

# DERECHO PENAL MEXICANO

LOS DELITOS

FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA  
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MÉXICO

# DERECHO PENAL MEXICANO

LOS DELITOS

TRIGESIMA QUINTA EDICIÓN



EDITORIAL PORRÚA  
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15  
MÉXICO, 2004

Primera edición, 1935

Derechos reservados

Copyright © 2004 por JULIETA GONZÁLEZ DE LA VEGA DE PÉREZ MARTÍNEZ  
Salvador Novo, 133, Coyoacán, D. F.

Esta edición y sus características son propiedad de la  
EDITORIAL PORRÚA, S. A. DE C.V. —4  
Av. República Argentina, 15, 06020, México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-5262-3

La actualización de esta edición fue hecha por el  
LIC. JESÚS PÉREZ MARTÍNEZ

Agradezco al Licenciado  
Francisco Pérez González de la Vega  
su colaboración para la puesta al día  
de esta edición.  
J.P.M.

IMPRESO EN MÉXICO  
PRINTED IN MEXICO

## DEDICATORIA

*A las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional Autónoma de México, Juárez del Estado de Durango, de Guanajuato, de Puebla, de Veracruz, Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y de Yucatán, que me distinguieron otorgándome sus altos grados y las diversas escuelas de Derecho que adoptaron el presente libro, así como a las Facultades de Centro y Sudamérica, que me cedieron generosamente sus cátedras.*

FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA.



## NOTA DEL AUTOR

*Esta obra contiene el resumen escrito de mis lecciones orales en la Facultad de Derecho de la Universidad de México. Dedicada como está a los estudiantes de Derecho, a los funcionarios judiciales y, en general, a los abogados; he pretendido aprovechar mis experiencias como profesor universitario, como antiguo juez penal y como representante judicial honorario que fui ante la Comisión Redactora del Código Penal de 1931, para conformar mis explicaciones al método de los programas de cátedra en la Facultad, a la legislación vigente y a la práctica de nuestros tribunales. A pesar de sus reformas, el Código en vigor permite una clara exposición sistemática de sus instituciones, gracias a su técnica sencilla y al hecho de haber sido generalmente adoptado por los Estados de la República.*

*Para ponerla al día, en la presente edición hago referencia, y examino comentándolas, a las numerosas reformas —la mayor parte infortunadas— que se han introducido a la redacción original del Código Penal de 1931 vigente para el Distrito Federal en materia del orden común y para toda la República en el fuero federal. Pero en varias ocasiones conservo, también, los análisis y comentarios a la redacción legislativa original, porque muchas de sus normas pasaron sin modificaciones y suelen estar vigentes en diversas legislaciones de los Estados de la Federación. Además, atendiéndose a sus fechas, podrá observarse que frecuentemente las explicaciones aparecidas desde las primeras ediciones de este libro, sirvieron para informar la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación y de los tribunales ordinarios.*

*México, D. F., octubre de 1975.*

## NOTA DE LOS EDITORES

*Nuevamente expresamos que debido al interés, siempre creciente, que han demostrado todos los amantes del Derecho Penal, no sólo de México, sino de gran parte de Latinoamérica, y en atención a que el Derecho Penal Mexicano: Los delitos, del insigne jurista Francisco González de la Vega, sirve de texto en las Escuelas de Derecho de la Universidad Nacional de México y del resto de las Universidades de la República, así como de varias de Centro y Sudamérica, además de servir de continua fuente de información para los tribunales, el autor nos ha dado permiso para reimprimir una nueva edición de tan estimada obra.*

*Dadas las múltiples reformas que ha tenido el Código Penal de 1931, esta edición ha sido puesta al día por el autor con el objeto de que los estudiosos conozcan con exactitud los textos legales vigentes con sus comentarios y puedan compararlos con la redacción original y las explicaciones, también del doctor González de la Vega.*

*Como homenaje al finado señor licenciado don Emilio Pardo Aspe, antiguo Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de México, se han reimpreso su notable prólogo y su ejemplar carto, que aparecieron en las primeras ediciones, por estar sus pensamientos tan asociados al libro y seguir con plenitud vigentes en la consideración de los juristas.*

*Como siempre los editores agradecen la generosa acogida con que los cultivadores del Derecho Penal recibieron las ediciones precedentes y les ofrecen la actual con el deseo de acrecentar los estudios de tan importante rama del Derecho.*

México, D. F., noviembre de 1975.

## PRÓLOGO

### DE LA PRIMERA EDICIÓN DE LA PRIMERA PARTE

*En esta pequeña obra, Francisco González de la Vega retrata fielmente su fisonomía mental, cuyos perfiles son múltiples. Aquí, sin reserva, se pertenecen el libro al autor y el autor al libro; y el secreto de esa íntima fusión reside en el que el escritor, mientras construía la obra, la llevaba consigo, en germen, tanto al pulcro ejercicio de su actividad civil como a la cátedra, en la Facultad y en la Escuela Libre. Durante las horas hábiles, y las inhábiles, desde dos planos que forman ángulos complementarios, cotidianamente asistía al planteamiento, desarrollo e insolución del problema penal. A ello se deben también la ponderación y equilibrio que revela "El Derecho Penal Mexicano". Las audacias del estudioso, demasiado sensible, tal vez, a la seducción de a paradoja y las posiciones extremas, veíanse coartadas en su imprudente anhelo por la mesura y cautela del juzgador. De lo cual resulta, además, que la obra esté dirigida por el sentimiento de la realidad, inmediatamente aprovechálbe en la solución del conflicto práctico.*

*Las doctrinas que nos explica González de la Vega han sido contrastadas con la diaria experiencia. Desde ese punto de vista, podemos reputarlas ortodoxas para su día. No rigen siempre los puntos resolutivos de las sentencias; pero en los considerandos a menudo las declara y las examina nuestra moderna judicatura. En este sentido, la obra de Gonzálo de la Vega algo tiene de colectivo. Nuestro momento penal está en ella.*

*En el estudio del delito de lesiones, con su Tabla de Penas, escrupulosamente tarifadas, y el problema de la intención y la tentativa, ocurriendo, respecto a la primera, la eventualidad del resultado lesivo, y la indeterminación del daño-punible, en orden de la segunda; en el análisis de los homicidios especialmente sancionados, con singularidad el de los adúlteros, y en el comentario de las "Reglas Comunes", es donde se pone de resalto, con mayor evidencia, la preocupación por dar con el desenlace práctico.*

*Pero el autor no descuida las exigencias académicas. En los principales capítulos recoge esmeradamente el dato retrospectivo y presenta la evolución de los delitos a través de la historia y la legislación comparada. Esto, sin embargo, lo hace sin actitud erudita, sino antes*

bien; interesadamente, para mejor explicar el régimen vigente de cada infracción, desentrañando su oculta raigambre en las capas subterráneas de la cultura.

Tocante al estilo, alcanza González de la Vega, tersura, perspicuidad, concisión ejemplares. Seguramente, en vano buscaríamos en su libro "La frase" ni el período declamatorio, lo cual no es poco decir refiriéndome a un escritor mexicano sobre Derecho Penal; pero el prurito de sencillez, en tal o cual página, redundante en cierto abandono, que no llamaremos artificial, sino deliberado.

Tampoco desconsidera el joven autor el peso de la tradición jurídica mexicana, y consulta con reverencia a los caros Maestros, Martínez de Castro, Sodi, don Miguel Macedo y el licenciado Medina y Ormaechea, nuestro benedictino, cuyo "Código" y otros eruditos trabajos requiere de arrinconado anaquel; y asoma el oído, esta y otra mañana, a las aulas en que explican la asignatura, ora en la Escuela Libre ora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, los distintos profesores de la materia... Más evidente es la frecuentación de aquellos profesores que lograron recoger su enseñanza en la obra escrita. Ecos que vienen de las escuelas, no se apagan por el rumor de los tribunales. Por igual escucha la afirmación del Magistrado "que sienta jurisprudencia", y la atormentadora interrogación del estudiante, leve semilla al viento.

El estrecho marco del Libro de los Delitos constantemente se ve excedido por el autor. Incapaz para limitarse a la mera descripción de los tipos en particular, como lo hace entre algunos modernos, Francisco Goyet, invade dominios ajenos al Derecho Penal Especial. Mantiene su actitud irreconciliable con la pena de muerte, coincidiendo con la del grupo a que pertenece, y quizá una de las citas más extensas que hallamos en el libro, sea la que hace de Raúl Carrancá y Trujillo, cuyas indagaciones psicoanalíticas, por cierto, han sido notadas por Freud.

