romano, 15
Derecho penal
adjetivo, 14
del enemigo, 143
en los aztecas, 9
en los mayas, 11
escuela(s) del, 10*c*
clásica, 5
positiva, 6
sociológica, 8
técnico-jurídica, 8
etapa científica, 5
etapa humanitaria, 4
evolución, 2, 3*c*
indígena, 145
islámico, 127
material. *Véase* Derecho penal subjetivo
noción, 13
objetivo, 13
procesal. *Véase* Derecho penal adjetivo
relaciones con otras ramas del derecho, 19*c*
subjetivo, 14
sustantivo, 14
tercera escuela del, 8
Desarrollo
del delito *iter criminis*, 43-44
intelectual retardado, 91
Desistimiento, 46
Despojo, 491, 501
agravantes, 497
antijuridicidad, 496
clasificación, 493
conducta típica, 493
de aguas, 495
doloso, 497
objetos, 493
perseguibilidad, 499
punibilidad, 497-498
sujetos, 492
tipicidad, 496
Destrucción, 504-505*c*
Detentación, 463
Deterioro, 504-505*c*
Determinación. *Véase* Provocación
Dislocación, 258
Disparo de arma de fuego, 280
atipicidad, 282
circunstancias modificadoras, 282-283
clasificación, 281
culpabilidad, 283
perseguibilidad, 285
punibilidad, 284
tipicidad, 282
Docimasia, 216
gastrointestinal, 216

pulmonar
hidrostática, 216
histológica, 216
radiológica, 216
Dolo, 95. *Véase* también Delito doloso
directo, 95
específico, 96
genérico, 96
indeterminado, 96
indirecto, 95
Domicilio conyugal, 430
Droga, 172
Duelo, 160

E

Ejecución
de penas, 135
del delito, 45
Ejercicio de un derecho, 84, 101
Emoción violenta, 166
Enajenación mental, 272-273
Encubrimiento, 119
de otro delito, 119
por receptación, 120
Enervantes, 171
Enfermedad segura o probablemente incurable, 271
Engaño, 368, 409, 475, 494
Eonismo, 387
Época
colonial, 12
independiente, 12
Erotomanía, 390
Error, 99
accidental, 99
de derecho, 99
de hecho, 99
de prohibición, 100
de tipo, 100
esencial, 99
invencible, 99
Escoriación, 258
Escuelas jurídico-penales
clásica, 5
eclécticas, 8
positiva, 6
sociológica, 8
técnico-jurídica, 8
Estado de necesidad, 82
elementos, 82
putativo, 101
Estrangulación, 171
Estupro, 362, 372*c*
antijuridicidad, 369
clasificación, 366-367
culpabilidad, 369
e incesto, 423
objetos, 366
perseguibilidad, 371
punibilidad, 370
sujetos, 363
tipicidad, 368-369*c*
y privación de libertad, 411
y violación, 401
Eutanasia, 159
Excusas absolutorias, 107
por culpa o imprudencia, 107
por ejercicio de un derecho, 107
por estado de necesidad, 107
por innecesariedad de la pena, 108
por no exigibilidad de otra conducta, 108
por temibilidad mínima, 107
Exhibicionismo, 387
Eximentes
putativas, 100
supralegales, 77
Expansionismo penal, 145
Explosivo, 170
Expulsión, 31
Extensionismo, 145
Extinción penal, 136
Extradición, 31
activa, 31
de paso a tránsito, 31
espontánea, 31

pasiva, 31
voluntaria, 31

F

Fármaco, 171
Feminicidio, 235-243
Fetichismo, 389
Filosofía, 16
Finalismo, 142
Fluctuación, 390
Fractura, 258
Fraude genérico, 474, 501
antijuridicidad, 483
clasificación, 475
conducta típica, 475
culpabilidad, 486
culposo, 486
perseguibilidad, 487
punibilidad, 486
tipicidad, 476
Fraudes específicos, 483, 483*c*, 485
Froteurismo, 386
Fuente, 24
Fuentes del derecho penal, 24
formales, 24
históricas, 24
reales, 24
Fuenteovejuna, 32
Funcionalismo, 143
Furtividad, 495

