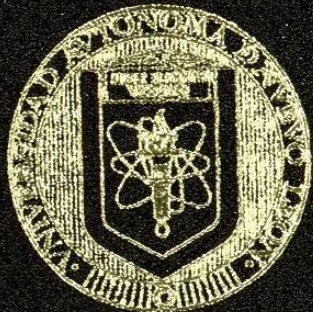


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



EL MALTRATO AL MENOR A LA LUZ
DEL DERECHO PENAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

PRESENTA:

BLANCA SUSANA LOPEZ RUEDA

CD. UNIVERSITARIA

MARZO DEL 2003



1020148842

TM

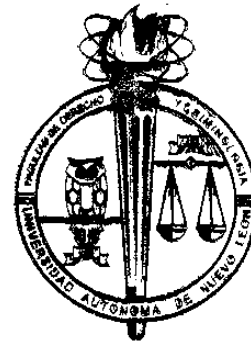
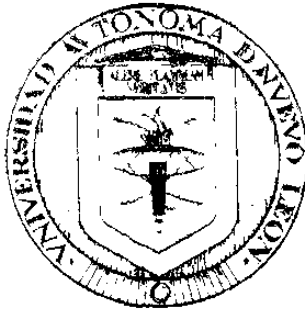
K1

FDYC

2003

.L66

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**EL MALTRATO AL MENOR A LA LUZ
DEL DERECHO PENAL**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

PRESENTA:

BLANCA SUSANA LOPEZ RUEDA

CD. UNIVERSITARIA

MARZO DEL 2003

TM
K1
FDYC
2003
.L66



FONDO
TESIS

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL MALTRATO AL MENOR A LA LUZ DEL DERECHO PENAL

TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRIA EN CIENCIAS
PENALES

PRESENTA

BLANCA SUSANA LOPEZ RUEDA

CIUDAD UNIVERSITARIA

MARZO DEL 2003

DEDICATORIA

A Dios por darme la oportunidad de llegar a este momento tan importante de mi vida.

A mis padres: Agustín y Carolina, con infinito amor, por el apoyo incondicional que me han brindado para seguir siempre adelante.

A mi esposo José Eliud por estar siempre a mi lado y compartir tu vida conmigo, te amo.

A mis hijos Jonari Eliud, Jeffrey Isaac, José Abraham y Jared Daniel, que han sido el motivo para poder seguir superándome en esta vida y porque sin su ayuda me habría resultado imposible realizar este trabajo, los amo.

A mis hermanos, por su apoyo en mis deseos de superación .

A mi sobrino Agustín por su invaluable ayuda en la realización de este trabajo.

A mi asesor Lic. Marco Antonio Leija Moreno con admiración y respeto por sus conocimientos compartidos

A mis amigas por confiar en mi.

Gracias.

SOLICITUD POR LOS NIÑOS

“ En esta misma ocasión, se acercaron los discípulos a Jesús, y le hicieron esta pregunta: ¿ Quién será el mayor en el Reino de los Cielos?. Y Jesús llamando así a un niño, le coloco en medio de ellos y dijo: En verdad os digo que si no os volvéis, hacéis semejantes a los niños, no entrareis en el Reino de los Cielos. Cualquiera, pues, que se humillare como este niño, ese será el mayor en el Reino de los Cielos. Y el que acogiere a un niño tal cual acabo de decir, en nombre mío, a mi me acoge.

Más quien escandalizare a uno de esos parvulillos, que creen en Mi, mejor le sería que le colgasen del cuello una de esas piedras de molino, que mueve un asno, y así fuese sumergido en el profundo del mar.”

Mateo 18, 1 – 6.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO	
EL DERECHO PENAL TRATANDO DE TENER TODAS LAS CONDUCTAS QUE DEBEN SER CONSIDERADAS COMO DELITO.	
1.1 .Evolución histórica del derecho penal	3
1.2 .Concepto de derecho penal.	15
1.3 .Características del derecho penal.	17
1.4 .Partes que conforman el derecho penal.	19
1.5 .Relaciones del derecho penal con otras ramas del derecho.	20
CAPITULO SEGUNDO	
INTEGRACIÓN DEL DELITO	
2.1.Noción jurídica de delito.	22
2.2.Elementos positivos integradores del delito.	26
2.2.1. Conducta o hecho.	26
2.2.2. La Tipicidad.	29
2.2.3. La Antijuridicidad.	32
2.2.4. La Culpabilidad.	35
2.3. Elementos negativos desintegradores del delito.	41
2.3.1. Ausencia de conducta..	41
2.3.2. La Atipicidad.	44
2.3.3. Causas de Justificación.	45
2.3.4. La Inculpabilidad.	49
2.3.5. Excusas Absolutorias	49
2.4. Los sujetos en el delito.	51
2.4.1. El sujeto activo.	51
2.4.2. El sujeto pasivo.	52

2.5 Objetos del delito.	53
2.5.1 El objeto material.	54
2.5.2 El objeto jurídico	55

CAPITULO TERCERO EL MALTRATO AL MENOR COMO DELITO

3.1. Antecedentes sobre el maltrato al menor.	55
3.2. Concepto de niño maltratado.	58
3.3. Modalidades del maltrato al menor.	60
3.3.1. Maltrato Físico	62
3.3.2. Maltrato Psicológico	64
3.3.3. Maltrato por Explotación	66
3.3.4. Maltrato por Abuso Sexual	67
3.3.5. Maltrato por Abandono	67
3.3.6. Maltrato por Negligencia	67
3.3.7. El Abandono Emocional	68
3.3.8. Maltrato al niño en Gestación	69
3.3.9. Maltrato Institucional	69

CAPITULO CUARTO ORDENAMIENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR

4.1. Creación de tratados internacionales.	72
4.1.1. La Convención sobre los derechos del niño.	72
4.2. Legislación a favor de menores.	76
4.2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	77
4.2.2. Ley para la Protección de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.	79
4.2.3. Ley de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.	83
4.2.4. Ley sobre el Sistema Estatal de Asistencia Social del Estado de Nuevo León.	86
4.2.5. Código Penal del Estado de Nuevo León.	87
4.2.6. Código Civil del Estado de Nuevo León.	91