Expositor, fundamentalmente, del Derecho Penal Objetivo, el licenciado González de la Vega no se olvida un instante del hombre que está detrás de la reja. Por lo contrario, a cada línea se manifiesta el escrúpulo del joven penalista por identificar, con el pretexto que le ofrece la imputación, a la persona del imputado. Por esa disposición penetra el sentido interno de las modificativas de responsabilidad, como la figura de la riña, en la cual sólo le interesan los reñidores, y de igual modo acierta a elaborar la teoría de las calificativas de las lesiones y el homicidio, aun las más oscuras, tales como "la ventaja" en derecho patrio y la "brutal perversidad", viejo denominador común de los homicidios simples. Singular perspicacia desarrolla Francisco González de la Vega cuando explica estas "circunstancias" e in-

*estimable es el contingente de valoración subjetiva con que enriquece nuestra doctrina.*

*Me abstengo de prestar relieve a cierto desmayo que me parece advertir en el tratamiento de los delitos de "abandono". En cambio, con delectación me demoraría en el comentario de los capítulos destinados al infanticidio y el aborto. Con fina dialéctica escruta el autor problemas y soluciones, para inclinarlos, casi irresistiblemente, a pro-hijar las suyas, aun venciendo formales antagonismos. Al sentimiento de la realidad jurídica, en la exposición de estas manifestaciones de criminalidad, se auna la intuición sociológica, si en verdad nuestro México tiene sociología.*

*Al Derecho Penal no se le debe pedir sino lo que a su alcance queda. Ya don Luis Chico Goerne, una mañana, en cátedra, logró que sus alumnos oyeran, materialmente, como un andar que se apoya en muletas, el lento paso del Derecho Penal, "que siempre llega a la zaga". Con todo, en este libro, por la inquietud de la pluma que lo escribió, en un pasaje y en otro, tal vez se acelera el movimiento y adquiere presteza y vivacidad el ritmo.*

*No he querido disimular en estas notas mi simpatía intelectual por el autor de "El Derecho Penal Mexicano". Es que, sin la simpatía o sin la aversión del lector, cosa muerta es el comentario. Así, exteriorizo, con llaneza mi entusiasmo ante el nuevo libro. Mi sola inquietud está en que no le sigan otros volúmenes, para formar un Tratado completo de los delitos. En este Tomo se contiene la exposición de un Título (Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal) y el temario corresponde a la asignatura explicada en el último período lectivo. El texto no carece, por tanto, de unidad ni de integridad. No obstante, la obra quedará mítica y en cierto sentido el autor frustrará a su esfuerzo si no lo lleva adelante para completar su Tratado con la explicación de las otras categorías. Séame permitida esta admonición, por la cordialidad que la inspira ya que no escasean, entre nuestros escritores, los ejemplos en que la fundo. (Nota: Con posterioridad aparecieron las Segunda y Tercera partes del libro.)*

*Quiero resumir en una palabra mis impresiones. Prescindo de la utilidad que ofrece, para el doctor y el práctico, en el postulado, en la cátedra y la Magistratura, el "Derecho Penal Mexicano, Delitos en Particular". El alumno es a la postre su destinatario auténtico y el alumno hallará en el nuevo libro normas claras y orientación segura. Dijérase que Francisco González de la Vega lo dictó en clase, saliendo de la Biblioteca de la Facultad, entre dos audiencias.*

México, D. F., enero de 1935.

EMILIO PARDO ASPE

CARTA DEL DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO,  
EMILIO PARDO ASPE PUBLICADA EN LA PRIMERA EDICIÓN  
DEL SEGUNDO TOMO, AHORA SEGUNDA PARTE  
DE ESTE LIBRO

Octubre 24 de 1936.

Señor Profesor

don Francisco González de la Vega

México, D. F.

Caro Maestro,

*He conversado con el Rector, don Luis Chico Goerne, y puedo decir a usted que la Universidad acoge con beneplácito el Tomo II, (ahora Segunda Parte) del "Derecho Penal Mexicano", concebido al calor de las aulas y al servicio de ellas "predestinado".*

*Ya adivina usted el porqué del prefijo. La Parte Primera corre en manos de todos los estudiantes; pero no fue escrito para estudiantes. Ellos lo intuyen y lo agradecen. Nada hay en la obra que señale algún "camino más corto" hacia el saber. Muy leída de los juristas, mereció comentario tan honroso como el de Eugenio Cuello Calón y ha llegado a reverberar sensiblemente en nuestra jurisprudencia práctica. Si va cobrando color de libro de texto, es por su oculto rigor metódico, por la concisión y suficiencia de su doctrina, por la soltura y la claridad. No en vano inició usted sus estudios jurídico-penales en los autores franceses.*

*Quiero felicitarle por su nueva realización. El éxito logrado por usted para la Parte Primera, tenía que prestarle estímulo para componer la Segunda. Mas el tabú cervantino era angustioso de superar y a menudo ha debido usted de sentir que la aridez del tema le anemiaba la inspiración, siempre bien contenida. Los delitos "patrimoniales", son como adusta planicie, yermada por el apriorismo estólido y el lugar común, cuando no por audaces incursiones "civilistas", perturbadoras por la inadecuación del criterio y la disciplina. Ciertamente, la que usted emprendía no era jugosa labor de recolección, sino de barbecho. Los quince (originales) tipos de nuestro fraude, sin referirme a otros delitos de esta categoría, son quince hazas sin deslindar. Poco es, que yo*

sepa, en volumen y en densidad, lo que la bibliografía especial ofrece: Totalmente carecen de ella algunas de las infracciones creadas por el Código de 31. Además, la jurisprudencia se define con lentitud... De tan fatigadora tarea emerge usted, alterado apenas para ofrecerle a México una obra llena de claridad.

Afirman de Pablo Anselmo Von Feuerbach "luz de fuego" que revelaba superior maestría en forjar la fórmula de las infracciones. Aún se llega a decir que las figuras mejor construidas, tal como las presentan los Códigos modernos, llevan la indeleble impronta de aquel maestro. Con ello hubiere bastado para construir el pedestal en que se yergue, inmune al rigor de un siglo. Para mí, el penalista (no hablo del criminólogo) desarrolla su actividad suma en la formulación de los tipos. Pero la función del jurista es creadora también cuando los interpreta; esto es, cuando reduce el modelo, disociando sus elementos en el análisis, y en la final síntesis lo reintegra.

En el primer número de la "*Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*", publicada por la Universidad de París, con patriótico orgullo advierto una nota bibliográfica sobre "*La Réforme des Lois Pénales au Mexique*", opúsculo presentado por usted, como aportación de nuestro país, a los Congresos de Berlín y de Copenhague reunidos en 35. En su rápido comentario Marc Ancel deplora que no se hubiera traducido también la parte especial de nuestro Código, porque una legislación penal descubre —según él— "su carácter y originalidad verdadera, por la forma como trata los delitos en particular". La aserción de tan respetable jurista, Secretario del Instituto de Derecho Comparado, no me parece exacta. Muchos de los códigos contemporáneos, en lo que se refiere al "tratamiento de los delitos", hallan común entronque en el viejo ordenamiento francés, patrón ya obsoleto de legisladores. No es allí, donde hemos de buscar las divergencias características. El "tono" de nuestra ley penal, antes que la ecuación del homicidio o el régimen del estupro, lo darán sin duda el catálogo de eximentes, las reglas para la aplicación de penas y medidas de seguridad, el concepto del delincuente biotípico por inclinación viciosa, sin justicia señalado con despectivo gesto por don Quintiliano Saldaña. El libro de los delitos pertenece a la geometría del Derecho Penal.

