

CAPÍTULO I

EL DERECHO

a) *Introducción* .

El estudio del derecho penal implica como en cualquier otra área, conocer el origen, concepto y radio de acción; de tal suerte que sea factible ubicar lo particular en lo general; es decir, el derecho penal en el contexto de la ciencia del derecho; ya lo menciona el maestro Luis Recaséns Siches al plantear el problema de la localización del derecho en el universo estableciendo que:

el universo ofrece el espectáculo de una balumba abigarrada de casos multiformes, varios y heterogéneos. Del torbellino de cosas que en el mundo encontramos, entresaquemos la mención de algunas pocas muestras; y hagámoslas desfilar ante nuestra consideración, de momento en tropel desordenado y fortuito —precisamente para adquirir con mayor relieve esa impresión de superlativa diversidad.¹

Así lo haremos con el delito, parte vital de la estructura del derecho punitivo, pues el ilícito penal aparece como una conducta cuya valoración jurídica y determinación delictiva requiere estar tipificada, o sea, consignada en la parte especial del Código penal o una ley de igual esencia. Debe cumplirse el principio *Nulum crimen sine previa lege*, del que hablaremos con más detenimiento; bástenos decir que la elaboración de los tipos penales y el establecimiento de sus correspondientes sanciones como cualquier otra norma jurídica corresponden a la función legislativa exclusivamente, a su vez, ésta tiene otras fuentes de entre las cuales encontramos principalmente la costumbre y cuando de ella surge la necesidad de proteger un interés social, el legislador la eleva a la categoría de bien jurídico. Por ello, es nuestro deseo razonar en forma somera y referirnos a los usos sociales y a las

¹ Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1977.

prácticas permanentes de los individuos dentro de la sociedad, para tener noción de los elementos cuyo origen constituye en el legislador, la inspiración y la interpretación real de las necesidades, carencias y anhelos de un pueblo, como lo explica el ya referido autor al analizar la manera de articular las ideas de valor con los hechos históricos y las ideas jurídicas o programas de derecho justo: "se trata, en lo que se refiere a la realización de las exigencias normativas ideales de los valores pertinentes, de armonizar el cumplimiento de esas exigencias ideales con las circunstancias histórico-sociales concretas de cada lugar y de cada momento".²

García Maynez, para darnos una idea visible de lo tocante a las fuentes, se refiere a una metáfora bastante feliz de Claude Du Pasquier: "Remontarse a las fuentes de un río, es llegar al lugar en que las aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica, es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho".³

Así encontramos en todos los autores y en todas las doctrinas una corriente uniforme, aceptando a la costumbre como fenómeno universal, compareciendo a través de la evolución de los pueblos, por la voluntad y la acción de los individuos. Se presenta la costumbre en una forma original y muy propia, intimamente unida a todos los campos sociales; así, las estructuras de los pueblos han sufrido estas modificaciones para transformar a esta fuente con otros aspectos y otros matices imprimidos por dichas alteraciones, considerándose así fuente y elemento constitutivo de las organizaciones sociales; acertadamente nos dice el sociólogo y jurista mexicano Antonio Caso: "Así como no hay vida individual sin actos no existe vida social sin costumbres".⁴

El maestro Serra Rojas nos hace un resumen de nuestro juicio citando al profesor R. Stammler, quien formula esta consideración: "Si suponemos que hubo en un tiempo en siglos remotos en que no existía ni derecho ni leyes, podemos preguntarnos cuándo ha desaparecido tal estado de cosas o, en otros términos, cómo apareció el primer orden jurídico",⁵ nosotros lo estimamos en el preciso momento de existir actos contrarios a la costumbre y la necesidad de asegurar la persistencia de la misma en bien de la sociedad, aunque también se pudo haber dado y se dio

² *Ibid.*

³ García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1964.

⁴ Caso, Antonio, *Sociología*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1961.

⁵ Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 1964.

en forma similar, concomitante y consecuente al surgimiento del derecho y del Estado, fenómenos sociales por excelencia creadores del orden dentro del cual se sitúan nuestras acciones.

Como el hombre vive agrupado no debe realizar conductas lesivas a los intereses de sus semejantes, en consecuencia, se necesita de un orden para tratar de evitar dichas conductas negativas y es precisamente la norma jurídica la idónea para lograr el respeto de los intereses necesarios para conservar el orden social, por tanto, la ley penal aparece como un conjunto de normas de contenido moral y social provistas de una sanción trascendente.

b) *La ley científica y la ley normativa*

La conservación del orden social es el ideal supremo y primordial de la norma jurídica, por constituir el presupuesto esencial en la búsqueda afanosa para la realización de los anhelos del hombre. Por otra parte, como existe un sinnúmero de disciplinas cuyo interés es dar un brazo fuerte y un firme apoyo para la constitución y mantenimiento de ese orden, consideramos indispensable precisar el campo propio del derecho. El problema de la delincuencia abarca tres aspectos fundamentales: el delito, el delincuente y la pena. La criminología estudia sus causas y enfoca su atención hacia el delincuente; como disciplinas auxiliares de esta ciencia se encuentran la antropología, la biología, la sociología, la endocrinología, la historia como una fuente del comportamiento entre los individuos a través de la evolución de los pueblos, etcétera. La penología estudia lo relativo a la eficacia de la pena, en su aspecto represivo y, fundamentalmente, como medio de readaptación. Nosotros sólo ahondaremos en el campo conveniente para el desarrollo de nuestro tema, el relativo al delito, como parte del mundo del "deber ser", diferente del correspondiente al "ser".

Para establecer la diferencia entre estos dos mundos, partiremos de la teoría pura del derecho, cuyo precursor principal es Hans Kelsen, en tanto considera al derecho positivo como

una teoría general del derecho, no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Debe mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, y preguntarse cómo

debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho, no una política jurídica".⁶

A la pregunta: ¿qué cosa es la naturaleza?, se daría una infinidad de contestaciones pretendiendo dar una definición, nosotros estimamos como tal, y conforme Kelsen, el conjunto de elementos regidos por la ley de la causalidad, pues los fenómenos que en ella ocurren son modificaciones que se aplican conforme a esa ley, así, la caída de los cuerpos, la metamorfosis, etcétera, se explican conforme a los principios de las ciencias naturales, obligando a una investigación coherente, sistemática y cuidadosa constituyendo el llamado método científico. ¿En qué consiste este método? En la observación, la experimentación, la organización, hipótesis y teoría, así como la verificación, la investigación científica esencialmente lógica. La explicación causal de un fenómeno puede consistir en la extracción deductiva de un enunciado respecto de un fenómeno cuando se utiliza como premisa mayor el contenido de una ley natural, como premisa menor la descripción de la causa, para obtener como conclusión deducida la descripción del efecto.

- Premisa mayor: Todo cuerpo metálico al calentarse tiene que dilatarse.
- Premisa menor: Cómo este cuerpo metálico se calentó.
- Conclusión: Luego, este cuerpo se dilató.

Y así, podemos explicar teorías científicas de grandes investigadores como Galileo, Kepler, Newton y Copérnico. Todo conocimiento científico tiene como características:

- a) Es relativo
- b) Tiene carácter hipotético
- c) Es progresivo
- d) Es sistemático
- e) Verificable

Será relativo porque subsiste un vínculo entre cada uno de los problemas estudiados, hay relación entre la primera hipótesis planteada con la hipótesis verificada, es hipotético, pues todo fenómeno al manifestársele reiteradamente al científico, le permite plantear hipótesis y, de cumplir-

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

se esa hipótesis, es decir, verificada, nos encontramos ante la comprobación de esa hipótesis y de la ley natural consecuentemente, pues al comparecer todas sus situaciones peculiares deben cumplirse indefectiblemente. Decimos es progresivo, porque al adquirirse una noción, éste se irá acrecentando a través del proceso demostrativo. Será sistemático por llevar un orden, es decir, una hipótesis, y la generación de estudios posteriores debe expresarse metódicamente.