4.3. Creación de programas especializados en asuntos del menor.	96
4.3.1. Elecciones infantiles.	97
4.3.2. Programa Interinstitucional de Acción Conjunta por los Derechos de la Niñez y los valores de la Democracia.	97
4.3.3. Objetivo general de las jornadas de los derechos humanos de los niños y las niñas.	99
4.3.4. Actividades de promoción de los derechos de las niñas y niños realizadas por la casa del árbol.	101

CAPITULO QUINTO

LA PUNIBILIDAD AL RESPONSABLE DEL MALTRATO AL MENOR

5.1. La conducta delictiva, sus consecuencias.	103
5.1.1. Consecuencias en las personas (menores de edad) maltratadas.	106
5.1.2. Consecuencia para la sociedad del maltrato de menores.	106
5.2. Concepto de pena.	108
5.3. Clasificación de la pena.	108
5.3.1. Penas contra la libertad	109
5.3.2. Medidas restrictivas de la libertad.	109
5.3.3. Sanción pecuniaria.	110
5.3.4. Medidas de seguridad .	111
5.4. La sanción al responsable del maltrato al menor.	112
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	119

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación pretendo hacer una reflexión del problema del maltrato al menor en la magnitud en que se realiza y en las graves repercusiones que tiene como consecuencia social.

Es urgente que el Estado atienda esta problemática, ya que sus índices son elevados, procurándoles a las generaciones presentes y futuras, un entorno social en el que el menor pueda desarrollarse plenamente para fortalecer así mismo el desarrollo de nuestro país.

Algunas cifras señalan a nuestro Estado entre los primeros lugares en el ámbito nacional con ésta problemática de violencia por lo que estimé necesario realizar un estudio sobre éste delicado tema.

El maltrato al menor siendo un problema antiquísimo, muy poco se han ocupado de él en la actualidad; dados sus altos índices y siendo una problemática que repercute enormemente en toda sociedad en donde se cometa; ya es tiempo que se le brinde mas atención, con la finalidad de prevenirlo o en su caso atenderlo, lo que pretendo con éste trabajo de investigación es buscar las herramientas necesarias para que se le ponga un marco legal al maltrato de menores, que sea claro para que no quede lugar a dudas cuando éste se lleve a cabo y aplicar la sanción al responsable de estos hechos.

Es importante que aprendamos a respetar a los menores, no olvidándonos que ellos también son seres humanos y que así mismo forman parte de la sociedad a la que pertenecen los adultos, por lo que poseen derechos que no debemos vulnerar con los malos tratos.

Señalo algunos ordenamientos legales que otorgan protección al menor como la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, en la cual desde el año de 1990 México se comprometió con la Organización de las Naciones Unidas a formar parte de esa Convención y modificar las legislaciones pertinentes para adecuarlas a ésta. Teniendo que esperar ese compromiso en nuestra entidad diez años, ya que realmente fue hasta el año 2000 cuando realizaron algunas reformas muy generalizadas para tan complejo problema. Por lo que considero no soluciona de gran manera dicho problema.

El presente trabajo de investigación esta desarrollado de la siguiente manera; en la primera parte establezco aspectos generales de la materia de Derecho Penal, por considerar a ésta rama como la perspectiva medular desde donde se debe atacar el problema del maltrato al menor. Posteriormente señalo circunstancias relativas para a integración del delito en general y en los tres últimos apartados se los dedico a los menores con ésta problemática, señalando las distintas modalidades de maltrato, así como también los distintos ordenamientos jurídicos que los protegen, finalizando con la sanción que le correspondería al responsable.

Considerando de antemano que la solución no radicara exclusivamente en la tipificación de la figura delictiva de maltrato a menores, sino que también tenemos la obligación de formar una conciencia social de los derechos que tienen los menores y que así mismo no tenemos la facultad para violentárselos, siendo éste el principal objetivo con el que tendríamos que cumplir para evitar dicha problemática.

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL TRATANDO DE TENER EN LA LEY TODAS LAS CONDUCTAS QUE DEBEN SER CONSIDERADAS COMO DELITO.

1.1 Evolución histórica del Derecho Penal

Antes de introducirnos en los aspectos históricos del derecho penal es menester señalar aspectos del derecho en general; El Dr. Javier Alba Muñoz señala que “el derecho es un fenómeno de poder mediante el cual, el grupo dominante incorpora los valores medios e impone los valores propios marcando las directrices del estado para, de esta manera a través de la ley utilizada como instrumento, se establezca el mecanismo para ejercer dicho poder en forma sistematizada”.¹

El Derecho se vale de una específica normatividad para poder lograr el control social, en donde implementa sanciones, determinando con esto que el derecho es coactivo y que las sanciones son socialmente organizadas. Todo esto surge ya que el hombre necesita vivir en sociedad y para conseguir este objetivo requiere que las acciones individuales se condicionen en un ordenamiento jurídico, determinando las sanciones en forma abstracta para los casos en que deban de aplicarse; así como también que existan determinados sujetos encargados de aplicar las sanciones.

Luis Recaséns Siches establece que el derecho tiene un carácter normativo porque determina un deber ser, prescribe una cierta conducta como debida. Por eso las reglas del derecho positivo en un determinado pueblo, en un cierto momento histórico son normas pero su contenido no es exclusivamente puro valor ideal, sino finalidad concreta, condicionada a determinadas circunstancias; es el intento de satisfacer unas urgencias sociales mediante una interpretación humana, mas o menos

¹ Cit pos. González Quintanilla, Arturo. Derecho Penal Mexicano. P.3.

afortunada que unos sujetos dan de determinados valores con respecto a esa situación real y que impone en virtud de su autoridad.²

Digamos que el derecho es un instrumento de control social. En donde advertimos que la libertad de los individuos se encuentra limitada para poder regular la relación entre los sujetos y a cuya violación sobreviene una reacción punitiva. Debemos también tener presente el siguiente concepto: “El legislador no crea el derecho, se circunscribe a formularlo”.

La historia del derecho es una disciplina científica que permite establecer los sujetos que concurren a la formulación de la vida jurídica, la forma en que cada uno de ellos lo hace en cada época y la relación que se entabla entre ellos, permitiendo ponderar así la importancia que a cada uno compete.