En su nueva obra, consagrada a la explicación, del Título XXII, se comporta usted, ante todo, como geómetra excelente. Los autores de tratados especiales que yo conozca no aspiran a mejor título. Tiene usted como ejemplo el "*Précis*" de Francisque Goyet. Cada día se acrecienta su autoridad. Los críticos lo comentan con encomio. Este año ha obtenido el premio Wolowsky, tan codiciado... Con todo, Goyet sitúa su tarea, tan práctica y tan sucinta, en el plano de la descripción

*pura. Para ceñirse al programa de la Facultad, en el Tomo II de su "Derecho Penal" así como en el volumen que le precede, tampoco usted se desvía del tema rector; pero ahonda la mirada hacia otras dimensiones. Cuando más aguda se revela su perspicacia, es cuando la aplica usted a deshebrar limpiamente de la urdimbre de los tipos, la tenue trama de índole normativa, intáctil algunas veces por sutil o por recóndita, cuya educación y valoración exigen, de jueces y de maestros, la más fina sensibilidad a las indicaciones que emanan del total complejo de la cultura. Y por ese ir y venir frecuente, del reino de los conceptos al mundo de las realidades, acierta usted a presentar las trayectorias de los delitos, no su figura inmóvil.*

*Por la presión interna de los elementos de valoración jurídica y cultural (cuya función he sido yo el primero en resaltar, este año, en nuestras Escuelas), los tipos rompen el hermetismo que la leyenda profana les atribuye. Dejan la estafa de ser una elipse y un círculo el robo, trazados sobre las páginas de la edición oficial del Código, o en el encerado de una aula sorda al rumor y tumulto de la ciudad. Mediante una interpretación que me atrevería a llamar "dinámica", proyecta usted los esquemas sobre ámbitos no poblados por abstracciones, sino por seres, y los realiza en concretas zonas de humanidad que respira (o se asfixia) en su atmósfera natural. Humanidad nuestra, se entiende; incongrua, rebelde, hambrienta.*

*En este sentido, y ante concreción parecida, es cierto que los caracteres fundamentales y la genuina originalidad del legislador se patentizan en la Parte Especial. Aún es posible reconstruir la jungla por el félido y al félido por la garra. Pudiera un tipo solo reflejar y así ocurre en algunos capítulos de la obra de usted, vastos sectores del horizonte criminológico e indicar el trazo, todavía indeciso, de las rutas antropotécnicas. Mas la meta a que usted se llega no es asequible sin reflexiva observación y honda y larga experiencia. No lo es sin ávida y árida indagación, dentro y fuera de la conciencia, y en contacto magnético, espiritual y sensual, con la vida.*

*Precisamente a ese feliz esfuerzo de investigación, aparte los méritos de otra índole, ya esbozados, responden la atención y el aplauso de la Universidad Nacional de México. Muy engreído estoy de que sean estas líneas el vehículo encargado de transmitirlos.*

*De antaño conoce usted la consideración y la estima que le guarda su amigo y servidor q.e.s.m.,*

EMILIO PARDO ASPE  
Director de la Facultad de Derecho.



**PRIMERA PARTE**

**DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA  
INTEGRIDAD CORPORAL**

# CAPÍTULO I

## DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

(TÍTULO XIX DEL LIBRO SEGUNDO DEL C. P.)

### TEMARIO

1. Crítica a la clasificación del Código de 1871.—2. Crítica a la clasificación del Código de 1929.—3. Sistema adoptado en la legislación vigente; su crítica por lo que se refiere al delito de abandono de personas.—4. El disparo de arma de fuego, el ataque peligroso y la inducción o cooperación al suicidio como delitos especiales; enumeración general.

1. En el Código de 1871 los delitos en contra de la vida y la integridad corporal se encontraban enumerados en el Título de "Delitos contra las personas, cometidos por particulares", que comprendía no sólo las lesiones, el homicidio, el parricidio, el aborto, el infanticidio y el duelo, sino también los golpes y otras violencias físicas simples, la exposición y el abandono de niños y enfermos, el plagio, los atentados cometidos por particulares contra la libertad individual y el allanamiento de morada. El sistema seguido por el citado Ordenamiento presentaba el inconveniente de agrupar en una sola clasificación delitos de tan diferentes consecuencias jurídicas como son aquellos que afectan directamente la vida y la integridad fisiológica de las personas y aquellos que lesionan simplemente su libertad y, además, el de pretender integrar una enumeración completa de los delitos contra las personas cometidos por particulares, siendo así que sólo se incluía escasa parte de ellos, quedando excluidos de esta denominación tipos de infracciones evidentemente realizadas por particulares contra las personas, especialmente los delitos patrimoniales, los sexuales y los llamados delitos contra el honor.

2. El Código de 1929, bajo el título de "Delitos contra la vida", enumeraba en sus diversos capítulos los de lesiones, de homicidio, de parricidio, de infanticidio, de filicidio, de aborto, de exposición y

de abandono de niños y enfermos. La denominación empleada en esta legislación era evidentemente falsa, pues no puede decirse que las lesiones y la exposición y el abandono de niños y enfermos constituyan delitos contra la vida, ya que no suponen daño de muerte.

3. El Código vigente, para remediar en parte los defectos de las anteriores clasificaciones legales, denominó a su Título XIX, "Delitos contra la vida y la integridad corporal", enumerando en sus diversos capítulos como integrantes de dicho Título a los de lesiones, homicidio, parricidio (ahora homicidio en razón con el parentesco o relación\*), infanticidio (ahora derogado, por el decreto mencionado), aborto y abandono de personas. El de lesiones es típicamente un delito que afecta a las personas exclusivamente en su integridad corporal, pues cuando el agente realiza el daño de lesiones con la intención preconcebida de atentar contra la vida del ofendido, *animo necandi*, estaremos en presencia de una verdadera tentativa de homicidio; los delitos de homicidio, de parricidio, de infanticidio y de aborto constituyen tipos verdaderos de atentados contra la vida, por ser la muerte en todos ellos elemento integral; por lo que se refiere al de abandono de personas, es necesario admitir que su clasificación dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal no resiste el análisis crítico, pues se sanciona legalmente aún en los casos en que, como consecuencia del mismo, no se registre ninguna alteración de la salud ni sobrevenga el daño de muerte.

4. Dentro de los distintos capítulos que integran el título que venimos comentando, el Código penal expresa definiciones de delitos especiales, como los de disparo de arma de fuego y ataque peligroso (art. 306 del Código Penal, derogado por el Decreto del 16 de diciembre de 1991, publicado en D. O. de 30 del mismo mes y año), colocados indebidamente dentro del homicidio, y el de auxilio o inducción al suicidio (art. 312 del Código Penal), que también debe ser considerado como *sui generis*, porque no constituye una cooperación al homicidio, como más adelante se estudiará. (Véase más adelante núms. 10 y sigs., 42 y 104.)

En resumen, sin atender a su clasificación legal por capítulos, el título de delitos contra la vida y la integridad corporal, comprende las siguientes figuras típicas:

#### I. Delitos de lesiones (art. 288):

- a) Lesiones simples o de penalidad ordinaria (arts. 289 a 293).

\* La denominación del capítulo IV fue modificada por el artículo primero del Decreto publicado en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año.

- b) Lesiones modificadas con penalidad atenuada:
  - 1. Por infidelidad matrimonial o corrupción del descendiente (arts. 310 y 311, este último derogado por Decreto del 10 de enero de 1994);
  - 2. Por riña (arts. 297 y 314);
  - 3. Por duelo (arts. 297 y 314).
- c) Lesiones calificadas:
  - 1. Por inferirse a ascendientes (art. 300);
  - 2. Por premeditación (arts. 298 y 315);
  - 3. Por ventaja (arts. 298, 316 y 317);
  - 4. Por alevosía (arts. 298 y 318);
  - 5. Por traición (arts. 298 y 319);
  - 6. Por circunstancias en que se presume la premeditación (arts. 298 y 315).

## II. Delito de homicidio (art. 302):

- a) Homicidio simple o de penalidad ordinaria (art. 307).
- b) Homicidios modificados con penalidad atenuada:
  - 1. Por infidelidad matrimonial o corrupción del descendiente (art. 310 modificado y el art. 311, ahora derogado);
  - 2. Por riña (arts. 308 y 314);
  - 3. Por duelo (art. 308).
- c) Homicidios calificados:
  - 1. Por premeditación (arts. 315 y 320);
  - 2. Por ventaja (arts. 316, 317 y 320);
  - 3. Por alevosía (arts. 318 y 320);
  - 4. Por traición (arts. 319 y 320);
  - 5. Por circunstancias en que se presume la premeditación (arts. 315 y 320).

## III. Delito de disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos (art. 306), ahora derogado;

## IV. Delito de auxilio o inducción al suicidio (arts. 312 y 313).

## V. Delito de parricidio (arts. 323 y 324), ahora modificado el primero y derogado el segundo.

## VI. Delito de infanticidio (art. 325), ahora derogado.

- a) Genérico (art. 326);
- b) *Honoris causa* (art. 327).

## VII. Delito de aborto (art. 329):

- a) Abortos practicados por terceros:
  - 1. Con consentimiento de la embarazada (art. 330);
  - 2. Sin consentimiento de la embarazada (art. 330);
  - 3. Por violencia física o moral (art. 330).
- b) Abortos consentidos o procurados por la embarazada:
  - 1. Genérico (párrafo final del art. 332);
  - 2. *Honoris causa* (art. 332).
- c) Abortos no punibles:
  - 1. Por imprudencia de la embarazada (art. 333);
  - 2. En caso de violación previa (art. 333);
  - 3. Terapéutico o por estado de necesidad (art. 334).