A la teleología se le llama ley de medio a fin indispensable para entender cualquier actitud humana, así, el estudiante se prepara intelectualmente para servir a la sociedad; en la primera parte de este ejemplo encontramos el medio, prepararse intelectualmente, siendo la segunda el fin. Kelsen nos dice, la ley de medio a fin no es diferente a la ley de la causalidad, por lo cual la teleología no nos sirve como base de una explicación del fenómeno jurídico: al respecto, Stamler comentó que no existe diferencia entre estas dos leyes, pues para este autor la voluntad como la ley de medio a fin son lo mismo. Tomando en cuenta lo anterior, podemos definir el fin como el objeto o situación con capacidad para aspirar a alcanzar una meta; por medio, todo elemento susceptible de ser elegido entre otros, útil para la consecución del fin. Hablando desde un punto de vista psicológico representativo, encontramos en esta ley de medio a fin un elemento volitivo, la representación del fin como meta futura, así como un elemento material debe situarse en el presente aplicando y adaptando al medio para lograr el objetivo planteado en el futuro.

Naturaleza, para Kelsen, es: "Todo aquello manifestado por el ser cuyo orden o sistema de elementos están relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad".⁷ por eso hay la necesidad de separar el estudio del ser con el estudio del deber ser correspondiente al derecho; el mundo del ser es un mundo con objetividad, en el que rige el principio de causalidad, todo es explicado mediante leyes del ser que en sí son explicativas; esto no sucede en el mundo del deber ser, campo en el cual por aplicarse un sistema normativo no puede regir el principio de causalidad. La norma es enunciativa y como tal existe y es valedera, no importando si se cumple o no; por desgracia, el sistema normativo no se cumple en la realidad, pues no obstante pretender regir la conducta humana, los individuos no lo acatan, y lo afirmamos antes, en el mundo del deber ser la norma no se

⁷ *Ibid.*

altera no obstante se cumpla o no, atentos al principio expresado sigue siendo válida.

Haciendo un resumen, podemos decir:

- a) La ley científica explica el fenómeno existente en la naturaleza, la ley normativa imprime un deber ser relativo a la persona;
- b) Las leyes científicas se refieren al mundo del "ser" y las leyes normativas al mundo del "deber ser";
- c) El fundamento de validez de las leyes naturales es la realización del ser en la práctica, el fundamento de validez de la ley normativa es su pretensión del "deber ser" en la práctica.

Existe una diferencia muy grande entre el mundo del ser con el del deber ser; a esta distinción entre causalidad y normatividad Kelsen la llama pureza metódica. En el mundo del ser o de la naturaleza se da irremediablemente esta fórmula: Si A es "tiene que ser", B, en el mundo de la norma, o sea en el mundo del deber ser la fórmula será: Si A es "deber ser" B, en la primera forma la literal A será la causa y B el efecto, en la segunda A el supuesto y B la consecuencia.

EL MUNDO DEL SER

CAUSA A	RELACIÓN CAUSAL	EFFECTO B
Todos los cuerpos al calentarse	tienen que	dilatarse

EL MUNDO DEL DEBER SER

SUPUESTO A	RELACIÓN JURÍDICA	CONSECUENCIA B
Quien priva de la vida a otro, comete el delito de homicidio	Debe ser	Privado de su libertad

Debemos notar la diferencia tan marcada entre los enunciados del sistema causal "tiene que ser" y del sistema normativo "debe ser", pues aunque sea sencillo interpretarlos y entender su contenido, es impor-

tante entender cómo en la causalidad, perpetua e irremediablemente se cumplirá el fenómeno, pues de no comparecer perderá su validez y, por lo mismo, dejará de ser una ley natural; en el mundo del deber ser, aun cuando la ley normativa no se cumpla, su validez permanecerá estable e integra, continuará vigente y seguirá aplicándose.

La teoría pura considera al derecho como un orden cuya característica específica es la coercibilidad. En la norma jurídica apreciamos su revelación como una proposición hipotética y vinculada de una consecuencia a un hecho condicionante; de la aplicación de la fórmula denominada norma primaria por Kelsen: si A es debe ser B, deriva la norma secundaria estableciendo la obligación positiva o negativa, cuyo incumplimiento origina la consecuencia o coacción. García Maynez habla de la estructura diciendo: Si A es debe ser B, si B no es debe ser C; donde se considera a la literal "A" como el supuesto generador de la obligación, a "B" la obligación, a no "B" incumplimiento de la obligación y a "C" será la sanción. Kelsen dice, respecto a la estructura jurídica que en ciertas circunstancias una persona debe comportarse en determinada forma, si no lo hace así otra persona "órgano del Estado" le impondrá una sanción siguiendo un procedimiento específico.

Respecto a la sanción, resulta útil determinar su noción en forma primordial, García Maynez la considera: "como la consecuencia jurídica creada por el incumplimiento de un deber acarreada en relación con el obligado"; este mismo autor nos dice: "Las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación específica de pena. La pena es la forma más característica del castigo".⁸ Cuello Calón afirma:

Es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal; estas penas tienen como características:

- a) Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedad, honor, o vida.
- b) Es impuesta por el Estado para la consecución del orden jurídico. Los males o sufrimientos impuestos por el Estado persiguen fines disciplinarios para sancionar las conductas ilícitas.
- c) Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.

⁸ García Maynez, Eduardo, *op. cit.*

- d) Ha de ser personal, pues nadie puede ser castigado por hechos ajenos.
- e) Debe ser establecida por la ley, como consecuencia jurídica donde de acuerdo con la misma ley tenga carácter de delito.⁹

Por su parte, Hans Kelsen dice:

El derecho es un orden coactivo, esa coactividad se le llama sanción. Las sanciones jurídicas son actos de seres humanos previstos por normas creadas por los hombres, constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como orden coactivo. El acto coactivo consiste en la privación forzada y es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor.¹⁰

El Código penal vigente en el Distrito Federal, en el título 2, capítulo I, establece las siguientes penas y medidas de seguridad:

- I. Prisión
- II. Reclusión de locos, sordomudos, degenerados o toxicómanos
- III. Confinamiento
- IV. Prohibición de ir a un lugar determinado
- V. Sanción pecuniaria
- VI. Pérdida de los instrumentos del delito
- VII. Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas
- VIII. Amonestación
- IX. Apercibimiento
- X. Caución de no ofender
- XI. Suspensión o privación de derechos
- XII. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos
- XIII. Publicación especial de sentencia
- XIV. Vigilancia de la policía
- XV. Suspensión o disolución de sociedades
- XVI. Medidas tutelares para menores y las demás que fijen las leyes

El derecho es un orden esencialmente coactivo, sólo se comprende propiamente a la norma jurídica cuando establece la coacción, únicamente puede conseguirse un sistema de derecho cuando se fijan esos

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*

condicionantes y su consecuencia condicionada (sanción), es decir, es necesaria la referencia a la obligación cuyo incumplimiento por parte del obligado configura la consecuencia, basta establecer el hecho condicionante, vergibracia: "Quien prive la vida a otro comete el delito de homicidio", y su sanción: "Privarlo de su libertad personal por un tiempo comprendido entre los ocho y veinte años". Se excluye por estar implícito en el hecho condicionante, el deber jurídico, no se debe de privar de la vida a otro, pues no es necesario el fundar la norma expresando ese deber, cuando es suficiente mencionar el hecho condicionante: quien prive de la vida se le deberá aplicar cierta sanción.