Derecho e historia se complementan y de alguna manera se conjugan. Su nexos facilita la labor de quienes no se conforman con el conocimiento de los efectos, si no que desean también conocer sus causas, así como la de aquellos que, conociendo estas, quieren ver sus resultados.

De la intimidad mas onda de cada pueblo fluye un cuerpo jurídico, orgánico, distinto. La individualidad de los pueblos se caracteriza por el lenguaje, las costumbres y la aplicación del espíritu nacional a las relaciones de los hombres entre sí. Tales y otros son ingredientes del derecho de cada pueblo.

En toda sociedad encontramos obligadamente el fenómeno criminal: el hecho evidente, constatado en todas las comunidades organizadas y en todos los grupos sociales, de que individuos de los mismos atentan contra valores que la mayoría consideran fundamentales y dignos de respeto para mantener las bases de la convivencia. A las concretas acciones que atentan o ponen en peligro esos valores

² Ibidem. P. 4.

fundamentales, se les viene conociendo por “delito” o “crimen”. Al conjunto de estos se les llama “criminalidad” o “delincuencia”. A sus autores “delincuentes” o “criminales”.

A lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos.

La facultad para castigar, deriva de: venganza privada; venganza divina; venganza pública; el derecho griego: el derecho romano: el periodo humanitario; el periodo científico; la escuela clásica; la escuela positiva y otras escuelas.

Antes de iniciar el estudio de cada uno de los períodos, debe advertirse que en ellos aparece, con sensible relieve, el principio de donde toman su nombre; sin embargo, no se sustituyen íntegramente cuando surge el siguiente no puede considerarse desaparecido plenamente el anterior; en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aun contrarias.

Atendiendo a la facultad de castigar en sus distintas evoluciones analizaremos cada una de las etapas de las distintas que la conforman.

Venganza Privada: A esta etapa suele llamársele también venganza de la sangre o época bárbara. “en el primer período de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza la ratio essendi de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por si mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituye propiamente una etapa del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente de cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza a suponer el imperio de tales reacciones donde quiera que no se hallara una

autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz social”.³

A esta etapa realmente no la reconocen la mayor parte de los juristas como una evolución del derecho penal, porque fue posterior a esta, la sustitución por las instituciones jurídicas que vinieron a remplazarla.

La venganza privada solo represento la actividad vengadora apoyada por la colectividad. Ya que durante esa época la función punitiva la ejercían los particulares, pues cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por si mismo El Talión posteriormente surgió para limitar los excesos de la venganza, señalando que la reacción punitiva, tendría que ser en función del daño causado, por lo que esta ley fue una medida moderadora dado que solo se le reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido.

El progreso de la función represiva presenta diversos matices según el pueblo a estudiar. Ni todas las sociedades han sido igual, ni tampoco ha sucedido, con normal transito, en las diversas épocas.

En los tiempos mas remotos la pena surgió como una venganza del grupo reflejando el instinto de conservación del mismo. La expulsión del delincuente se considero el castigo mas grave que podía imponerse, para colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propicia victima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste.

“La primera reacción que se despierta en la conciencia de las primitivas colectividades, al constatar la atrocidad de los grandes crímenes, es la de descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación

³ Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. P. 31.32

que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, pero que reviste caracteres de pasión constituyendo una venganza colectiva”.⁴

El Tali3n representa, sin lugar a duda un considerable adelanto en los pueblos antiguos al limitar los efectos de la venganza, ya personal o del grupo, sealando objetivamente la medida de la reacci3n punitiva en funci3n al da1o causado por el delito. Es ejemplo de la 3poca Talional, en el periodo de la venganza p1blica, el c3digo de Hammurabi, cuya antigüedad se hace ascender a 2000 a1os antes de la era cristiana, conjunto de preceptos que consagro el principio de la retribuci3n, al sancionar con el da1o de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensaci3n perfecta.

Venganza Divina: “Parece natural que al revestir los pueblos las caracteristicas de la organizaci3n teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constituci3n misma del Estado. Asi surge, en el terreno de las ideas penales, el periodo de la venganza divina; se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignaci3n”.⁵

Esta se gest3 dentro de organizaciones sociales m1s cultas, el principio teocrático y 3ste vino a convertirse en fundamento de derecho penal, pues no se castigaba al culpable para satisfacer al ofendido, sino para que aquel expiase la ofensa causada a Dios con su delito. Esta 3poca fue manejada por la clase sacerdotal.

Este periodo, en el progreso de la funci3n represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilizaci3n de los pueblos. Los conceptos derecho y religi3n se

⁴ Pessina. Cit. Pos. Pav3n Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. P. 49

⁵ Castellanos, Fernando. Op cit. P. 33

funden en uno sólo y así el delito, mas que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad.

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

El Derecho Griego: En realidad son pocas las referencias existentes sobre el derecho penal griego y el conocimiento escaso de que disponemos nos ha llegado principalmente, a través de filósofos y poetas.

Los estados griegos conocieron los periodos de la venganza privada o de sangre y de la venganza divina en sus inicios históricos, pero mas tarde, cuando se consolidan políticamente, separan el principio religioso y fundan el derecho a castigar en la soberanía del estado. Puig Peña dice: “La nota saliente de este derecho es la transición al principio político, determinándose ello, en cuanto al *jus puniendi*, porque este poco a poco va articulándose en el estado; en cuanto al delito, porque ya no es ofensa a la divinidad, sino ataque a los intereses de aquél; en cuanto a la pena, por su finalidad esencialmente intimidativa, no expiatoria, como en el periodo anterior”.⁶

Los juristas no exponen suficientes referencias con respecto a la forma de castigar; en el derecho penal griego. Solo que en el devenir del tiempo el *jus puniendi*; era solo facultad del estado ya que con el delito llevado a cabo el que se afectaba era este.

⁶ cit. Pos. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. P. 52

El Derecho Romano: El pueblo romano en el inicio de su evolución histórica conoció como todos los pueblos antiguos, la expulsión por la paz y la composición. Es de suponer que en sus raíces remotas haya existido también la venganza privada, pero su organización social primitiva, que consagró al pater familias como la autoridad suprema del núcleo familiar, excluyó tal forma de reacción contra el delito, pues al pater correspondió el ejercicio de la venganza.