## VIII. Delito de abandono de personas (arts. 335 a 338):

- a) De cónyuge;
- b) De hijos.

## IX. Delito de abandono de niños o enfermos (art. 335).

## X. Delito de omisión de auxilio a personas en peligro (art. 340).

## XI. Delito de abandono de atropellados (art. 341).

## XII. Delito de exposición de menores:

- a) Por terceros custodios (art. 342).
- b) Por ascendientes o tutores (art. 343).

## CAPÍTULO II

### LESIONES EN GENERAL

(ARTS DEL 288 AL 301 DEL C. P.)

#### TEMARIO

5. Evolución del concepto de lesiones.— 6. El concepto legal mexicano de lesiones; su definición.— 7. Los elementos constitutivos del delito de lesiones.— 8. Primer elemento: el daño de lesiones; las lesiones externas, las internas y las perturbaciones mentales; objeto de la tutela penal.— 9 Segundo elemento: la causa externa; los medios físicos, las omisiones y los medios morales.— 10. Tercer elemento: el moral; clasificación jurídica de las lesiones.— 11. Las lesiones dolosas; la presunción de intencionalidad; el dolo eventual y el indeterminado.— 12. Las tentativas de homicidio y de lesiones.— 13. Las lesiones por culpa punible; sus elementos.— 14. Las lesiones casuales no son delictuosas.— 15. El contagio; el delito de peligro de contagio.— 16. Las lesiones inferidas por animales.— 17. Causas especiales de justificación.— 18. Las lesiones resultantes de tratamientos médico-quirúrgicos.— 19. Las lesiones causadas en el deporte.— 20. Las lesiones en ejercicio del derecho de corregir

5. El concepto jurídico de las lesiones, en su evolución histórica, ha sufrido verdaderas transformaciones. Al principio, la legislación penal se conformó con prever y sancionar los traumatismos y las heridas propiamente dichas con huella material externa perceptible directamente por los sentidos, causados en la persona humana por la intervención violenta de otra persona, tales como la equimosis, las cortaduras, las rupturas o las pérdidas de miembros, etc. Posteriormente se extendió el concepto de lesiones, comprendiendo también las alteraciones internas perturbadoras de la salud en general, provocadas exteriormente, tales como las resultantes de la ingestión de sustancias físicamente dañinas o químicamente tóxicas, el contagio de enfermedades, etcétera. Por último; el concepto adquirió su mayor amplitud cuando se le hizo abarcar las perturbaciones psíquicas resultantes de causas externas, físicas o morales, pudiendo decirse desde entonces que el objeto de la tutela penal, en caso de lesiones, es la protección de la integridad personal, tanto en su individualidad física como en la psíquica.

6. El Código Penal de 1871, en su artículo 511, con singular acierto, estableció el criterio legal mexicano sobre el daño de lesiones, dentro del cual quedan comprendidas las diferentes alteraciones de la salud a que nos referimos en el párrafo anterior; la Comisión Redactora, según se desprende de la *Exposición de Motivos*,<sup>1</sup> juzgó conveniente "definir las lesiones a pesar de sus dificultades y de que en algunos códigos se omite el problema, para obviar la multitud de dudas que se ofrecen en la práctica". En los códigos posteriores se reprodujo textualmente el mismo precepto legal.

*Bajo el nombre de lesión, se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa (art. 288 del Código Penal) .*

7. El anterior artículo no contiene una definición propiamente dicha del delito de lesiones, sino del concepto legal del daño de lesiones. En efecto, los elementos que se desprenden de su redacción son: a) una alteración de la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano; y b) que esos efectos sean producidos por una causa externa. Sólo en el caso de que el daño de lesiones sea producido por una causa externa imputable a un hombre por su realización intencional o imprudente, es decir, sólo en el caso de que concurren los anteriores con el elemento moral, estaremos en presencia del típico delito de lesiones. Este tercer elemento se deduce de las reglas generales acerca de los delitos intencionales y de las imprudencias punibles, contenidas en el Libro Primero del Código Penal.

8. PRIMER ELEMENTO.—La legislación mexicana, con características propias y desde el Código de 1871, estableció el criterio jurídico de las lesiones, no entendiéndolo por éstas exclusivamente los traumatismos y las lesiones traumáticas, sino cualquier clase de alteración en la salud y cualquier otro daño humano con huella material. Cuando el legislador dice que *bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano*, ha querido, por este útil sistema de redundante enumeración totalizada en las últimas frases que hemos tomado como el elemento constitutivo, señalar claramente su criterio distinto al de otras legislaciones, como la francesa,

---

<sup>1</sup> Martínez de Castro, *Exposición de Motivos al Código Penal de 1871*. (Edición del Código Penal) Bouret, México, 1907, pág. 53.

que definía el delito por las palabras más restringidas de golpes y heridas, obligando a la jurisprudencia a extender el concepto por medio de interpretaciones más o menos dudosas. Si en la legislación mexicana debemos entender por lesiones, no sólo los golpes traumáticos y las heridas, no sólo los traumatismos y las lesiones traumáticas, sino cualquier otra alteración en la salud, entonces es preciso determinar el alcance genérico de este último concepto: por lesiones debemos entender cualquier daño exterior o interior, perceptible o no inmediatamente por los sentidos, en el cuerpo, en la salud o en la mente del hombre.

Así pues, dentro del concepto general de daño alterador de la salud, podemos mencionar las siguientes hipótesis:

a) Las *lesiones externas*, o sea aquellas que por estar colocadas en la superficie del cuerpo humano son perceptibles directamente por la simple aplicación de los sentidos: vista o tacto. Entre ellas podemos mencionar los golpes traumáticos, las equimosis, las quemaduras y las lesiones traumáticas o heridas propiamente dichas en que los tejidos exteriores del cuerpo humano, debido al desgarramiento de los mismos, presentan una solución de continuidad.

b) Las *lesiones internas*, o sea aquellos daños tisulares o viscerales que por no estar situados en la superficie del cuerpo humano requieren, para su diagnóstico, examen clínico a través de la palpación, auscultación, pruebas de laboratorio, rayos X, etc. Entre las lesiones internas podemos incluir, en primer lugar, las heridas no expuestas a la superficie del cuerpo, tales como los desgarramientos tisulares o viscerales y las fracturas, producidos, por ejemplo, por fuertes golpes contundentes o por la ingestión de sustancias lacerantes, partículas de metal, polvo de vidrio, etc.; en segundo lugar, los envenenamientos, o sea aquellos trastornos de la salud producidos por la ingestión de sustancias tóxicas; y, en tercer lugar, las enfermedades contagiosas, siempre y cuando concurren, por supuesto, los demás elementos constitutivos del delito. De esta manera ha sido posible sancionar en los tribunales mexicanos los envenenamientos y el contagio de enfermedades realizados intencional o imprudentemente, dentro del delito de lesiones y sin necesidad de crear para ellos figuras especiales como hacen otras legislaciones.

c) Las *perturbaciones psíquicas o mentales*, siempre que en ellas también se reúnan los restantes elementos del delito. Por lo que se refiere a estas perturbaciones, es incuestionable que, dados los términos tan generales empleados por el artículo 288 del Código Penal, las mismas quedan comprendidas como posibles daños integrantes del delito de lesiones, salvo que en esos casos a veces es difícil, en la práctica judicial, establecer la relación de causalidad entre el daño psíquico como efecto y la causa o fuerza externa productora del mismo. El Código



italiano expresamente comprende esta categoría de daños al decir: "Cualquiera que, sin intención de matar, cause a alguno un perjuicio en su cuerpo, en su salud o una perturbación de las facultades mentales..."

En resumen, de este elemento se desprende que el objeto de la tutela penal, tratándose de lesiones, es la protección de la integridad humana: física y psíquica.