G

Gerontofilia, 389

H

Habitualidad, 116
Herida, 258
Hipnosis, 60
Hitler, *Adolfo*, 187
Homicidio, 150
antijuridicidad, 156
atipicidad, 156
ausencia de conducta, 156
causas de justificación, 157
circunstancias atenuantes, 158
clasificación, 152
concurso
ideal, 182
real, 182
conducta típica, 153
consentido, 158
consumación, 181
en riña o duelo, 160
inculpabilidad, 180
intencional o doloso, 180
medios de ejecución, 163
nexo de causalidad, 154
no intencional o culposo, 180
objetos, 151-152
participación, 182
penalidad, 181*c*
perseguibilidad, 182
por corrupción del descendiente, 164
por infidelidad conyugal, 161
preterintencional, 180
resultado típico, 154
sujetos, 151
tentativa, 181
tipicidad, 156
y suicidio, 190*c*
Homicidio en razón del parentesco o relación, 225
agravantes, 230
antijuridicidad, 230
atipicidad, 229
clasificación, 227
doloso o intencional, 231
no intencional, 231
objetos, 226
preterintencional, 231
punibilidad, 231
sujetos, 226
tipicidad, 228
Homosexualidad, 387
Honestidad, 365
Hostigamiento (acoso) sexual, 338

antijuridicidad, 344
concurso de delitos, 347
conducta típica, 339
consumación, 346
culpabilidad, 345
elementos típicos en el, 342*c*, 344*c*, 376*c*
objetos, 340
participación, 347
sujetos, 339
tentativa, 346
tipicidad, 343
Howard, John, 4

I

Ideación, 44
Ignorancia, 99
de la ley penal, 28, 28*c*
Igualdad de todos ante la ley, 31
excepciones en el derecho
internacional, 32
interno, 32
Impotencia
coeundi, 272
generandi, 272
Imputabilidad, 89, 319
Incapacidad permanente para trabajar, 272
Incendio, 169
Incesto, 391, 415
clasificación, 418-419
culpabilidad, 421
objetos, 417
punibilidad, 422
sujetos, 416-417
tipicidad, 420
y estupro, 423
y violación, 401, 423
Inculpabilidad, 98
Indeterminación de la pena, 134
Individualización de la pena, 134
Indulto, 137
Infanticidio, 213
atenuantes, 219
atipicidad, 218
clasificación, 217
consumación, 220
doloso intencional, 219-220
genérico, 220
honoris causa, 220
medios de ejecución, 217
objetos, 216
perseguibilidad, 221
sujetos, 214
tipicidad, 218
y aborto, diferencias, 222*c*
Inimputabilidad, 90
aspectos de la, 90*c*
Inmueble ajeno, ocupación de, 494
Instigación, 119
Instrumento del delito, 41
Interés preponderante, 78
Interpretación de la ley penal, 25
analógica, 27
auténtica, 25
clasificación, 28*c*
declarativa, 27
doctrinal, 25
evolutiva, 27
extensiva, 27
gramatical, 26
histórica, 25
judicial, 25
lógica, 26
restrictiva, 27
sistemática, 26
Inundación, 169
Iter criminis, 44
fase
externa, 45
interna, 44
Ius puniendi, 125

J

Justificación, causas de, 78

L

Legítima defensa, 78
  elementos de la, 79
  putativa, 101
  real contra la legítima defensa putativa, 101
  recíproca, 81, 101
  y riña, 81
Lesbianismo, 388
Lesión(es), 258
  agravantes, 264
  antijuridicidad, 264
  atenuantes, 264
  atipicidad, 263
  características, 274
  causadas por algún animal bravío, 262
  clasificación, 266*c*, 270*c*
  culposas, 274
  daño en las, 259*c*
  en órganos, 270
  graves, 267
    en el rostro, 268-269
  gravísimas, 271
    con pena mayor, 272
  leves, 267
  levísimas, 266, 276
  mortal, 155
  objetos, 261
  perseguibilidad, 276
  por hechos de tránsito, 276
  post mortem, 274
  punibilidad, 275
  sujetos, 259
  tipicidad, 263
  y privación de libertad, 412
Ley del talión, 3
Ley penal, 22
  ámbitos de validez de la, 29-35
  aplicación, 28, 28*c*
  ignorancia, 28, 28*c*
  interpretación, 25-27
Libertad
  preparatoria, 134
  provisional mediante caución, 134
  sexual, 380-381
    delitos contra la, 336
Liszt, *Franz von*, 8, 141
Lombroso, *Cesare*, 114

M

Mandato, 119
Manifestación, 45
Martínez de Bejarano, *Guadalupe*, 174
Masoquismo, 386
Masturbación, 386
Maximalismo, 145
Mayas
  adulterio en los, 425
  derecho penal en los, 11
Medicina forense, 17
Medidas de seguridad, 136
Miedo grave, 91
Minas, 170
Minimalismo, 144
Minoría de edad, 91
Modelo lógico-matemático, 142
Montes de Oca, *Fernando*, 187
Motivos depravados, 174
Muchedumbre delincuente, 121
Muerte del delincuente, 137