Es en el Derecho romano donde se precisa, con exactitud, la diferencia entre delicta, privada y crimina pública, con posterioridad a las leyes de la XII Tablas, pues éstas recogieron, principalmente, los sistemas talional y de la composición. Aunque ya las XII Tablas estatuyeron el delito de traición, castigándolo con la muerte, las leyes surgidas con posterioridad dieron nacimiento al concepto del crimen *inminuatae vellaesae maiestatis populi romani*, consagrado en la Lex Cornelia, que comprendió como delitos de lesa majestad los considerados como *perduellio*. La *perduellio* era la acción más grave, entre las formas de delitos cometidos contra el estado.

La Venganza Pública: A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o de orden público. Es entonces cuando aparece la etapa llamada “venganza pública” o “concepción política”; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. “En este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando”.⁷

⁷ Cuello Calón. Cit. Pos. Castellanos Fernando. Op. Cit. P. 34

Durante esta, se empieza a hacer distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Esta fue una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes y con fines de prevención general en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del estado (minas y galeras).

En esta etapa de la evolución de ideas penales, se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándoseles un carácter eminentemente público. Se caracteriza, al decir Cuello Calón, “por la aspiración de mantener, a toda costa, la tranquilidad pública. Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes...; reinaba en la administración de justicia la más irritante, desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia...; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso pues no los pusieron al servicio de la justicia sino de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando”.⁸

El Periodo Humanitario: Es una ley física que a toda acción corresponde una reacción de igual intensidad pero en sentido contrario. A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y en general de los sistemas penales. “De entre los puntos mas importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes:

- a) El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.
- b) Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.

⁸ Cuello Calón. Cit. Pos. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. P. 54 y 55.

- c) Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces.
- d) Los jueces por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaria nada hay tan peligroso como el axioma común que proclama la necesidad de consultar el espíritu de la ley.
- e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres.
- f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual el mismo no puede disponer por no pertenecerla”.⁹

En esta época, se establecieron una serie de principios o derechos mínimos del delincuente, se tradujo en notables reformas en la legislación penal entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; se consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez y en lo posible, hizo más expedita la justicia.

En este periodo observamos como todos los sistemas que se habían empleado hasta entonces fueron desapareciendo y se sustituyeron por nuevos conceptos y nuevas practicas como lo fueron las siguientes: que se excluyeran las penas que eran crueles e innecesarias; así mismo que se suprimieran los indultos o gracias que muchas de las veces los hacían acreedores de impunidad a los delincuentes, se advierte sobre la peligrosidad del delincuente para poder aplicarle la pena, así como también se llegó hasta el extremo de prohibir la interpretación de la ley por el peligro que representaba que se alterara esta. Así mismo se preocupó por la legalidad de los delitos y de las penas.

El Periodo Científico: Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal puede hablarse sobre el período científico.

⁹ Cit. Pos. Castellanos, Fernando. Op. Cit. P. 35 y 36.

Podemos señalar como principio del periodo científico, las doctrinas de los positivistas de fines de la pasada centuria; no obstante, tales estudios no forman propiamente parte del derecho penal, los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no Derecho, normativo por esencia. “ Por otra parte la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad en forma ordenada y sistemática” .¹⁰

La finalidad que se persigue en este periodo es que con el establecimiento de un ordenamiento jurídico instituido por el estado, la punibilidad tenga un carácter intimidatorio y con ello conlleve a la prevención del delito. Determinando así mismo que en el ordenamiento jurídico debe de establecerse debidamente el delito; para poder aplicar la sanción que le corresponda.

Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, considerado en Alemania el padre del derecho penal moderno, “ crea el criterio de que la pena es una coacción psicológica, dando así nacimiento a la teoría de la prevención general. Aferrado al principio de la legalidad que proclama la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho e imponer una pena, se le atribuye a la paternidad del principio “nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”, aceptado en forma unánime en todos los países cuyo derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal”.¹¹

En este periodo como se observa, la pena es establecida en la necesidad de conservar el bienestar social; pero no basada esta solo en reprimir el delito; o que este encaminado como una venganza que se imponga; sino que su objetivo este encaminado a prevenir la comisión de delitos.

La Escuela Clásica: Los clásicos se empeñaron en estudiar el derecho penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico abstracto.

¹⁰ Castellanos, Fernando. Op. Cit. P. 36

¹¹ Cit. Pos. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. P. 58.

Aunque en muchos puntos discrepan entre si, se pueden señalar como fundamentos básicos de la Escuela Clásica, los siguientes:

- a) Como el derecho penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamó como método ideal el lógico abstracto.
- b) El delito se contempla no desde un punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el estado y por ello el investigador no debe perder de vista la ley. En síntesis el delito es un ente jurídico, una creación de la ley, sin que pueda concebirse su existencia fuera del ordenamiento jurídico.
- c) La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral y en el libre albedrío. “Todo el ingente edificio del clasicismo escribe Puig Peña; toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Solo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal. Como llego a decir un autor eminente ‘el que llega en libre albedrío no puede justificar el derecho penal’...”¹²
- d) Si el delito es un ente jurídico, la pena, por tender fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurídica que lo restaura cuando se altera esta consecuencia no constituye un fundamento generalmente aceptado entre los clásicos, pues, según vimos, algunos lo encuentran en la prevención, ya general o especial del delito.

La Escuela Positiva: Con motivo de los brillantes estudios realizados por César Lombroso, “quien hace el análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del derecho penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de

¹² Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. P. 61

investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica”.¹³

Podemos señalar como principios básicos de esta escuela los siguientes:

- a) Combatiendo el método lógico abstracto, los positivistas adoptan, para estudiar el delito, el método experimental, propio de las ciencias causales explicativas;
- b) El delito no es un ente jurídico. Según el criterio de los positivistas se trata de un fenómeno natural, producido por el hombre dentro del seno social. Por ello, debe vérselo no como una creación de la ley, sino como algo con vida independiente de la misma. Por esta razón, una buena política para combatirlo, y fundamentalmente para prevenirlo, es conocer sus causas, las cuales son, esencialmente, de carácter social, aún cuando también intervienen en su producción los factores individuales;
- c) Los positivistas negaron el libre albedrío, proclamaron el determinismo. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho delictuoso ejecutado, aun cuando los últimos deberán ser destinados a sitios especialmente adecuados para su tratamiento como enfermos.
- d) La pena para los positivistas no es una tutela jurídica sino un medio de defensa social cuya medida, la constituye la peligrosidad del delincuente.