9. SEGUNDO ELEMENTO.—No es suficiente la existencia de la alteración de la salud o del daño material en el cuerpo humano; es preciso, además, que esos efectos sean producidos por una causa externa; la intervención de factores extraños al individuo que sufre el daño, permite completar el criterio médico-legal de las lesiones. Como en el Código no se contiene una definición o a lo menos una enumeración de las causas de las lesiones, deberemos examinarlas en sus diferentes posibilidades. La causa externa motivo de la alteración de la salud puede consistir en el empleo de medios físicos, de omisiones o de medios morales. Los medios físicos, especialmente los consistentes en acciones positivas, tales como dar un golpe con cualquier instrumento, inferir una puñalada, disparar una pistola, etc., etc., son indudablemente los procedimientos en que es más fácil establecer la relación de causalidad con el daño final, y no ofrecen ningún problema teórico ni práctico para su aceptación como factores de las lesiones. La realización de las lesiones teniendo como origen omisiones, presenta algunas veces la dificultad de la falta de pruebas auténticas o incuestionables que demuestren la relación de causalidad entre la omisión y el daño de lesiones; este problema puede manifestarse en la realización del delito de lesiones como consecuencia del delito de abandono de personas (véase más adelante núm. 167); de todas maneras, demostrada plenamente dicha relación de causalidad, no puede haber duda alguna sobre la existencia del delito si también concurren los otros elementos. El empleo de medios morales, tales como producir intencionalmente una alteración en la salud, una perturbación mental, mediante amenazas, contrariedades, estados de terror, impresiones desagradables, etc., en nuestro concepto debe ser considerado como constitutivo de lesiones, porque la alteración de la salud se realiza evidentemente como efecto de causas externas; sin embargo, Garraud<sup>2</sup> afirma lo contrario, debido, como lo hace notar Cuello Calón,<sup>3</sup> a que la codificación francesa pre-

<sup>2</sup> *Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français*. Recueil Sirey, Paris, 1924. Tomo V, párrafo 1980.

<sup>3</sup> *El Nuevo Código Penal Español*. Bosch, Barcelona, 1930. Tomo II, pág. 631. Sin embargo, en su *Derecho Penal* sostiene lo contrario. Tomo II, págs. 397 y 398.

vé exclusivamente las lesiones resultantes de golpes, heridas y otro género de violencias o vías de hecho, de tal manera que sólo admite los medios físicos; aquel autor añade como razón para no admitir los medios morales como causas de las lesiones la dificultad de comprobar legalmente la relación de causalidad entre el daño físico como efecto y la causa moral; esta respetable opinión no es de tomarse en cuenta, dada la amplitud del sistema mexicano de definición de las lesiones y porque es preciso no confundir la posibilidad teórica de existencia del delito con la dificultad práctica de la obtención de pruebas: si en un proceso se logra la reunión de pruebas idóneas y suficientes, no existe impedimento legal alguno para considerar como lesiones las producidas a consecuencia de maniobras morales.

10. TERCER ELEMENTO.— Para considerar una lesión como delito no es suficiente, como ya lo indicamos, la existencia de un daño en la salud, ni la comprobación de que este daño sea efecto de una causa externa; es indispensable, además, la concurrencia del elemento moral, es decir, es necesario que la causa externa del daño de lesiones sea imputable a un hombre por su realización intencional o imprudente. De este tercer elemento integrante del delito se desprende una primera clasificación jurídica de las lesiones, que las divide en: a) delito de lesiones dolosas; b) delito de lesiones culposas, y c) lesiones casuales.

11. a) *Las lesiones dolosas* son aquellas en que el sujeto activo se propuso cometer, obrando con dolo y conociendo el hecho típico, a pesar de conocer o aceptar el resultado que la ley prohíbe. Se ha suprimido del actual Código punitivo, la presunción delictuosa, pues esta presunción daba lugar a injusticias, pues como anteriormente se decía, *no se destruía aunque el acusado no se había propuesto ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño; o que se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado*, se castigaban como intencionales delitos que en realidad no tenían tal carácter.

En ese orden de ideas, al indicarse que obra dolosamente el agente, ya que conoce el alcance de la prohibición de la ley, acepta su resultado cualquiera que éste fuese.

12. El elemento moral doloso deberá interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, *voluntas laedendi*, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar,

*voluntas necandi*, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, por reunirse todos los elementos constitutivos de este grado de las infracciones; de donde resulta que el elemento intencional de lesionar tiene en sí mismo imbibido un elemento negativo, consistente en la ausencia de voluntad homicida.

El grado de la tentativa, tratándose de lesiones, presenta un serio problema: su existencia teórica, dados los términos del artículo 12 del Código Penal, no ofrece ninguna dificultad, puesto que es indudable que pueden ejecutarse hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de lesiones, no consumándose éste por causas a la realización del agente; pero dado el sistema de punibilidad seguido por la legislación en estas infracciones, en las que para fijar la sanción deberá atenderse preferentemente a la mayor o menor gravedad de la lesión y a sus consecuencias, es imposible, a lo menos en la mayoría de los casos, la demostración en el proceso de la clase de lesión que hubiere podido resultar en caso de consumación del delito, tanto más cuanto que es muy frecuente la preterintencionalidad (ahora ya desaparecida) y el dolo eventual, careciendo de base el juez para aplicar la pena de la tentativa, o sea hasta las dos terceras partes de la sanción que debería imponerse si el delito se hubiere consumado (art. 63 del Código Penal).\*

*En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.\*\**

13. b) Dentro del sistema general de definición de los delitos no culposos, contenido en el artículo 8 del Código Penal, estaremos en presencia del *delito de lesiones culposas*, cuando, comprobado el daño de las lesiones, se demuestre plenamente que éstas se debieron a cualquier *imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado*. El elemento moral integrado subjetivamente por un estado imprudente, se manifiesta objetivamente en acciones u omisiones físicas, consistentes en dichas imprevisiones, negligencias, etc. Las lesiones culposas quedarán integradas por la reunión de los siguientes elementos constitutivos: 1) el daño de lesiones; 2) la existencia de un estado subjetivo de imprudencia que se traduce al exterior en acciones u omisiones imprevisoras, negligentes, imperitas, irreflexivas o faltas de

\* (N. del A.) Fue reformado este artículo por decreto de 29 de diciembre de 1950, publicado en el D. O. del 15 de enero de 1951, en vigor tres días después, como sigue: "Art. 63.—A los responsables de tentativas punibles, se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario."

\*\* Según la reforma al artículo 63 del Código Penal, Decreto del 9 de mayo de 1996, publicado en el *Diario Oficial* el 13 del mismo mes y año.

cuidado; y 3) la relación de casualidad entre esta imprudencia y el daño de lesiones. A diferencia del elemento culposo que, de acuerdo con la ley, deberá presumirse mientras no se demuestre lo contrario, las imprudencias necesitan demostración plena por cualquiera de los sistemas probatorios autorizados por la ley procesal, no sólo porque el Código no contiene ningún precepto presuncional *juris tantum* para este género de infracciones, sino porque toda imprevisión, toda negligencia, toda impericia, toda falta de reflexión o de cuidado, constituyen circunstancias objetivas, externas, de la conducta humana, ya sea porque en ellas la imprudencia se traduzca en la ejecución de acciones culposas, o ya porque se manifieste por omisiones, también culposas, de las acciones físicas adecuadas; en consecuencia, constituyen siempre los elementos descriptivos de tipo penal conforme al artículo 168 del Código de Procedimientos Penales. La rutinaria práctica seguida frecuentemente en algunos de nuestros tribunales de exigir al reo la comprobación de ausencia no sólo dolosa, sino de todo estado de imprudencia, es insostenible, porque con ella se rompe el mandato constitucional que exige a las autoridades judiciales la comprobación plena de los elementos del tipo penal. Como base del procedimiento, sin autorizar su suposición presuncional. Igualmente, es indebido dar por comprobado un delito culposo cuando sólo se han obtenido pruebas del daño de lesiones y de la existencia de un acto u omisión culposos, pues es menester establecer la relación de casualidad que debe ligar estos elementos y la ausencia de dolo; en muchas ocasiones el estado imprudente se manifiesta por simple coincidencia, coexistiendo con el daño de lesiones, o con demostración palpable de que este último obedece a causas diversas; como puede serlo la propia imprudencia del lesionado; por ejemplo: una persona que desea suicidarse se arroja intempestivamente bajo las ruedas de un vehículo en movimiento; aun cuando se pruebe que el conductor manejaba en forma imprudente, no existirá la relación casual con las lesiones además la subjetividad.