El "deber ser" indudablemente es la liga entre la consecuencia y el hecho condicionante, lo cual significa poder llegar a no ser, por estar en el ámbito de lo normativo y no de lo necesario.

c) *Moral y derecho*

Existe como punto de identidad entre las normas morales y el derecho, el hecho de que ambas regulan conductas; sin embargo, también existen diferencias fundamentales en el modo de aplicarse, desarrollarse y en sus consecuencias. Con objeto de precisar los límites de cada una de estas dos materias, analizaremos sus características a la luz de las diversas opiniones doctrinarias.

Para el efecto apuntado, ya no necesitamos distinguir entre lo moral y lo natural, pues el primero corresponde al mundo del "debe ser" y el segundo al del "ser", ya que antes fijamos sus contenidos y diferencia; no con el derecho, pues ambas materias corresponden al campo del "deber ser" y los dos pretenden regular conducta. Como característica de las normas morales tenemos:

1. La autonomía
2. La interioridad
3. La unilateralidad
4. La incoercibilidad

De las *normas jurídicas*:

1. La heteronomía
2. La exterioridad
3. La bilateralidad
4. La coercibilidad.

Estas características señalan, sin lugar a duda, la independencia entre dichas materias. Cuando hablamos de autonomía estamos atentos a una conducta moral, en tanto el sujeto es su propio legislador el hombre para realizar una conducta moralmente válida debe representarla cuando él mismo se la ha dado. Según Eduardo García Máynez.

Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia; heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa. En la esfera de una legislación heterónoma el legislador y el destinatario son personas distintas; frente al autor de la ley hay un grupo de súbditos.¹¹

En cambio, el derecho es una norma heterónoma, en tanto que impone coercitivamente un determinado comportamiento al hombre, sin esperar el cumplimiento espontáneo como lo prescribe la norma moral; la norma legal necesariamente lo somete para que actúe aún en contra de su voluntad.

Kant estableció por primera vez estos términos para diferenciar a las normas morales del derecho, proponiendo la siguiente fórmula de conducta: "Obra de manera que trates siempre la voluntad libre y razonable, es decir, la humanidad en ti y en el prójimo, no como un medio sino como un fin." Y esta otra fórmula: "Obra de modo que la razón de tu acción pueda ser erigida en la ley universal." Pero si por acaso el imperativo interno y subjetivo permaneciera mudo, entonces no habrá ley moral. La sociedad humana está formada así por muchas autonomías individuales, pero si por casualidad éstas entran en conflicto, entonces serán necesarias medidas externas, heterónomas y coercibles. La moral, por definición kantiana, es autónoma (y, por consiguiente, interna, unilateral y no coercible). El orden jurídico será por tanto, independiente del orden moral, tomará su fuerza la ley humana, no obligará en la conciencia sino sólo jurídicamente, obligará a lo más a la conformidad externa con el precepto. No se alimentan ya todas las leyes de la única ley divina, como Heráclito proclamara, de aquí la definición de Kant: "el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales se pueden armonizar el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad".¹²

¹¹ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*

¹² Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa. 1966.

Como nuestro interés es de presentar estos criterios en forma sucinta, no ahondaremos, sino tan sólo explicaremos la interioridad y la exterioridad en la forma más sencilla y clara; es interna la norma moral en cuanto considera como lo importante de un acto la intención de ayudar a otra persona en cualquier forma, pues el valor más destacado será todo cuanto el individuo siente en su interior deseando determinado bien; la norma jurídica es externa en cuanto lo principal de un acto es el cumplimiento objetivo o físico de la norma sin importarle la intención del sujeto; así, lo importante en un contrato de mutuo es que el deudor pague con dinero al acreedor, sin importar si aquél quiera o no hacerlo, en caso de no hacerlo se le embargarán sus bienes para pagar al acreedor con el importe del remate.

Es vital hacer una aclaración respecto al derecho penal, pues a éste sí le importa la intención del hombre, ya que en este campo se establece claramente la necesidad de diferenciarla para los efectos de la sanción; así, se dice que en cuanto al acto intencional (dolo) la pena es mayor que cuando se obra sin intención (culpa).

Cuando hay ausencia de algún agente para exigir coactivamente el cumplimiento de una obligación al hombre, es un comportamiento netamente espontáneo y, por tanto, moral; es decir, individual. Por eso decimos: la moral es unilateral. En cambio, en el ámbito del derecho si encontramos a ese agente que puede exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación (juez), en tanto tenga capacidad y poder legal suficiente para ello, cuando exista un deudor moroso y un acreedor reclamante, se presenta la imperatividad y la atributividad del derecho, facultando a un órgano del gobierno para obligar a ese deudor a que pague lo debido, aquí encontramos la esencia de la bilateralidad.

En la posibilidad de imponer una norma a través de la fuerza, radica la coercibilidad, característica del orden jurídico. Ya vimos en páginas anteriores a la consecuencia (sanción) como producto de un hecho condicionante, el derecho tan sólo es efectivo en tanto que es coactivo; la moral es incoercible, pues no puede imponer la realización de un acto por el uso de la fuerza, para ser válida esta conducta se necesita ser espontánea.

La distinción entre moral y derecho queda fijada en las cualidades siguientes:

La moral es:

- a) Autónoma
- b) Interna
- c) Unilateral
- d) Incoercible

El derecho es:

- a) Heterónomo
- b) Externo
- c) Bilateral
- d) Coercible

No podemos dejar pasar en este momento la distinción de Kelsen sobre moral y derecho, cuando nos habla de órdenes estáticos y órdenes dinámicos:

Considerando desde un punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen, sólo tienen importancia para el derecho así conseguido en la medida media que son determinados por normas jurídicas. Desde ese punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas. Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por ese acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo, cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conforme a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Solamente el hombre es quien actúa observando o violando el derecho. En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea, la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a ese efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea, la creación de normas jurídicas generales bajo las formas de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último, los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas. Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son deter-

minados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas. La categoría lógica del deber ser o de la norma nos dan tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia que está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre derecho y moral; ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia inculpada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Éste acto coactivo se llama sanción.¹³

Todos los órdenes estáticos o sistemas estáticos se caracterizan por:

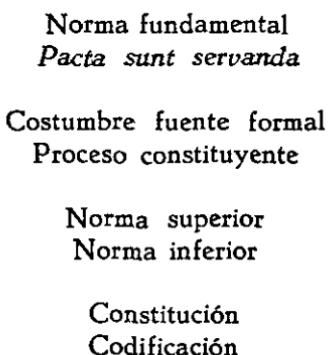
- a) La norma fundamental vale por su contenido al estimarse justo, bueno, divino, etcétera.
- b) Del contenido de las formas fundamentales se pueden deducir lógicamente, de modo estático, las demás normas integrantes en en cuestión. Al estar implícitas en la forma fundamental, decimos, es estar contenido lo particular en lo general.

Los órdenes dinámicos constituyen el aspecto negativo de los estáticos.