Otras Escuelas: Tratado de conciliar las posiciones opuestas de clásicos y positivistas surge, con Carvenale y Alimena, la tercera escuela.

La escuela de la política criminal nace en Alemania con Franz Von Liszt y pretende una reestructuración dentro del seno de las disciplinas criminalistas; señala el real contenido de la ciencia del derecho penal, cuyo campo no debe ser invadido

¹³ Ibidem. P. 62

por otras ciencias de naturaleza causal explicativa, cuyo papel debe quedar reducido al de simples auxiliares, tales como la criminología y la penología.

1.2 Concepto de Derecho Penal

Encontramos en cuanto a las acepciones que conceptualizan al Derecho Penal, una notoria diversidad, partiendo principalmente de la clasificación que sobre dicha rama existe, para ello partimos de considerar lo que es el derecho penal objetivo y el derecho penal subjetivo.

Derecho Penal “es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”.¹⁴

Antes de existir a expresión Derecho Penal el término aplicable era Derecho Criminal que tenía como punto de partida el contenido de las consecuencias jurídicas por las circunstancias de un suceso, crimen o delito.

La expresión ahora utilizada también vincula al hecho cometido consecuencias jurídicas pero de otra naturaleza dado que si señala el castigo por el hecho cometido pero también la prevención de delitos futuros; es decir que ahora ha ampliado su expresión lingüística, extendiendo así su alcance que anteriormente había sido limitado. Ahora en el Derecho Penal la ley une al hecho cometido, medidas de seguridad y corrección que no son penas propiamente, sino que se trata de medidas jurídico-penales y que están reglamentadas en el código y por lo tanto pertenece al Derecho Penal.

“Se ha definido al Derecho penal objetivamente como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente; o

¹⁴ Von Liszt, Franz. Cit. Pos. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. P. 17

como el conjunto de principios relativos al castigo del delito; o como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia; o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectado al delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica”.¹⁵

Como se advierte, las anteriores definiciones ofrecen tres vértices de coincidencia, a saber: el delito, la pena y la relación jurídica entre ambos a virtud de la norma que asocia la una al otro. Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina jurídica y social, por mirar a las violaciones de la ley, a la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad, y a la significación y valoración social y jurídica de la conducta humana.

El Derecho penal subjetivo es la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan, o a los sujetos peligrosos que pueden delinquir.

Cuello Calón afirma que, “es el derecho a castigar (jus puniendi), es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas, afirmando que en tal noción está contenido el fundamento filosófico de Derecho Penal”.¹⁶

Con lo anterior observamos la facultad que se le otorga al Estado para dictar el delito y señalar la pena y en su caso imponerlas y ejecutarlas. Aunque también hay quienes señalan que el Estado no tiene un Derecho sino un deber.

¹⁵ Autores diversos..cit. pos. Castellanos, Fernando. op. Cit pag. 21

¹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. P. 17.

1.3 Características del Derecho Penal

El Derecho Penal considera para establecer su propio contenido, los diversos caracteres que lo identifican como tal, encontrando como tal los siguientes:

- a) Público;
- b) Sancionador;
- c) Valorativo;
- d) Finalista; y
- e) Personalísimo.

“El criterio de que el Derecho penal es un Derecho público, porque exclusivamente el Estado es capaz de crear normas que definan delitos e impongan sanciones, en acatamiento al principio liberal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.¹⁷

Efectivamente el Derecho Penal es público dado que el Estado interviene como una entidad soberana para regular las relaciones entre el individuo y la colectividad. Aquí encontramos a diferencia del Derecho Privado una vinculación directa entre el poder público (Estado) con los particulares que son los destinatarios de sus normas.

El Derecho Penal es constitutivo o es sancionador, aun cuando la opinión dominante se inclina a la segunda afirmación. Aunque hay penalistas que no están de acuerdo con esto por creer que su naturaleza sancionadora lo coloca en un plano de inferioridad.

Nuestro criterio es diverso, “el carácter sancionador del Derecho penal al estructurar su célebre teoría de las normas y si bien es cierto que no siempre se encuentra en las otras ramas del Derecho la norma quebrantada, cuando el sujeto

¹⁷ Jiménez de Asúa . cit. Pos. Ibidem. P. 20.

ajusta su proceder a la conducta o al hecho descrito en la ley penal, tal dificultad, por cierto excepcional, se allana mediante la teoría de las normas de cultura”.¹⁸

En consecuencia, si la ley penal surge por la existencia previa de la norma de cultura que la exige, evidentemente el Derecho penal no crea las normas y, en esa virtud, no es un Derecho constitutivo sino simplemente sancionador.

El Derecho penal es valorativo, según lo ha hecho observar Jiménez de Asúa. “La filosofía de los valores – expresa -, ha penetrado profundamente en el Derecho y por eso afirmamos que nuestra disciplina es valorativa”.¹⁹

Por lo tanto la ley regula la conducta que los hombres deberán observar en relación con esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos, lo que la ley natural predice es algo que efectivamente tiene que ocurrir; lo que una norma jurídica dispone puede ocurrir o no.

El Derecho Penal es normativo, finalista y valorativo, el mundo de las normas debe asentarse en la realidad, pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados valiosos o no valiosos y, como consecuencia, procurados o evitados. La ley, regula la conducta que los hombres *deberán* observar con relación a esas realidades, en función de un *fin*, colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. El Derecho penal funciona, en general, como sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante las transgresiones que vulneran los valores fundamentales de una sociedad.

El Derecho Penal es igualmente finalista, “como lo han proclamado el mismo Jiménez de Asúa, al señalar que si se ocupa de conductas, no puede menos de tener

¹⁸ Binding, Carlos. Cit. Pos. Ibidem. P. 22.

¹⁹ Cit. Pos. Idem.