13. b) bis. Con el fin de evitar, en los delitos culposos, procesamientos innecesarios, ya que en la práctica se ha visto que en caso de lesionados con motivo del tránsito vehicular, los victimarios demostrando su buena fe, han cubierto satisfactoriamente la reparación del daño, después de la reforma de noviembre de 1986, el legislador ha reformado el artículo 62 del Código Penal, estableciendo: *"Cuando por culpa se ocasione un daño en propiedad ajena que no sea mayor del equivalente a cien veces el salario mínimo se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta. La misma sanción se aplicará cuando el delito culposo se ocasione con motivo del tránsito de vehículos cualquiera que sea el valor del daño."*

*"Cuando por culpa y por motivo del tránsito de vehículos se causen lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, solo se procederá a petición del ofendido o de su legítimo representante, siempre que el conductor no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquiera otra sustancia que produzca efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima."* (Dec. 10 ene.- 1994)

Como se podrá observar, primero, la sanción aplicable es más benigna y segundo, para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal, se requiere la formal querrela del ofendido o su legítimo representante, como requisito de procedibilidad, salvo el caso de que el victimario, conductor, se encontrase en estado de ebriedad o bajo el influjo de algún estupefaciente, psicotrópico o alguna sustancia que produzca efectos similares y no se hubiese abandonado a la víctima, ya que quien conduce un vehículo en las condiciones citadas y deja en el abandono a la víctima de su irresponsabilidad, denota una mayor peligrosidad.

14. c) En ediciones anteriores decíamos las *lesiones casuales* inferidas sin intención ni imprudencia alguna, no pueden ser calificadas como delitos, en atención a la ausencia del tercer elemento constitutivo a que nos hemos venido refiriendo. Es verdad que en la fracción X del artículo 15 del Código Penal se enumera como circunstancia excluyente de responsabilidad penal: *causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas*; pero a pesar de la inclusión de los daños casuales entre las excluyentes de responsabilidad, deberemos concluir que más bien se trata de inexistencia del delito y no de una excluyente, pues habrá quedado destruida la presunción de intencionalidad y se habrá demostrado la ausencia de estado culposo; en otras palabras, el daño causado no constituirá delito por ausencia de la culpabilidad. El Código vigente suprimió del capítulo de lesiones el antiguo artículo 512 del Código Penal de 1871, que establecía que las lesiones casuales no serían punibles, pues dadas las disposiciones del Libro Primero, es innecesaria la inclusión específica de esta regla.

La fracción X del artículo 15, fue reformada por Decreto del 10 de enero de 1994, quedando como sigue: *"El resultado típico se produce por caso fortuito"*, siendo más técnico el concepto, ya que se refiere a la tipicidad del ilícito, adecuándolo a la nueva designación que antes se conocía como el cuerpo del delito.

15. EL CONTAGIO VENÉREO Y DE OTRAS ENFERMEDADES.— Si en las lesiones se comprende toda alteración en la salud, si el objeto de la tutela penal es la protección general de la integridad del individuo, el contagio de cualquiera de las enfermedades infecciosas, dentro de ellas las común-

mente llamadas venéreas: sífilis, gonorrea y chancro blando principalmente, puede ser constitutivo de lesiones, cuando dicho contagio se cause en forma doloso-intencional o culposa. Cuando un enfermo consciente de su dolencia, practica relaciones sexuales con el propósito directo o eventual de transmitir su sífilis o su blenorragia, y lo logra, se conforma el delito intencional de lesiones; si el contagio, ausente de toda intencionalidad directa o eventual, obedece a las negligencias o falta de reflexión del contaminador, se integrará el delito de imprudencia con daño de lesiones. En resumen, el contagio de enfermedades, venéreas o no, realizado por cualquier vía, es constitutivo de delito cuando se causa intencional o imprudentemente. A esta lógica obedeció la supresión en la legislación actual del capítulo denominado *Del contagio sexual y del nutricio*, del Código de 1929, en el que se pretendía dar solución legal a tan ingente problema. No obstante, creemos indispensable la erección de un tipo de delito de estado de peligro, para prevenir las actividades sexuales de los enfermos venéreos, sancionándolas en sí mismas con independencia de que consumen contagio. Así como se han estatuido los delitos de portación de armas prohibidas, de conspiración, de vagancia, de disparo de arma de fuego de comercio de enervantes, etc., etc., cuyas penas se aplican formalmente, (estos dos últimos derogados), autónomamente, por el peligro social que denotan, sin esperar a que originen un daño positivo, así, los actos sexuales de luéticos o gonocócicos deben prohibirse y penarse, sin aguardar a la consumación del perjuicio, muchas veces irreparable. Es verdad que el contacto erótico realizado con el propósito de transmitir una dolencia, caerá dentro del grado de tentativa del agente; pero como la tentativa es grado de los delitos intencionales y nunca de los culposos, escapan de represión penal las cópulas imprudentes de los averiados y de los gonorréicos, cuando el daño no se consuma; esos enfermos, alentados por la ausencia del contagio en uno o varios ayuntamientos y con la confianza que inspira la impunidad, se dedicarán sin escrúpulos a una libre actividad erótica en la que causarán víctimas muchas veces ignoradas. Penando invariablemente toda cópula, toda actividad peligrosa de dichos enfermos, agravando si se quiere su penalidad con la de lesiones cuando se registre la propagación de la dolencia, se prestará eficaz ayuda a la profilaxis social de tan graves plagas.

Con posterioridad a la primera y segunda ediciones de este tomo, en las que se expusieron las anteriores observaciones, por decreto de 26 de enero de 1940, publicado en el *Diario Oficial* el 14 de febrero del mismo año, se adicionó el Código Penal, incluyendo dentro de los delitos contra la salud, el siguiente precepto:

\* Art. 199 bis.—*El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un*

\* Por considerar de importancia, dejamos el comentario como se dijo en edición anterior.

*mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio. Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.*

Sin embargo, nótese que este precepto, al crear legalmente el delito de peligro de contagio, lo limita a la sífilis o a los males venéreos en periodos infectantes, siendo así que existen otras variadas enfermedades graves y fácilmente transmisibles como en los últimos años la peligrosa enfermedad conocida por "SIDA"; por otra parte, la acción peligrosa se limita a las relaciones sexuales, siendo así que pueden existir otras igualmente riesgosas, tales como la amamantación de criaturas, etc. Por otra parte, el precepto sanciona al delito con prisión, pena inadecuada por su ineficacia ante el problema; con mejor adecuación debió proponerse medida de seguridad, consistente en reclusión para los efectos del tratamiento curativo del enfermo peligroso.

Por estas observaciones hemos propuesto la siguiente redacción: El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante o de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales, amamante o de cualquiera otra manera directa ponga en peligro de contagio la salud de otro, será recluso en establecimientos adecuados por todo el tiempo necesario, hasta obtener la curación o la inocuidad del sujeto. Sin embargo, debemos reconocer la dificultad que en la práctica se ha presentado no sólo para el delito de peligro de contagio, sino también en el delito de lesiones consumado por la transmisión de estas enfermedades; parece que sigue predominando el falso criterio de que las venéreas son enfermedades secretas, que impiden a las víctimas la vergüenza de quejarse. Por medio de la educación deberían combatirse esos prejuicios.

*Por decreto del 20 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 21 de enero de 1991, para entrar en vigor al día siguiente de su publicación, se derogó el artículo 199 bis., para quedar como sigue: "El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa."*

Con ésta reforma, se coincide en parte con la opinión del autor.

16. LAS LESIONES CAUSADAS POR ANIMALES.—Como sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito de lesiones y como sólo se integra éste cuando a los elementos médico-legales se reúne el moral, no pueden ser consideradas como delictivas las heridas causadas por animales,

salvo cuando éstos sirven de instrumento de ejecución al hombre, por ejemplo, cuando se lanza un perro embravecido contra una persona o cuando imprudentemente se le pone en libertad sin tomar las precauciones debidas. El artículo 301 del Código Penal previene que: *de las lesiones que a una persona cause algún animal bravío, será responsable el que con esa intención lo azuce o lo suelte o haga esto último por descuido.* Este precepto es superfluo en la legislación, pues en los casos que prevé, el animal bravío sólo sirve de medio para la realización de un delito intencional o imprudente y, además, presenta el inconveniente de referirse a animales bravíos y no a los domésticos que accidentalmente puedan ser embravecidos por el azuzamiento. Más sabia era la redacción del artículo 274 del viejo Código del Estado de Guanajuato, que decía: *Se tendrán como heridores u homicidas, para los efectos de la penalidad, a los que echaren sobre alguno, animales que le causen lesiones o la muerte.* En nuestra opinión, debería suprimirse el artículo 301 por casuista e innecesario, abandonándose la solución a las reglas generales de definición de las imprudencias y de la responsabilidad intencional previstas en los artículos 8, 9 y 13 ref. del Código Penal.