N

Narcisismo, 390
Necrofilia, 388
Nexo de causalidad, 56, 154
Ninfomanía, 390
Niño incapaz de cuidarse a sí mismo, 292
Nudismo, 387

O

Obediencia jerárquica, 86
Objeto(s) del delito, 41, 42*c*
  jurídico, 41

material, 41
Obscenidad, 389
Ocasionalidad, 116
Ofendido. *Véase* Sujeto pasivo del delito
Ojo, inutilización o pérdida, 271
Omisión, 58
elementos de la, 58
impropia, 58
simple o propia, 58, 65
Omisión de auxilio, 322
antijuridicidad, 324
clasificación, 322-323
culpabilidad, 324
perseguibilidad, 325
tipicidad, 324
Omisión de cuidado, 317
antijuridicidad, 319
clasificación, 318
tipicidad, 319
Omisión de socorro, 311
antijuridicidad, 314
conducta típica, 312
perseguibilidad, 315
punibilidad, 314
tipicidad, 313
Onanismo, 386
Orden, 119
Órgano, 270
perjuicio a un, 272

P

Paidofilia, 388
Pandilla, 121
Parentesco, tipos de, 226
Parricidio, 225
agravantes, 230
antijuridicidad, 230
atenuantes, 230
atipicidad, 229
culpa, 231
dolo, 231
elemento típico, 229
impropio, 227
inculpabilidad, 231
objetos, 227
participación, 232
preterintencional, 231
procedencia, 233
propio, 227
punibilidad, 231
sujetos, 226
tipicidad, 228
Participación, 118
en el suicidio, 189
grados de, 118
Patrimonio, 436
afectación al, 454*c*
Peligro
efectivo, 65, 279
presunto, 65, 279
Peligro de contagio, 326
antijuridicidad, 330
atipicidad, 330
clasificación, 328
concurso de delitos, 332
conducta típica, 328
culpabilidad, 331
objetos, 327
punibilidad, 331
sujetos, 327
tipicidad, 329
Pena, 105, 125
accesoria, 128
capital, 130-131
características, 127
clasificación de la, 129*c*
complementaria, 128
conmutación de la, 135
corporal, 132
correctiva, 130
de muerte. *Véase* Pena capital
ejecución de, 135
eliminatoria, 130
en efigie, 112
fines de la, 128
indeterminación de la, 134

individualización de la, 134
infamante, 133
innecesariedad de la, 137
intimidatoria, 130
irreversible, 128
laboral, 133
noción, 125
pecuniaria, 133
principal, 128
privativa de la libertad, 134
reversible, 128
sustitución de la, 135
variación de la, 106
Pérdida
de la vista, 273
de las funciones sexuales, 273
del habla, 273
Perdón, 137
Perversiones sexuales, 392*c*
Política criminológica, 19
Pornografía, 389
Posesión, 463
Premeditación, 166
presunciones legales de, 168
teorías de la, 167-168
Preparación, 45
Prescripción, 137
Preterintención, 97
Primodelincuencia, 116
Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (rapto), 406, 413*c*
antijuridicidad, 410
clasificación, 408
dolosa, 410
perseguibilidad, 412
por aprehensión, 408
por retención, 408
punibilidad, 411
reparación del daño, 412
tipicidad, 409
y abuso sexual, 411
y estupro, 412
y lesiones, 412
y violación, 401, 412
Proditorio. *Véase* Traición
Promiscuidad, 390
Prostitución, 390
Provocación, 119
Psicología, 17
Psiquiatría, 17
Punibilidad, 98, 104
justificación de la, 98
Punición, 104

Q

Quemadura, 258
Química, 17
y biología forenses, 117

R

Rapto. *Véase* Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales
Reacción social, 127
Readaptación, 138
Reconocimiento de inocencia, 137
Reduccionismo penal, 144
Rehabilitación, 138
Reincidencia, 116
específica, 116
genérica, 116
Repulsa, 79
Resolución, 45
Respiración de tipo anormal, 171
Resultado, 56
Retrato hablado, 117
Retribución dada o prometida, 172
Riña, 160
y legítima defensa, 81, 160
Rivas Mercado, *Antonieta*, 187
Robo, 435, 458*c*, 501
agravantes, 450
antijuridicidad, 448
atipicidad, 446
clasificación, 443
conducta típica, 443
consumación, 456

culpabilidad, 454
de indigente o de famélico, 83, 448
de uso, 450
entre ascendientes y descendientes, 440
entre concubina y concubinario, 440
entre cónyuges, 439
entre copropietarios, 437-438
entre socios, 437
excusas absolutorias, 455
objetos, 440
perseguibilidad, 457
por estado de necesidad, 448
por retención, 444
por sustracción, 444
punibilidad, 454
tentativa, 456
tipicidad, 445
violencia en el, 451*c*
y abuso de confianza, 471*c*
Rommel, *Erwin*, 187
Roxin,Claus, 143