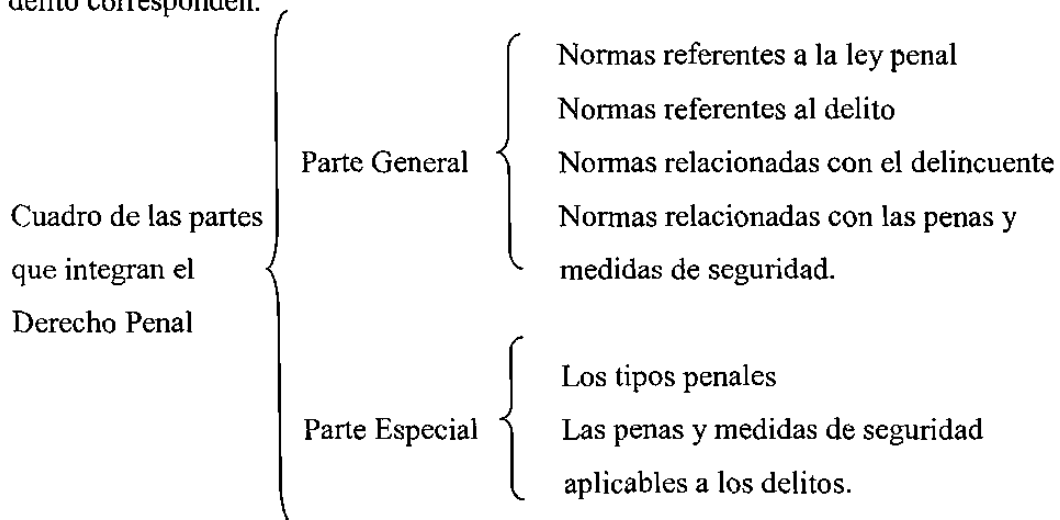
un fin". Este, según Antolisei consiste en combatir el triste fenómeno de la criminalidad.²⁰

El fin del Derecho Penal puede ser de dos formas: uno mediato que es el lograr la sana convivencia social y el otro inmediato que se identifica con la represión del delito

El Derecho Penal tiene también como carácter esencial de ser un Derecho Personalísimo; ello queda demostrado por el hecho de que la muerte, elimina la responsabilidad del delincuente, al extinguir tanto la acción penal como las sanciones que se hubieren impuesto, excepción hecha de la reparación del daño.

1.4 Partes que conforman el Derecho penal

El Derecho penal se ha dividido tradicionalmente en Parte General y Parte Especial. La primera comprende las normas secundarias, accesorias o simplemente declarativas referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad; mientras que la segunda se integra como los tipos penales y las penas que a cada delito corresponden.



²⁰ Ibidem. P. 24

1.5. Relaciones del Derecho Penal con otras ramas del Derecho

El Derecho es un todo armónico y las diferencias existentes entre sus diversas ramas son sólo de grado, pero no de esencia, siendo por ello que el Derecho penal guarda íntima conexión, entre otros, con el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho laboral y el Derecho mercantil.

Las razones que justifican las relaciones entre el Derecho penal y las mencionadas ramas del Derecho, encuentran su fundamento esencial en el carácter sancionador que le hemos reconocido. En efecto, no sólo hallamos en casi todas las ramas del Derecho dispositivos, que en forma directa e indirecta, se refieren a instituciones del Derecho penal, sino que éste eleva a la categoría de bienes tutelados a través de sus normas, mediante la amenaza de la sanción penal, a los pertenecientes en estricto rigor a otros Derechos. Debemos invocar el hecho de que muchas figuras delictivas, las cuales reciben la designación común de *leyes penales especiales*, se encuentran incluidas en otros cuerpos de normas conservando su categoría de penales y guardando íntima relación con todos los dispositivos integradores del Derecho Penal:

- a) Las relaciones del Derecho Penal con constitucionalidad son evidentes, pues el primero encuentra su razón existencial en el segundo, por ser éste de rango superior. Entre los preceptos constitucionales que guardan estrecha relación con el Derecho penal, sustantivo y adjetivo, podemos citar los artículos 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 21, 22 y 23. Dentro de ellos, el artículo 14 consagra, en primer término, el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, recogiendo en su párrafo tercero el de legalidad o de exclusividad y consignéndolo como una garantía individual que expresa los dogmas *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, penal alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

- b) El Derecho penal, al tutelar algunos bienes conectados directamente con el Derecho civil, estrecha sus relaciones con éste.

- c) El Derecho penal se relaciona con el Derecho administrativo, garantizando a través de la sanción penal la permanencia de bienes superiores del Estado y la administración.

“La más evidente relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo se encuentra en aquellos casos en que la administración pública, a través de decretos leyes, vincula consecuencias de índole punitiva a determinadas conductas reputadas como ilícitas. Derecho penal administrativo, que comprende normas sancionatorias que abarcan, entre otros, el Derecho Fiscal, el Derecho Agrario, el Derecho de Propiedad Industrial, etc., “es un Derecho que carece del soporte ético social que caracteriza al Derecho Penal; las sanciones que contemplan no siempre tienen un origen directo en la ley y, a ese respecto no es aplicable la máxima *ne bis in ídem*, esto es, la sanción administrativa no excluye la pena criminal, o viceversa”.²¹

²¹ Idem. P. 27 y 28.

CAPITULO II

INTEGRACIÓN DEL DELITO

2.1 Noción Jurídica de Delito.

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

Los autores han tratado en vano de producir una definición de delito con validez universal para todos los tiempos y lugares. Una definición filosófica, esencial.

La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras. “Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una forma simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico y de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, y concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material y dejando a un lado la “voluntariedad” y los “móviles egoístas y antisociales”, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies.”²²

La verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

²² Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. P. 14.

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales “. De esta manera confirmamos que la ley es la única fuente del Derecho Penal.

El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Garófalo “estructura un concepto de delito natural, viendo en el una lección de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad, sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser ésa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos; aunque claro esta que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y procediendo a priori, sin advertirlo, afirmo que el delito es la violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”.²³

La anterior conceptualización no puede ser posible dado que no se puede encontrar algo común al hecho ilícito en todas las épocas y lugares que no estén en constante cambio de acuerdo con la evolución cultural o histórica de cada pueblo.

Es posible caracterizar al delito jurídicamente por medio de formulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

²³ Cit. Pos. Pavón Vasconcelos, Fracisco. Op. Cit. P. 157.

Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han sido contemplados como delitos algunas veces lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario acciones no delictuosas han sido erigidas en delitos.