17. CAUSAS ESPECIALES DE JUSTIFICACIÓN.—Una vez explicada la tipicidad del delito de lesiones, nos falta estudiar algunos casos particulares que han sido objeto de amplia discusión, conviniéndose, por muy diferentes razones, en reconocer su legitimidad. Nos referimos: a las lesiones inferidas con motivo de tratamientos médicos o quirúrgicos; a las lesiones causadas en los deportes, y a las lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir. La ley mexicana no contiene, ni en el capítulo de lesiones, ni en el de homicidio, ni en el de reglas comunes a unas y a otro, ningún precepto aplicable a los dos primeros casos, por lo que se hace preciso su examen doctrinal.

18. LAS LESIONES RESULTANTES DE TRATAMIENTOS MÉDICOS-QUIRÚRGICOS.—Se han esgrimido diferentes razonamientos para justificar las lesiones consecutivas a intervenciones médicos-quirúrgicas de buena fe, es decir, realizadas con propósitos curativos o, a lo menos, de mejoría estética. Algunos sostienen que la legitimidad se desprende del consentimiento previamente otorgado por el paciente o por sus representantes; esta opinión es insuficiente, porque no resuelve el caso de las operaciones urgentes en que es imposible obtener el previo consentimiento y, principalmente, porque contraría la tesis de orden público de que



el consentimiento de la víctima del delito no excluye la responsabilidad, salvo en muy contadas excepciones, de dudosa técnica, previstas expresamente en la ley y que se refieren principalmente a los delitos de querrela necesaria. Tampoco puede encontrarse solución seria en la opinión que fundamenta la justificación en la ausencia de finalidad dolosa, porque para la calificación de las lesiones intencionales en su tipicidad es suficiente la conciencia de lesionar, el propósito de inferir una herida o una perturbación corporal cualquiera, indistintamente de la finalidad perseguida por el agente. Otros autores, con mejor técnica, encuentran la justificación en que las lesiones quirúrgicas o las alteraciones en la salud consecutivas a un tratamiento médico, son el resultado del ejercicio lícito de una profesión autorizada por la ley; esta racional opinión nos parece sin embargo insuficiente para solucionar todos los casos, especialmente los que se refieren a las operaciones quirúrgicas practicadas, no con fines curativos, sino con el propósito exclusivo de corregir deformidades orgánicas o consecutivas, o sea la cirugía estética, y aquellos otros en que una persona, desprovista de autorización legal para el ejercicio de la medicina y de la cirugía, se ve obligada en casos urgentes, por verdadero estado de necesidad, a practicar las intervenciones, como el que en despoblado y sin posibilidad de obtener los servicios de un profesional abre un flemón a su compañero para evitar males mayores. Siguiendo a Jiménez de Asúa,<sup>4</sup> parece más adecuado considerar que si bien se encuentran reunidos los elementos típicos integrantes del específico delito de lesiones, no lo están los elementos generales que deben concurrir en toda infracción criminal —en el delito en general—, dentro de los cuales, aparte la tipicidad, la culpabilidad, la punibilidad, encontramos la antijuridicidad, la cual se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en sus diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas o por la justificación que se desprende de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor. Por supuesto que esta solución no abarcará aquellas operaciones médico-quirúrgicas realizadas imprudentemente, ni en las que el sujeto activo persigue un fin ilícito, pues entonces estaremos en presencia de los típicos delitos de lesiones por imprudencia o intencionales, en sus respectivos casos, debiéndose aplicar las sanciones correspondientes a estas infracciones y las de suspensión provisional o definitiva y de reparación del daño a que se refiere el Título de *Responsabilidad profesional* (art. 228 del Código Penal).

La legislación vigente suprimió el casuista e innecesario capítulo de *Delitos cometidos por médicos, cirujanos, comadrones y parteros*,

<sup>4</sup> *Crónica del crimen*. Historia Nueva. Madrid, 1929, págs. 184 y sigs.

contenido dentro del Título de *Delitos económico-sociales* del Código de 1929, en el que se determinaban reglas muy precisas que deberían cumplir estos profesionistas en las intervenciones quirúrgicas; la supresión es plausible, porque permite mayor elasticidad técnica en la aplicación de sanciones por delitos cometidos en el ejercicio de la medicina en general y porque el Código Penal debe tener características eminentemente coactivas y no doctrinales o pedagógicas; las precauciones a que obligaba en su articulado —simples consejos—, caben más bien en las exposiciones teóricas o en los manuales de moral profesional que en una ley cuyos efectos deben ser esencialmente pragmáticos.

19. LAS LESIONES CAUSADAS EN LOS DEPORTES.—Para justificar las lesiones causadas a los participantes de un deporte cualquiera, se han empleado los mismos razonamientos a que nos referimos en la parte primera del número anterior, tratando de legitimarlos, sea por el consentimiento tácito otorgado previamente por los jugadores, sea por la ausencia de finalidad dolosa o sea por la autorización concedida por el Estado, expresa o tácitamente, para su ejercicio. Para encontrar la verdadera causa de justificación se hace necesario un examen de los diferentes casos que pueden presentarse. Existen ciertas clases de deportes, como la natación, la equitación, etc., que se realizan singularmente, es decir, sin necesidad de entablar una lucha o contienda violenta entre varios participantes para la obtención del triunfo; es claro que cuando el deportista resulta lesionado, no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones casuales o deberse exclusivamente a la propia imprudencia del perjudicado. Otro grupo de deportes como la esgrima, el polo, el *foot-ball*, etc., se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario; en estos deportes los contendientes tratan de obtener el galardón, no de lesionar, pero el riesgo de lesiones es muy grande, porque se supone dentro de las reglas del juego el ejercicio de la violencia; la solución para las lesiones inferidas en estas actividades deportivas, salvo casos de perfidia o imprudencia, deberemos encontrarla en la ausencia del elemento moral; en efecto, cuando los jugadores, sin intención de lesionar, si contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores de delito, por no haber obrado intencional o culposamente. Por último, algunos otros deportes, como el pugilato, se realizan en la misma forma violenta, pero dentro de la finalidad del juego está la de que uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario; a un pugilista le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad.

dad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, sólo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuridicidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales. Por su ruda crueldad y el embrutecimiento que a la larga suele producir en sus practicantes y, aún el riesgo de su muerte, la moderna tendencia es la de prohibir la práctica del pugilato.

20. LAS LESIONES INFERIDAS EN EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR.—El Código Penal en su artículo 294, reconocía como causa de justificación fundada en el derecho de corregir, pero limitando su aplicación desde el punto de vista de las personas a quienes lo otorga, las lesiones inferidas en el ejercicio del derecho a corregir, siempre y cuando no fueren de las que pusieren en peligro la vida y tardasen en sanar más de quince días. Pero dado el rechazo y el abuso que se ha hecho de esta facultad y ante el lacerante drama que los especialistas han llamado "Síndrome del Niño Maltratado", en que multitud de niños son maltratados por sus padres o tutores, descargando en ellos sus frustraciones, ocasionándoles brutales lesiones y hasta la muerte, en lugar de orientar y dirigir, que es el fin y esencia de su deber, se ha derogado el artículo 294 y reformado el 295 para establecer: *al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.*

Como se notará, se sigue manteniendo como pena adicional la suspensión o privación en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela a los titulares que en ejercicio del derecho de corregir, cometan el delito de que se trata.

## CAPÍTULO III

### PENALIDAD DE LAS LESIONES EN GENERAL

(ARTS. DEL 288 AL 301 DEL C. P.)

#### TEMARIO

21. Diferentes sistemas de penalidad.—22. El sistema objetivo.—23. El subjetivo.—24. El mixto.—25. El defensista.—26. Crítica al sistema objetivo y casuista de la legislación mexicana.—27. Clasificación en cuanto a la gravedad.—28. Lesiones que no ponen en peligro la vida.—29. Lesiones que pongan en peligro la vida.—30. Lesiones mortales.—31. Agravación en vista de las consecuencias.—32. Primer grupo de consecuencias: las cicatrices.—33. Segundo grupo de consecuencias.—34. Tercer grupo.—35. Cuarto grupo.—36. Lesiones calificadas.—37. Lesiones inferidas a los ascendientes.

21. La elección de un criterio para la medición de las penas en el delito de lesiones es difícil, porque comprende daños de muy distintas clases y gravedades, y porque el móvil que inspira su ejecución puede ser muy variado; para resolver tan complejo problema pueden proponerse diferentes sistemas, a saber: *a)* el *objetivo*, que atiende exclusivamente al daño causado al ofendido; *b)* el *subjetivo*, que atiende a la intención perseguida por el autor de las lesiones, independientemente del resultado obtenido; *c)* el *mixto*, que pretende aprovechar eclécticamente los dos anteriores como índices de la penalidad; y *d)* el *defensista*, que otorga pleno arbitrio al juzgador para la provisión de penalidad conforme a la peligrosidad subjetiva u objetiva demostrada por el delincuente.