- a) La norma fundamental no vale por su contenido aunque sea justa, buena, divina, etcétera.
- b) Las normas integrantes del orden dinámico no se derivan lógicamente de la norma fundamental. Sus formas positivas serán:
 1. La norma fundamental de un orden dinámico establece el proceso de creación de las normas integrantes del orden, los órganos y los contenidos.
 2. Las normas componentes del orden son creadas de conformidad con la norma fundamental. La norma fundamental es la superior, o sea, no es inferior a otra, es la cúspide de la pirámide jurídica, en la norma superior se establece el proceso de creación y contenido de una inferior; siendo ésta la creada por ese proceso establecido en la anterior.

¹³ Kelsen, Hans, *op. cit.*

Veremos gráficamente la pirámide jurídica con una posible aplicación práctica.



d. Funciones del derecho penal

Al derecho penal no debe asignársele una función utilitaria en beneficio de la política del Estado o para amparar bienes jurídicos particulares concretos como lo enfocó el nacional-socialismo, sino un fin ético-social esencial para asegurar a los ciudadanos el permanente respeto de los bienes jurídicos, es decir, el respeto al Estado, a la persona, a su vida, a su libertad, a su salud, a sus bienes, a su honor, etcétera, en cuanto son el verdadero fundamento del Estado el individuo y la sociedad.

Welzel en su estudio de la teoría de la acción finalista dice:

Solamente donde la función ético-social del derecho penal no puede tener ninguna eficacia, se debe recurrir a la función puramente preventiva de precaución; así respecto a personas que no son capaces de un compromiso ético-social, que dejan de serlo o que no lo son en escala suficiente, por lo tanto, en enfermos mentales y en los graves criminales habituales. Para el grupo relativamente pequeño de los criminales habituales, caracterológicamente las más de las veces, gravemente las más de las veces, gravemente degenerados, y los enfermos mentalmente peligrosos, deben aplicarse en lugar de las penas las medidas preventivas de seguridad.¹⁴

¹⁴ Welzel, Hans, *Teoría de la acción finalista*, Buenos, Aires, Depalma, 1951.

Respecto a las personas incapaces de un comportamiento positivamente social, como lo son los enajenados y enfermos mentales, es decir, los imposibilitados a tener un comportamiento ético-social, deberá encontrarse una forma diferente para dirigir ese deber de aseguramiento emanado de la función ético-social del derecho penal, como es el recluirlos en sanatorios y departamentos especiales para lograr su curación.

El valor ético-social por excelencia es la justicia y, como virtud ética fundamental, es impensable sin la noción de la comunidad de los hombres; la proclama: "No todo para mí sino lo mismo para mí y los otros".¹⁵ le da su rasgo característico. Frente a este valor falla todo intento de fundar una filosofía moral individualista, pues la justicia, según nuestro concepto, es la tendencia opuesta al brutal egoísmo del particular, quien exige todo para él, pues poco le importan los demás, cuando lo relevante es la igualdad entre los iguales y el trato compensativo desigual para los desiguales, en busca del bien humano individual y de la comunidad.

c. *Moral y derecho penal*

Consideramos propio hablar un poco sobre la moral en relación con el derecho penal, pues existen dos corrientes, una aceptando el divorcio total entre el derecho penal y la moral; otra sosteniendo y afirmando la presencia de un nexo especial entre éstas; nosotros nos inclinamos por esta última, en tanto existe la función ético-social del derecho penal, vista en el párrafo segundo, cuando hablamos de la protección a los valores elementales de la vida de la comunidad, pues al lado del interés jurídico individual está la misión de asegurar la validez real de los valores ético-sociales elementales.

Las diferencias anotadas entre la moral y el derecho se presentan indudablemente entre el derecho penal y las normas morales, pero creemos en la influencia recíproca entre ambas, pues el derecho penal se mueve dentro de la moral al considerar importante la intención del sujeto, como lo anotábamos ya antes; sin embargo, recordando a Kelsen cuando afirma a la moral "como forma estética",¹⁶ ya que en ningún momento es apta para regir los actos del hombre coactivamente, correspondiendo tan sólo al derecho la protección coercible de los intere-

¹⁵ Larroyo, Francisco, *Principios de ética*, México, Porrúa, 1961.

¹⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*

ses jurídicos, debemos aceptar una liga íntima subsistente entre la moral y el derecho penal, ya que encontramos en la valoración legislativa una raíz de las normas estáticas donde se advierten diversas relaciones estrechas entre la norma moral y el derecho penal, sin llegar nunca a confundirse.

f. Referencias históricas

Existieron leyes penales en los pueblos primitivos para proteger y organizar los intereses de las tribus; partían de una base mítica, fórmula religiosa del tabú de hacer o no hacer, fundamentado en las creencias y tradiciones de aquellos pueblos correspondientes a la época del totemismo, en la cual, como ahora, se castigaba el homicidio, pero también el abstenerse de rendir culto al dios.

Antes de las tribus existieron el matriarcado y el patriarcado, después la ciudad, el reino y el Estado moderno, organizaciones en las cuales siempre encontramos normas penales aunque al principio imperfectas y la pretensión de la Iglesia para concurrir con el gobierno a la titularidad del derecho penal. En el matriarcado, la noción de familia estaba estrechamente ligada a la noción de madre, pues el hombre se unía a la mujer sólo en lo transitorio para engendrar a nuevos seres, los hijos de esta unión vivían al lado de la madre hasta en tanto y cuanto no tuvieran la capacidad suficiente en su propio desarrollo para permitirles independizarse de sus madres. En cambio, en el patriarcado surge cuando el hombre es cabeza de la familia, parte del grupo, legislador, sacerdote y juez; la mujer formalmente es reducida a un concepto matrimonial, sin embargo, sigue sosteniendo a las instituciones derrotadas conservando a la familia a su alrededor y la atracción hacia el jefe de la tribu, desde un punto de vista, del amor y de lo sexual. Las tribus surgen de esas nociones del patriarcado, señalándose como muy importantes las doce tribus de Israel, las familias griegas y las tribus de las siete colonias de Roma. Con el tiempo surge una crisis entre la Iglesia y Estado, pues la Iglesia pretende conservar su gran autoridad sobre el Estado, venciendo éste como único tenedor del derecho a determinar e imponer las penas o las medidas de seguridad.

El antiguo pueblo azteca se caracterizó por el rigor de sus sanciones, elemento común de todos los pueblos conquistadores que ejercen el poder para adquirir poder omnímodo, haciéndose obedecer por el temor. No obstante, en el derecho penal azteca también se configuraron delitos

cuyo fin primordial fue la ordenada convivencia social, también severamente castigados, por ejemplo:

Delitos	Penas
Abuso de confianza	Esclavitud
Robo	Restitución, pago, esclavitud, muerte
Homicidio	Muerte
Adulterio	Muerte
Estupro	Muerte
Traición	Muerte
Falso testimonio	Penas del Talión
Riña	Arresto, muerte
Malversación de fondos	Esclavitud
Seducción	Muerte
Calumnia grave y pública	Muerte
Calumnia judicial	Penas del Talión
Pederastia	Muerte

La principal fuente del derecho azteca debió haber sido la costumbre. No cabe duda, sin embargo, existieron documentos jurídicos y aun legislaciones, o mejor dicho, pinturas hechas por los aztecas donde existían las leyes antiguas en forma de pintura. Entre los principales monumentos jurídicos indígenas conocidos actualmente deben contarse el Código Mendocino, las Leyes de Netzahualcóyotl, adoptadas por Moctezuma I, para que rigieran al Estado azteca y el Libro de Oro figurado en la obra de Orozco y Berra. Numerosos datos aparecen además en las obras de los cronistas relativos a las instituciones jurídicas, de carácter penal, civil, mercantil, etcétera, existentes entre los antiguos mexicanos.