Francisco Carrara “lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo de un hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente, en la violación del derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del estado y agrega que dicha ley puede ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y además para ser patente que la idea especial del delito no esta en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales , ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. Carrara juzgo preciso anotar en su definición, como la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política”.²⁴

De lo anterior se destaca que efectivamente el delito es una violación a la ley; es decir, solo para lo que el Estado determine que así lo sea, de aquí parte la separación de la esfera jurídica con los que pertenece solo a la conciencia del hombre.

²⁴ Castellanos, Fernando. Op. Cit. P. 125 y 126.

Aunque en algunos códigos se ha pretendido dar una definición del delito, como en el Distrito Federal, en el cual se le hace consistir en el acto u omisión que sancionan las leyes penales, tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos.

El delito ha sido definido como: “un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena, como la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible. bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad, lo considera una acción típicamente antijurídica y culpable, y un acontecimiento típico, antijurídico e imputable”.²⁵

De acuerdo con los diversos conceptos observamos que no existe una definición universal y que es imposible para algunos dividir en elementos el delito, ya que es éste un todo orgánico y que así es como se debe estudiar para conocer su verdadera esencia. Pero para otros el delito se debe estudiar en forma analítica a través de sus elementos, que están estrechamente relacionados unos y otros; aunque no desconocen estos su unidad, si es indispensable para su análisis dividir sus elementos.

Jiménez de Asúa lo estima como “un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.²⁶

Como observamos en la anterior definición se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de la penalidad.

²⁵ Diversos Autores. Cit. Pos. Pavón Vasoncelo, Francisco. Op. Cit. P. 160.

²⁶ Cit. Pos. Castellanos, Fernando. P.129.

2.2 Elementos Positivos Integradores del Delito.

El delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho. Luis Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra “acto” en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo “acción” y del negativo “omisión”.

Un concepto substancial del delito solo puede obtenerse, dogmáticamente del total ordenamiento jurídico penal. De este desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos, por tanto a un criterio pentatómico, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes

	Conducta o hechos
	Tipicidad
Elementos:	Antijuricidad
	Culpabilidad
	Punibilidad

2.2.1. Conducta o hecho.

El delito es un fenómeno fáctico jurídico que tiene realización en el mundo social. Por ello en el campo del Derecho Penal, se identifica el término “hecho” con el delito mismo, dándosele, igualmente, una connotación diversa, en sentido restringido como elemento del delito.

Jiménez de Asúa adopta el vocablo acto, para denominar el elemento fáctico del delito, es congruente cuando afirma que por tal debe entenderse “La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo

exterior, o que por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda”²⁷

Como se desprende de lo anterior el autor señalado emplea la palabra acto con una significación en donde involucra tanto al aspecto positivo (acción) y al aspecto negativo (omisión).

Es preferible el término conducta; ya que dentro de el se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

Para Jiménez Huerta la conducta “es siempre una manifestación de voluntad dirigida hacia un fin”²⁸

Igualmente que el anterior observamos que utiliza el término conducta para referir, tanto al hacer positivo como al negativo; el actuar o abstenerse de obrar.

Los autores tratan de dar un concepto sobre la conducta haciendo referencia a las dos formas en que puede expresarse el proceder humano, es decir aludiendo tanto a la actividad como a la inactividad del sujeto. La conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria, que produce un resultado con violación: a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos; b) de una preceptiva en los omisivos; c) de ambas en los delitos de comisión por omisión.

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

La conducta se integra con dos elementos uno físico que consiste en el movimiento corporal o en la inactividad del sujeto frente a la acción esperada por el Derecho y otro elemento psíquico consistente en la voluntad de realizar la acción o la omisión o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad.

²⁷ Jiménez de Asúa. Cit pos. Pavón Vasconcelos. Op cit p 179 y 180.

²⁸ Jiménez Huerta. Cit pos. Ibidem p 180.

Solo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente el es, el posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad.

Para Cuello Calón, “los elementos de la acción son un acto de voluntad y una actividad corporal. Luis Jiménez de Asúa estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad. Para Edmundo Mezger en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer de la gente, un hacer de la gente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer”.²⁹

“Generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad... La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado”³⁰

Creo que la única razón de la discrepancia antes señalada, el problema es el uso de la terminología empleada en la forma tan variada como acto, conducta o hecho, que realizan los juristas, por lo que el autor habla de conducta o hecho en donde la conducta no incluye un resultado material, mientras el hecho abarca tanto la conducta como el resultado y el nexo de causalidad cuando el tipo en particular, requiere del cambio del mundo exterior.

Como en la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actual; se concluye en consecuencia que los elementos de la omisión son:

- a) Voluntad (también en los delitos de olvido, pues como dijimos, en ellos de aprecia, a nuestro juicio, el factor volitivo)
- b) Inactividad

²⁹ Cit. Pos. Castellanos. Fernando. Op cit p. 155

³⁰ Porte Petit, Celestino. Cit pos. Castellanos, Fernando. Op cit p 154 y 155.

La voluntad se encamina a no efectuar la acción ordenada por el derecho. La inactividad esta íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, mas en esta emergen otros dos factores a saber: un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

2.2.2. La Tipicidad.

El estudio de la tipicidad, segundo elemento del delito, hace necesario previamente el análisis del tipo para precisar su concepto y su contenido.

Para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos. Mas no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa además que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución federal, en su artículo 14, establece en forma expresa “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito. En este caso, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un

delito. Sin embargo, en ocasiones la ley se limita a formular la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo.

Tipo, en sentido amplio, “se considera al delito mismo y a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia como vieja acepción del termino, Ernesto Von Beling y Franz Von Liszt. Mezger alude a la palabra tipo, en el sentido de la teoría general del Derecho, como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica”³¹

En forma acertada lo anteriormente expuesto radica en la forma y suma de los elementos que se describen en el tipo es decir, atendiendo a su descripción legal y no a las notas que se refieren a la culpabilidad.

En sentido mas restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito.

Múltiples son las definiciones dadas para el tipo penal. “el tipo en el propio sentido científico penal significa mas bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal”.³²

El carácter de lo injusto se razona en el sentido de que el legislador solo crea los tipos penales, conformando solamente las conductas antijurídicas ya que carecería de sentido formular conductas indiferentes por lo que se dice que el tipo penal concreta solo lo injusto.