S

Sadismo, 386
Sadomasoquismo, 387
Saliromanía, 389
Sanción, 105
Satanismo, 391
Satiriasis, 390
Secta criminal, 122
Sistemas
antropométrico, 117
dactiloscópico, 117
de identificación, 117
Sistemas de justicia de los pueblos indígenas, 146
Sistemas doctrinales, 141
acción social, 142
causalismo, 141
derecho penal del enemigo, 143
Freindstrafrecht, 143
derecho penal indígena, 145
sistemas de justicia de los pueblos indígenas, 146
usos y costumbres, 145-146
finalismo, 142
funcionalismo, 143
modelo lógico-matemático, 142
tendencias contemporáneas, 144-145
abolicionismo penal, 145
extensionismo, 145
maximalismo, 145
minimalismo, 144
Sociología, 17
Sodomía, 388
Sofocación, 171
Sonambulismo y sueño, 60
Sueño y sonambulismo, 60
Suicidio, 185-186
antijuridicidad, 192
auxilio, 190
ante el derecho, 188
culpabilidad, 193
en la literatura universal, 188
en la mitología griega, 186
en la ópera, 188
inducción, 189
objetos, 192
participación en el, 189
sujetos, 192
tipicidad en el, 192
y homicidio, 190*c*
Sujeto
activo del delito, 39. *Véase también* Delincuente
pasivo del delito, 39
Supresión del tipo penal, 137
Sustancias nocivas a la salud, 170
Sustitución de la pena, 135

T

Temor fundado, 101
Tendencias relacionadas con el delito, 141
Tenencia, 463

Tenorio, Don Juan, 395
Tentativa, 45
  acabada, 46
  inacabada, 46
  punible, 45
Teoría(s)
  cronológica, 167
  de la accesoriedad, 118
  de la adecuación, 57
  de la autonomía, 118
  de la causalidad, 118
  de la condición más eficaz, 57
  de la defensa disminuida, 167
  de la equivalencia de las condiciones, 57
  de la motivación depravada, 168
  de la última condición, 57
  de naturaleza objetiva, 167
  del delincuente nato, 114
  ideológica, 168
  psicológica, 168
  sobre la premeditación, 167*c*
Tercera escuela, 8
Tipicidad, 64
  principios de la, 64
Tipos, clasificación, 64, 71*c*, 72
Tormento, 172-173
Tortura, 173
Traición, 177
Transexualismo, 387
Transgenerismo, 388
Trastorno mental, 90
Travestismo, 387
Tribunal del Santo Oficio, 12
Troilismo, 387

U

Ultraintención. *Véase* Preterintención
Unión ilegítima, 209
Urodipsomanía, 389
Usos y costumbres, 145
Uxoricidio, 161*n*

V

Vampirismo, 389
Venenos, 170
Venganza, 2
  familiar, 3
  privada, 3
  pública, 3
Ventaja, 176
  características de la, 178*c*
Víctima. *Véase* Sujeto pasivo del delito
Victimología, 40
Violación, 374, 403*c*
  agravada, 393
  agravantes, 397
  antijuridicidad, 397
  atipicidad, 396
  clasificación, 381
  cometida por un funcionario o empleado público o profesional, 394, 398
  conducta típica, 381
  datos estadísticos, 404
  de animales, 380
  de cadáveres, 379
  de objetos, 380
  de prostitutas, 379
  definición, 391
  dolosa, 399
  e incesto, 401
  entre concubinos, 378
  entre cónyuges, 378
  entre parientes, 394, 397
  equiparada, 393
    con violencia, 394, 398
  exámenes a realizar en caso de, 383-384
  fraudulenta, 393
  ficta, 376, 398
  objetos, 380
  penalidades, 399
  perseguibilidad, 402
  punibilidad accesoria, 398

propia o genérica, 393
reparación del daño, 402
sujetos, 375
tentativa, 400
tipicidad, 396
tumultuaria, 393,397
y abuso sexual, 401
y estupro, 401, 423
y privación de la libertad, 401, 412
Violencia
definición, 383, 495
física, 383, 409
moral, 383, 409
Violencia familiar, 244
atipicidad, 252
clasificación, 249
conducta típica, 249
formas y medios de ejecución, 251
intencional, 252
objetos, 248
perseguibilidad, 254
punibilidad, 253
sujetos, 246
tipicidad, 252
Virginidad, 365
Vis
absoluta, 59
maior, 60
Voluntad, 56
Voyeurismo, 387