Las fuentes de conocimientos del derecho precortesiano son muy escasas, en primer lugar, porque la mayor parte de los monumentos y documentos históricos que contenían principios jurídicos, sufrieron la inclemencia de la conquista española donde éstos, en nombre de Dios, destruían todo cuanto a su paso encontraban creyéndolo obra del diablo; así, quemaron los códices sin piedad, como también desenterraron cadáveres para quemarlos y destruyeron muchas joyas arqueológicas, pero lo que es más sentido para el conocimiento de las instituciones jurídicas, fueron los rollos de signos jeroglíficos.

La historia de las culturas mesoamericanas se halla comprendida del año 3000 antes de Cristo al 1521 de nuestra era, en que la gran Tenochtitlan cayó en manos de los españoles. Este periodo se acostumbra dividirlo en cuatro etapas:

1. La preclásica, que comprende del año 3000 a.C. al inicio de nuestra era.
2. La clásica, que se inicia con nuestra era y que coincide con el principio de la cultura de Teotihuacan, termina con la caída de la misma en el año 600.
3. La postclásica se inició en el año 600 y terminó en el año de 1200, en que es abandonada Tula.
4. La historia se inició hacia 1200; termina el año de 1521 con la conquista de la gran Tenochtitlan.

Creemos que las instituciones penales que mencionaremos se refieren a la época histórica, o cuando menos a la forma de concepción en ella, independientemente de su existencia anterior, pues es precisamente este periodo el mencionado implícitamente por los cronistas, quienes omiten reseñar fecha o época alguna.

Por otra parte, queremos dejar anotado que el territorio actual de la República mexicana, denominado de Anáhuac, donde existió la cultura azteca, estuvo poblado en la época prehispánica por numerosas tribus, pueblos y reinos, pero a la llegada de los españoles se encontraba bajo el dominio de la llamada Triple Alianza, formada por los reinos de México, Texcoco y Tacuba, cuya primacía corresponde a la época referida anteriormente.

Sociedad tan evolucionada como la azteca necesariamente debió regirse por leyes cuya fuente primordial de seguro fue la costumbre, aun cuando existieron leyes escritas o, mejor dicho, pintadas.

Haremos una clasificación de los delitos que, según los cronistas, existieron en esas culturas, atendiendo al sujeto pasivo:

a) En contra del Estado:

1. Traición
2. Sedición
3. Espionaje
4. Suplantación de funcionario

5. Peculado
 6. Uso indebido de insignia
- b) En contra de la sociedad
- c) En contra de la moral pública:
1. Lenocinio
 2. Homosexualidad
 3. Embriaguez
 4. Cópula entre colegiales
 5. Incontinencia sexual de sacerdotes
 6. Diálogo de sacerdotisa o mujer consagrada al culto
- d) En contra de la economía pública:
1. Falsificación de medidas
 2. Hechicería
- e) En contra de la administración de justicia:
1. Abuso de autoridad
- f) En contra de la familia:
1. Adulterio
 2. Incesto
 3. Injurias a los padres
 4. Despilfarro del patrimonio
- g) En contra de las personas en su patrimonio:
1. Fraude
 2. Robo
 3. Abuso de confianza
 4. Daño en propiedad ajena
 5. Despojo
- h) En contra de la vida e integridad corporal:
1. Aborto

2. Lesiones
3. Homicidio

i) En contra del honor:

1. Difamación
2. Calumnia
3. Falsedad en declaraciones judiciales

j) En contra de la inexperiencia sexual:

1. Estupro

k) En contra de la libertad sexual:

1. Violación

Cada delito tenía su pena y era aplicado en diversas formas, la más interesante por su forma de aplicación era la pena de muerte, que variaba según fuera el delito, y la calidad del delincuente, en forma general se producía la muerte por la horca; el robo en el mercado se castigaba con la muerte a palos o a pedradas, y quien asaltaba en los caminos era públicamente apedreado.

Si el sumo pontífice era hallado con una mujer lo mataban con garrote y lo quemaban, los desterraban privándolos de sus bienes; también aplicaban otros castigos a los papas o sumos pontífices, como cuando los tomaban con alguna mujer eran culpados en el pecado nefando (se refiere a prácticas homosexuales), en cuyos casos quemaban algunas partes y en otros los ahogaban.

Los culpables de adulterio eran sancionados con la pena de muerte en el mercado, aplastándoles la cabeza entre dos grandes piedras; en todo el imperio mexicano era castigado este delito, aunque en algunas partes con más rigor que en otras.

A los culpables de homosexualidad se les aplicaba pena de muerte, al activo empalándolo y al pasivo le extraían sus entrañas por el ano.

En consecuencia, la pena de muerte se aplicaba de diversas maneras; a saber:

1. La horca
2. A palos

3. A pedradas
4. Con garrote
5. En la hoguera
6. Ahogándolos
7. Aplastándoles la cabeza entre dos grandes piedras
8. Por descuartizamiento.

Salvo excepciones, en que el pueblo mataba a los culpables a pedradas o el marido autorizado por los jueces, las penas eran ejecutadas por el *teachcauhitin*, que era el comandante militar o capitán de guerra e instructor de la juventud en ejercicios de guerra; pero era además el ejecutor de la justicia, auxiliado de subalternos que él mismo nombraba.

La administración de la justicia estaba a cargo de órganos especiales y se estructuraron detalladamente, en cuya cúspide se colocaba al rey, le seguía el *cihuacóatl* con jurisdicción civil penal en primera instancia, además de funciones de tribunal de apelación respecto de los tribunales inferiores de primera instancia nombrados en sitios alejados, pero de densa población, esta resolución de segunda instancia no era apelable.

Los tribunales de primera instancia eran colegiados, integrándose por tres o cuatro jueces llamados *tlacatécatl*; tenían jurisdicción civil y penal, sus resoluciones penales eran apelables ante el *cihuacóatl*. En los distintos barrios o *calpulli*, funcionaban tribunales llamados *teuctli*, conocían y fallaban asuntos de poca monta, tanto civiles como penales, con tan sólo la obligación de informar al tribunal superior. Estos jueces eran elegidos por el pueblo, así como los funcionarios encargados de la vigilancia y cuidado de cierto número de familias, las cuales habitaban los diferentes barrios.

9. Conceptos jurídicos del delito

Antes de la exposición del tema, debemos establecer sus presupuestos; partiendo del concepto elemental del delito. Este ente ha sido estudiado a lo largo de los tiempos como una relación jurídica entre gobierno y gobernados, cuyo origen y surgimiento es la actividad humana estimada legislativamente como contraria al orden ético-social.

Delito, *delictum* proviene de la raíz latina *delinquere*, que quiere decir "abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".¹⁷

¹⁷ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Mé-

Al estudio científico integral del derecho le preocupa su contenido y repercusiones sociales, fundamentalmente en la rama referida al delito que, a su vez, es estudiado desde otros puntos de vista, como lo considera la historia, la sociología, la filosofía, la antropología, la psicología, etcétera. El devenir histórico nos demuestra cómo en los pueblos primitivos existió una preocupación por guardar un orden, para su logro y conservación se hizo indispensable el uso del poder, de donde derecho y poder no puedan considerarse incompatibles, sino complementarios, donde el derecho como concepto abstracto, general e impersonal necesita de la fuerza indispensable que permita su aplicación. A ese poder aplicado por los pueblos antiguos le podemos llamar fuerza bruta, actualmente la traducimos en coercibilidad, es decir, el derecho admite un cumplimiento no espontáneo; por otra parte, castiga a quienes lesionan los bienes jurídicos en función del derecho penal, conjunto de normas que determinan un delito y las penas que el poder social debe imponer a sus autores.