“Jiménez de Asúa lo define como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se

³¹ Cit pos et al. Pavón Vasconcelos. Op cit p 259

³² Mezger Edmund. Op cit p 144

cataloga en la ley como delito; para Ignacio Villalobos el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial, en su aspecto objetivo y externo; en fin Jiménez Huerta concibe el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal; por lo tanto el tipo legal es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal”.³³

El concepto de tipicidad es diverso, al cual damos parcialmente significado idéntico al de adecuación típica.

Podemos concluir que de estas variantes que se manejan en cuanto al tipo, se trata de la figura del delito, de la conducta antijurídica, de un elemento esencial del delito; es decir la descripción hecha por el legislador

Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit “la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*”.³⁴

Esto es porque el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos descritos en la ley, por ser opuestas ciertas conductas a los valores que el Estado esta obligado a tutelar.

³³ Et al. Cit pos. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op cit p 282

³⁴ cit pos. Castellanos, Fernando. Op cit p 168

2.2.3. La Antijuridicidad

En el lenguaje jurídico penal los términos antijurídico, injusto e ilícito han venido siendo empleados indistintamente, dándoseles idéntica significación conceptual. Jiménez de Asúa hace hincapié en que “algunos autores opinan que las palabras antijuridicidad, ilicitud, injusto y entuerto se pueden usar indistintamente en lo cual se muestran conforme, pero haciendo notar que no todos los vocablos se identifican”.³⁵

Es preferible utilizar antijuridicidad e injusto y no ilicitud y entuerto como sinónimas, ya que el término ilicitud sirvió para establecer la diferencia entre el comportamiento jurídico obligatorio y el seguido por una persona en tanto; el concepto de entuerto o antijuridicidad implica tanto la violación de la obligación jurídica como de la norma jurídica.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva. Sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho. Javier Alba Muñoz escribe: “el contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista es lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe solo el poder punitivo del estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente”.³⁶

Es decir que se actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder. Ya que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Porque se quebranta algo que es esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico.

³⁵ cit pos. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op cit. P 285

³⁶ cit pos. Castellanos, Fernando. Op cit p. 177

Se ha afirmado de antiguo que la antijuridicidad es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho.

En general, los autores se muestran conformes en que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.

Según Cuello Calón, “la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada”.³⁷

Esto es porque atiende solo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica se requiere de un juicio de valor; es decir determinar que no esta protegida por una causa de justificación.

Para Sebastián Soler “no basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de ecuación externa constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario”.³⁸

Lo anterior es porque existe una doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que valora.

Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no esta protegida por una causa de justificación.

Carlos Binding “descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino mas bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal. No se vulnera la ley, pero si se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la

³⁷ cit pos. Castellanos, Fernando. Op cit p 177 y 178

³⁸ cit pos. Ibidem p. 178

norma que esta por encima y detrás de la ley. Por eso Binding decía: la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera mas exacta: la norma valoriza, la ley describe”.³⁹

Lo anterior expuesto resulta porque el delito no es lo contrario a la ley, sino porque es el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal; atendiendo al doble contenido de la antijuridicidad ya sea formal o material.

la antijuridicidad, tiene carácter objetivo ya que recae sobre la conducta o hecho en relación al orden social jurídico y con base en una escala general. El criterio objetivo, por tanto, haciendo a un lado la voluntad humana, afirma la posibilidad de valorar la conducta (acción y omisión) o el hecho (conducta-resultado), en virtud de su contradicción con el orden jurídico.

La corriente subjetiva de la antijuridicidad pretende encontrar la esencia de lo antijurídico o una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma.

“La acción es contraria a Derecho, desde un punto de vista formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad (antisocial)”.⁴⁰

Esta doctrina dualista de la antijuridicidad radica en que si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida en grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma material a dichas normas.

Un acto es punible si es penalmente ilícito y es penalmente ilícito si es punible, por lo que se afirma la existencia de la antijuridicidad.

³⁹ cit pos Ibidem p. 178 y 179

⁴⁰ Von Litz Franz. Cit pos. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op cit p. 295

El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por eso es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo sustancial y lo que resulta violado por el delincuente.

2.2.4. La culpabilidad

Es un elemento constitutivo del delito; sin el no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedo apuntada por Beling al elaborar el principio “nulla poena sine culpa”, cuyo rango es fundamental en el Derecho Penal moderno. “En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.⁴¹

Esto muestra al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término reprochabilidad es un adjetivo para calificar una conducta o a su autor. Por lo que una conducta es reprochable en tanto que se produzca culpablemente.

Se puede determinar como contenido del juicio de culpabilidad, al acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor. Al acto de voluntad por ser la “referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta” (parte psicológica de la culpabilidad). A los motivos del autor, por ser importante no solo para la imputabilidad y el dolo y la culpa sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad). A las referencias de la acción a la total personalidad del autor porque el acto debe ser adecuado a la personalidad de quien lo causa (parte caracterológica de la culpabilidad).

⁴¹ Jiménez de Asúa. La ley y el delito principios del Derecho Penal. P 352

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá mas adelante, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la actitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

“Por eso a la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas”.⁴²

Hay algunos autores que separan la imputabilidad de la culpabilidad; hay quienes les dan un amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad y hay otros que sostienen que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, expresa Fernando Castellanos, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce. Luego la aptitud intelectual y volitiva constituye “el presupuesto necesario de la culpabilidad”.

Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, “todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo lo que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.”⁴³

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable en dar cuenta ala sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes

⁴² Castellanos, Fernando. Op cit p 217

⁴³ cit pos. Ibidem p 218

tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del estado; pero solo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Lo que determina que la imputabilidad es por consecuencia el conjunto de las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor (como la edad, capacidad de entender y querer), en el momento del acto típico penal, que lo capacita para responder del mismo.

Tradicionalmente se han aceptado como formas de culpabilidad, al dolo y a la culpa.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir median te una determinada intención delictuosa (dolo) o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el estado para la vida gregaria (culpa).

En el dolo, el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico. “se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso; y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber queriendo solo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización, sin prescindir en nada de