Carrara define el delito como: "La infracción de la ley de Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso."¹⁸

Garofalo estructura un concepto sociológico del delito al decirnos: "Es la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad",¹⁹ apreciándolo como un hecho natural y con base en la coalición cultural de los pueblos y los sentimientos afectados por los resultados delictuosos.

Jiménez de Asúa nos define al delito "como un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado".²⁰ Citando a Edmundo Mezger nos ofrece una breve noción jurídica formal al decir: "Delito es una acción típicamente antijurídica y culpable."²¹

Dentro de la noción jurídica substancial se habla de dos sistemas de estudios: el totalizador y el analítico; el primero considera imposible dividir al delito para su estudio; el otro acepta su división para estudiarlo en sus elementos constitutivos. De Cuello Calón obtenemos una

¹⁸ Castellanos Tena, *op. cit.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, t. III, 1958.

²¹ *Ibid.*

noción substancial: "El delito es toda acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena".²² En cambio, para Von Liszt: "El delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena."²³

Maggiore da un concepto formal y otro real; en la primera forma llama delito "a toda acción legalmente punible",²⁴ y en la segunda a "toda acción que ofende gravemente el orden ético-jurídico y por eso merece aquella grave sanción que es la pena; en otros términos: delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal para la reintegración del orden ético-jurídico ofendido".²⁵

Castellanos Tena, refiriéndose a las nociones de otros autores, cita a Jiménez de Asúa, quien expresa: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."²⁶ También menciona al marqués de Becaria, quien resume el pensamiento liberal de su época en pugna con la barbarie penal imperante, a quien se debe la siguiente fórmula derivada del contrato social de Juan Jacobo Rousseau: El principio de la legalidad formal del delito y de la pena:

Nadie podrá ser castigado por un acto u omisión no consignado con anterioridad en una ley, ni imponérsele pena que la ley no hubiere establecido previamente. Podemos afirmar que a partir de su gran obra en 1764, se despierta el entusiasmo por los estudios serios y sistematizados del derecho represivo y poco a poco se va iniciando una corriente de pensamiento a la cual se le denominó escuela clásica, en realidad no integra un todo unitario, pues dentro de su mismo seno se encuentran ideas opuestas y a veces contradictorias.²⁷

Estudiando los diversos conceptos que sobre el delito se han elaborado, Martínez Inclán afirma la existencia de tres elementos constantes de la norma jurídica penal, dos de los cuales tienen estructura formal y permanente, aunque influidos y determinados tanto por el tiempo como por el lugar acerca del cambiante tercer elemento. Los dos primeros son el elemento objetivo y la sanción, es decir, lo que se castiga y la

²² Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, Barcelona, Moach, t. I, 1968.

²³ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1967.

²⁴ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. El delito*, Bogotá, Temis, t. 1, 1954.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Castellanos Tena, *op. cit.*

²⁷ *Ibid.*

pena. El tercer elemento es la reprochabilidad o sea, el porqué debe castigarse, en sus dos aspectos objetivo y subjetivo. Afirmando que en un principio la reprochabilidad subjetiva era ajena a los dos elementos, radicando en la aplicación del titular del poder quien tan sólo tomaba en consideración la lesión a los intereses protegidos; originando así que se pretende castigar a los animales, a la naturaleza, a los dioses, cómo imponer castigo a dos personas autoras de la misma lesión e idéntico interés, no obstante ser su conducta opuesta en el orden subjetivo, dolosa o culposa.

Con el advenimiento del humanismo, la reprochabilidad tuvo que analizarse ya en la subjetividad del autor de la lesión, desapareciendo así los absurdos planteados, pues tan sólo son reprochables los seres humanos imputables y en el grado en que participe su voluntad de comportamiento.

Ofrecemos el siguiente concepto material de delito y es la conducta objetiva y subjetivamente reprochable, añadiendo para integrar el concepto de norma penal acreedora a una sanción penal o de otro modo dicho, la valorización de una conducta que ha lesionado un bien jurídico para efectuar la determinación de la responsabilidad penal de su autor (sentencia de juez) conteniendo tres elementos, a saber:

1. *Formal*. La conducta contenida en la ley (delito desde el punto de vista formal, equivalente a la descripción de la posible lesión de un bien jurídico).
2. *Objetivo*. No estar autorizada expresamente por la ley dicha conducta (causas de justificación o ilicitud).
3. *Subjetivo*. Capacidad de orientar la voluntad hacia la realización de ciertos comportamientos para la obtención de ciertos resultados, así como de entender la licitud e ilicitud tanto de comportamiento como de los resultados (imputabilidad); afirmando que la culpabilidad es una referencia para fijar el *quantum* de la pena, atendiendo a la previsión, intención y producción del resultado.

h. *Clasificación de los delitos*

En la actualidad, la doctrina penal presenta gran diversidad de criterios para clasificar los delitos. Soler afirma: "La gran variedad de las figuras es un obstáculo al éxito del intento de clasificar y distribuir sistemáticamente toda esa clase de elementos, tégase bien presente,

afirma, que nos referimos a elementos constitutivos de figura y no a elementos constitutivos del delito.”²⁸

No obstante lo anterior, y para completar un renglón no tomado todavía en cuenta íntegramente por los autores, nosotros creemos factible la posibilidad de una clasificación sistemática si seguimos un orden lógico y atendemos los tres apartados de la teoría del delito: los presupuestos, los elementos y sus formas de aparición, con lo anterior creemos salvar las omisiones y falta de claridad en que se incurre, ya que veremos cómo se clasifica el delito partiendo:

- a) De las formas de conducta
- b) De los elementos típicos
- c) De las formas de culpabilidad.

Soler ofrece diversas clasificaciones: instantáneos, continuados, permanentes y de efecto permanente; de daño y de peligro; materiales, formales y de pura acción; simples y complejos, calificados y privilegiados; especiales; de acción, de omisión, de comisión por omisión, de acción doble, de acción bilateral y multilateral, unisubsistentes y plurisubsistentes; dolosos y culposos; pero de su exposición no apreciamos un orden sistemático.

Maggiore clasifica los delitos en: de acción, de omisión y de comisión por omisión; simples y complejos; unisubsistentes y plurisubsistentes, delitos tipo y delitos circunstanciados; dolosos, preterintencionales y culposos; formales o de peligro y materiales o de resultado; delitos instantáneos, permanentes y continuados; de daño o lesión, de peligro, de doble resultado, es decir, cuando concurren peligro y daño, delitos individuales y colectivos; comunes y especiales; de sujeto indiferente y de sujeto calificado; de ejecución personal o de propia mano, sin que apreciemos tampoco bases sistemáticas en su pensamiento.

Por último, Cuello Calón nos habla de delitos de comisión por omisión o falsos delitos de omisión, de acción y de omisión; dolosos, culposos y preterintencionales; delitos consumados y frustrados; de lesión y de peligro; instantáneos y permanentes, formales y materiales; simples y complejos, sin precisarnos los puntos de vista tomados en cuenta.

En un esfuerzo por organizar dichas clasificaciones, nos permitimos ordenarlos como sigue:

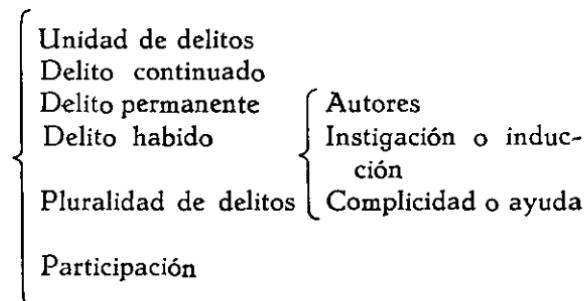
²⁸ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1953.

PRESUPUESTOS	Bien Jurídico	Daño Peligro Simples Complejos
	Objeto Material	
ELEMENTOS	Conducta	Comisión Simple omisión Comisión por omisión Acción doble Acción unilateral y multilateral
	Tipicidad	Instantáneos Continuados Permanentes Efectos permanentes Como retribución Como disminución de pena un bien jurídico
	Punibilidad	como medio preventivo medidas de seguridad especial y general
FORMAS DE APARICIÓN	Tentativa Participación Complicidad secundaria Instigación	Complot Banda Cuadrilla

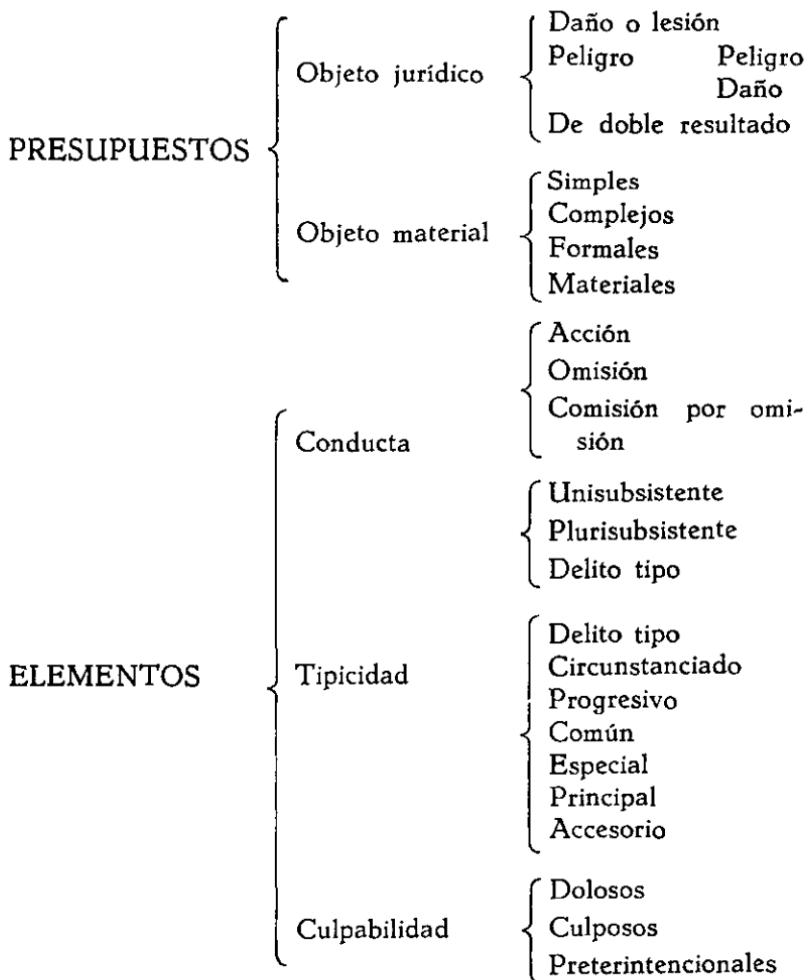
De Cuello Calón:

PRESUPUESTOS	Objeto jurídico	<ul style="list-style-type: none"> Lesión Peligro
	Objeto material	<ul style="list-style-type: none"> Simples Complejos Formales Materiales
ELEMENTOS	Conducta	<ul style="list-style-type: none"> Comisión por omisión Acción Omisión Unisubsistentes Plurisubsistentes
	Tipicidad	<ul style="list-style-type: none"> Básicos Fundamentales
	Culpabilidad	<ul style="list-style-type: none"> Dolosos Culposos Preterintencionales
	Punibilidad	<ul style="list-style-type: none"> Determinación de la cuantía de la pena Determinación de las medidas de seguridad
		<ul style="list-style-type: none"> Otros elementos tomados en cuenta para la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes.

FORMAS DE APARICIÓN



De Giuseppe Maggiore:



FORMAS DE APARICIÓN

- | | |
|---------------------|--|
| FORMAS DE APARICIÓN | <ul style="list-style-type: none"> Tentativa Copartición Unidad y pluralidad de delitos Reincidencia Habitualidad Profesionalidad Tendencia a delinquir Continuados Permanentes Instantáneos |
|---------------------|--|

De las clasificaciones estudiadas, concluimos lo siguiente:

a) Cuello Calón y Giuseppe Maggiore coinciden en relación al presupuesto llamado objeto jurídico, pues hablan de delitos de daño, de peligro y de lesión. En nuestra opinión, estos autores incurren en falla al considerar la lesión como una tercera forma, pues creemos es el género de las especies daño y peligro. En este aspecto coincidimos con Sebastián Soler para justificar nuestra aseveración. En relación al objeto material los tres juristas clasifican los delitos en: formales y materiales. Los mismos autores en orden a la forma de conducta coinciden en clasificar a los delitos en delitos de acción, de omisión y comisión por omisión. En cuanto al número de actos integrantes de la conducta los dividen en unisubsistentes y plurisubsistentes. En relación al tipo los clasifican en especiales, básicos y fundamentales. Coincidem también en orden a la culpabilidad al hablar de dolosos, culposos y preterintencionales, y en lo que hace a su consumación al mencionar los instantáneos, los continuados, los permanentes y los de efectos permanentes, así como respecto a la punibilidad, pues citan los delitos calificados y los privilegiados.

Las diferencias posibles dentro de estas clasificaciones, podemos decir en verdad son pocas, todos nos hablan de los mismos delitos aunque algunos establecen una subdivisión más como es el caso de Soler, al agregar los delitos formales y materiales, los de pura acción, los de acción doble, de acción bilateral y de multilateral. Cuello Calón inserta los delitos de falsa omisión y los continuados, así como los permanentes, los de hábito en orden a su forma de aparición; a diferencia de los demás autores.

Ahora bien, una clasificación y distribución sistemática según nosotros, considerando las bases apuntadas sería:

PRESUPUESTOS	Objeto jurídico	Daño Peligro
	Objeto material	Materiales Formales
ELEMENTOS	Conducta	Acción Omisión Comisión por omisión Unisubstintentes Plurisubstintentes
	Tipicidad	Básicos o fundamentales Especiales Abiertos Cerrados
ELEMENTOS	Culpabilidad	Dolosos Culposos Preterintencionales
	Punibilidad	Normales Calificados Privilegiados
FORMAS DE APARICIÓN	Tentativa	Acabada Inacabada
	Participación	Complicidad o ayuda Instigación Encubrimiento
	Consumación	Instantáneos Continuos permanentes Efectos permanentes

Como se habrá advertido, hemos ubicado los delitos en cuanto al resultado que producen, respecto a los presupuestos "bien jurídico" y "objeto material", dándole a cada uno su especial connotación que no apreciamos claramente en las obras consultadas, pero que el maestro Martínez Inclán ha propuesto en la siguiente forma:

Objeto jurídico. Es aquel interés de las personas físicas o colectivas, éstas de derecho público o privado, protegido por la ley bajo la amenaza de una sanción penal.

Objeto material. Es aquel ente que ocupa un lugar en el tiempo y en el espacio y sobre el cual recae, o debe recaer, la conducta típica.

Así, clasifica los delitos en orden al resultado y tomando en cuenta la lesión producida al objeto jurídico en:

1. Delitos de daño. Cuando como consecuencia de la conducta se lesione el bien jurídico, alterándolo, disminuyéndolo, comprimiéndolo o destruyéndolo.
2. Delitos de peligro. Cuando como consecuencia de conducta se coloca al bien jurídico en una situación tal que implique la posibilidad de un daño.

Tomando en cuenta al objeto material:

1. Delitos formales de mera conducta, sin resultado, material o de resulta jurídico. Cuando el objeto material no sufre ninguna alteración en su esencia como consecuencia de la conducta.
2. Delitos materiales, de resultado, de resultado material o de resultado material y jurídico. Cuando se altera la esencia del objeto material como consecuencia de la realización de la conducta.

A manera de ejemplo tenemos lo siguiente: el homicidio es un delito de daño porque el bien jurídico, la vida humana, es destruido y material porque se altera la esencia del objeto material. El fraude es un delito de daño porque se disminuye el patrimonio del sujeto pasivo, y formal porque el objeto material no es alterado en su esencia.

El robo es un delito de daño porque sufre el patrimonio del sujeto pasivo una disminución y formal, en tanto que el objeto de apoderamiento por este solo hecho no sufre alteración en su esencia, si lo sufriera, habría un resultado material, pero no sería robo sino daño en propiedad ajena; cuando concurre apoderamiento y daño del objeto material, subsiste tan sólo el delito de robo en razón de resolverse así

el concurso aparente o incompatible de normas, claro, habrá consecuencias jurídicas para efectos del pago de la reparación del daño ante la imposibilidad de restituir la cosa al sujeto pasivo.

Incluimos en nuestra clasificación de los delitos a los tipos abiertos y a los cerrados en base al comentario hecho por Juan Córdova, traductor de Reinhart Maurach, quien señala:

La realización del tipo, dice Welzel (Berlín, 1957), implica la antijuricidad, en tanto no concurre una causa de justificación (efecto indicario del tipo); tras la observación de que se ha realizado el tipo, la antijuricidad será afirmada en virtud de un proceso puramente negativo, a saber, por la averiguación de que no concurre causa de justificación alguna. Así tiene lugar en la mayoría de tipos, esto es en todas las figuras legales descritas con características reales fácticas. Pero, junto a los tipos cerrados, existen ciertas figuras, tras la apreciación del tipo —que, a diferencia de lo que sucede en los tipos cerrados, no produce efecto indicario del injusto— el esclarecimiento de la antijuricidad requiere de dos fases: afirmación de la presencia de esas “características especiales de la antijuricidad” que fundamentan el deber jurídico del autor —y averiguación de que no concurre causa de justificación alguna (Welzel JZ, 1952, pág. 343. Expuestos el pensamiento de Welzel con claridad por Claux Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburgo, 1959, pp. I y ss.)—. Ha calificado Welzel de tipos abiertos, comprensivos, de características especiales de la antijuricidad.²⁹

Consideramos a los tipos abiertos aquellos que describen resultados y tipos cerrados, aquellos que describen la conducta.

Siguiendo el orden de clasificación expuesto, y atendiendo al bien jurídico, tenemos delitos de daño y de peligro; los primeros son aquellos cuya conducta destruye el bien jurídico (homicidio). Los segundos son aquellos cuya conducta coloque a los bienes jurídicos en una situación tal que impliquen la posibilidad de daño (abandono de persona, atropellado, omisión de auxilio).

Los delitos instantáneos, los instantáneos con efectos permanentes, los continuos y los permanentes se refieren a la consumación del delito en relación con la conducta: así, son delitos instantáneos aquellos que se agotan en el mismo instante en que se realiza la conducta, es decir, en un solo momento; son instantáneos con efectos permanentes cuando se agotan al realizarse la conducta, pero siguen perdurando sus conse-

²⁹ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962.

cuencias (en las lesiones se consuma el delito al alterarse la salud y sus efectos perduran). En los delitos continuados existen diversos bienes jurídicos lesionando derivados de la realización de varias conductas. El delito permanente es aquel donde existe continuidad en la ejecución de los actos, sin esta permanencia no podrá haber consumación, pensamos en el rapto como un ejemplo de delito permanente, pues se necesita la comprensión del bien jurídico por más o menos tiempo, que en nuestra legislación se le llama continuo, según aparece textualmente en su artículo 19: "No hay acumulación cuando los hechos constituyan un delito o cuando en un solo acto se violen varias disposiciones penales. Se considera para los efectos legales, delito continuo, aquel donde se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo la acción o la omisión que lo constituye." Al respecto, Soler argumenta: "Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite por sus características el poder prolongar voluntariamente en el tiempo de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos."³⁰

De acuerdo con el número de actos necesarios para integrar la conducta típica, pueden ser unisubsistentes y plurisubsistentes, según se requiera uno o varios actos; tomando en consideración el número de sujetos, el delito podrá ser unisubjetivo o plurisubjetivo, según requiera el tipo uno o varios sujetos.

Castellanos Tena ofrece una clasificación a nuestro juicio importante; se trata de los delitos del "orden común", correspondientes a los delitos tipificados en las leyes aplicables sólo dentro de las entidades de la República y los federales relativos a las leyes aplicables en toda la República; también menciona los delitos oficiales, o sea, los cometidos por los empleados o funcionarios públicos en ejercicio de su cargo; así como de los delitos cometidos por militares, como son, el ataque a la reglamentación del orden y disciplina del ejército; en cuanto a los delitos políticos, nos hace patente su indefinición, pero piensa "son los encaminados a lesionar al Estado, a su organización, a sus representantes y a la realización de sus fines de carácter social y humanitario".³¹

Maggiore, tomando en cuenta la intención, los divide en delitos de dolo, de culpa y preterintencionales, especies a las cuales se les debe dedicación especial, bástenos ahora tan sólo precisar su contenido; así, el dolo denominado por Maggiore "según la conducta", se presenta al

³⁰ Castellanos, Fernando, *op. cit.*

³¹ *Ibid.*

realizarse una conducta con intención de provocar un resultado o previéndose éste no se pone medio alguno para evitarlo; culpa o "contra intención", según el mismo autor, cuando al violarse los deberes de atención y cuidado emanados de la convivencia social o del Estado se provoca un resultado típico; la preterintencionalidad, llamada también por Maggiore "más allá de la intención", cuando se provoca un resultado típico de mayor gravedad que el querido, verbigracia: un sujeto realiza una conducta con el propósito de inferir lesiones a otro, pero como consecuencia de la misma conducta se produce un homicidio, según Porte Petit esta forma se encuentra establecida en el artículo 9o. fracción II del Código penal, este mismo autor "califica a la preterintencionalidad asegurando la concurrencia de dolo en el inicio y culpa en el resultado".³²

³² Porte Petit, Celestino, *Apuntes de la parte general del derecho penal*, México, 1960.