22. *a)* La penalidad basada objetivamente en el daño material causado por el agente parece recordar los viejos sistemas punitivos de la compensación pecuniaria y del talión, salvo que la tarifa en dinero o la tarifa en sangre han sido sustituidas por un catálogo de penas corporales calculadas paralelamente a la materialidad mayor o menor de la lesión causada; desgraciadamente, este sistema primitivo, por su facilidad de aplicación, prepondera en la mayor parte de las legislaciones contemporáneas, en las que apenas se concede importancia a los elementos morales del delito y a las condiciones personales del delincuente.

23. *b)* La métrica de la pena tomando en consideración el elemento subjetivo, o sea la mayor o menor gravedad de la intención, del

propósito y aun de la finalidad en el autor de las lesiones, independientemente del resultado material obtenido, parece en principio el sistema más lógico de punibilidad, porque dicho elemento subjetivo, de conocerse exactamente, proporcionaría la más correcta medida de la peligrosidad social de un reo; no obstante, estimaríamos su adopción como infecunda por la imposibilidad casi absoluta para el juzgador de apreciarlo por las pruebas legales; siendo el subjetivo un elemento psíquico, mientras pertenece al orden interno del individuo escapa a la percepción de los demás, apenas sus manifestaciones externas pueden ser objeto de la especulación probatoria; así, la intención y la finalidad del autor de una lesión podrán valorarse indirectamente, a través del juicio que nos merezcan los medios de realización empleados, por ejemplo: el acecho a la víctima, la adquisición previa de un arma, los antecedentes entre la víctima y el victimario, las circunstancias de la agresión, la naturaleza de las lesiones, etc., etc., llegándose a la conclusión de la impracticabilidad del criterio subjetivo aislado, con desprecio de los elementos objetivos, para la fijación de la pena.

24. c) Para remediar los defectos de la unilateralidad de los dos anteriores sistemas, se ha propuesto eclécticamente el aprovechamiento mixto del elemento objetivo del daño de lesiones y de los elementos subjetivos concurrentes en su autor; este criterio, según se desprende de la *Exposición de Motivos*<sup>5</sup> del Código de 1871, pretende fundamentar la clasificación mexicana, determinándose la penalidad "tomando en consideración, a la vez, la intención del agente, el resultado material de las heridas y el mayor o menor riesgo en que han puesto la vida del que las recibió..."; no obstante, creemos que la legislación mexicana ha atendido en forma preferente y casi exclusiva a la materialidad del daño, permitiendo, para muy contados efectos, la apreciación subjetiva del delito.

25. d) Por último, la escuela defensista considera que se debe dejar amplio margen al juzgador para la elección de las sanciones, determinando su arbitrio por la fijación de la mayor o menor peligrosidad demostrada por el reo, sin ceñirse estrictamente ni a la materialidad de las lesiones ni a la intención del agente, porque, por lo que se refiere a la primera, el daño en la mayoría de los casos es eventual, contingente y preterintencional, y porque, en lo que toca a la segunda, dentro de una única intención del agente, el error y la torpeza en la ejecución o la extrema habilidad revelan en ocasiones menor o mayor temibilidad. Este último sistema, cuya excelencia es innegable, supone más que cualquier otro una perfecta y especializada judicatura que estamos lejos de alcanzar.

<sup>5</sup> *Exposición de Motivos. Ob. cit.,* pág. 54.

26. El profesor Alfonso Teja Zabre,<sup>6</sup> que presidió la Comisión Redactora del Código vigente, al comentar los propósitos orientadores: disminución del casuismo y ampliación del arbitrio judicial, manifestó que las dificultades en la aplicación de la ley penal "no se pueden remediar con leyes especiales, porque ello no sería sino multiplicar los defectos del casuismo. El único recurso es simplificar las normas y los procedimientos, dictando reglas amplias y genéricas que permitan la individualización de las sanciones". En efecto, la aplicación rígida de sanciones, característica de todo sistema casuista, impide que la justicia penal se imparta con criterio científico y humano, porque el juez deberá desatenderse casi de la personalidad del delincuente, fijando la pena de preferencia por la estimación objetiva del daño definido en el precepto especial. La labor de la Comisión fue fructífera; en el Libro Primero, dentro de la tentativa se involucraron los distintos grados del delito inconsumado; se suprimió la antigua y complicada clasificación de autores, cómplices y encubridores; y se eliminó el catálogo de atenuantes y agravantes; en muchos de los delitos en particular, se disminuyó la reglamentación de calificativas y modificativas especiales; en resumen, se hizo del Código un manual elástico de fácil aplicación. Desgraciadamente, en la penalidad del delito de lesiones la reforma técnica no adentró sensiblemente.

La legislación mexicana, a través de las viejas leyes españolas, del "auto acordado", llamado "de heridores", de 27 de abril de 1765, y de los Códigos de 1871, 1929 y el vigente, adopta un sistema eminentemente casuista y principalmente objetivo para la graduación de las penas aplicables a las lesiones. Para dar una idea de la desesperante enumeración de casos particulares, bastará recordar que, desde el punto de vista de su gravedad, las lesiones se clasifican: 1) en las que no ponen en peligro la vida; 2) en aquellas que la ponen; y 3) en las lesiones mortales constitutivas de homicidio; a su vez, las primeras se dividen en las que sanan en menos de quince días y las que tardan más de ese tiempo. Considerando sus consecuencias se establecen varias graduaciones de penalidad, para cuatro diversos grupos, entre los que se enumeran no menos de veintiocho daños especiales, que van desde la cicatriz en la cara hasta la enajenación mental. Por último, en atención a las circunstancias especiales de ejecución o de las personales de los protagonistas, se distinguen las simples y las calificadas; entre éstas, las inferidas a ascendientes, las causadas con premeditación, con alevosía, con ventaja o con traición, las cometidas por inundación, por incendio, minas, bombas, explosivos, por medio de venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o ener-

<sup>6</sup> *Exposición de Motivos al Código Penal de 1931.* (Edición del Código Penal.) Bo-tas, México, 1933, pág. 24.

vantes o por retribución dada o prometida, o por tormento, motivos depravados o por brutal ferocidad.

Para cada una de las agrupaciones hechas en el párrafo anterior, el legislador fija una pena circunscrita a su máximo y mínimo, predominando el criterio objetivo en la graduación de las sanciones; es verdad que el juzgador podrá tener en cuenta los elementos subjetivos que concurren en cada individuo y caso particulares, pero secundariamente, es decir, para regular su arbitrio en la elección de una pena dentro del máximo y mínimo previstos objetivamente; además, lo aprovechará para la clasificación del delito como intencional o de imprudencia, y para establecer, según la intención del agente del delito y según las circunstancias de ejecución, si las lesiones son constitutivas de tentativa de homicidio.

Los Centros Penitenciarios en México, se encuentran sobrecapacitados en su población, se ha rebasado su capacidad a raíz de la lucha incansable contra los delitos relacionados en el tráfico de drogas, en el aumento de delitos contra el patrimonio, secuestros y otros ilícitos no menos graves.

El Legislador, con acierto, reformó los artículos 51 y 55 del Código Penal, que ahora establecen: *Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial (Art. 51) (16 dic. 1991, D. O. 30 dic. 1991); Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por senilidad o precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos. (Art. 55) (Dec. 16 dic. D. O. 30 dic. 1991).*

Estas reformas, en forma sustancial vienen a imponer al juzgador la imposición solamente de la pena privativa de libertad en aquellos casos en que sea ineludible a los fines de la justicia o prevención de tipo general o especial, pues en caso contrario, la sanción pecuniaria. Esto también da lugar, a que el inculcado goce del beneficio de la libertad durante el procedimiento (art. 51).

Por otra parte, se ha facultado al juez para que oficiosamente o a petición de parte, deje de aplicar la pena privativa de libertad o restrictiva, en el supuesto de que el agente hubiese sufrido durante

el evento, consecuencias graves o por su estado senil o precaria salud fuese irracional y notoriamente innecesaria la pena, la cual será en el caso de su no aplicación, sustituida por otra medida de seguridad.

Impone al juzgador, apoyarse en los casos de senilidad o precario estado de salud, en dictámenes de Peritos.

Consideramos justa, equitativa y humana la redacción de este precepto, ya que sería irracional la imposición de la pena como antes de la reforma se señalaba; porque aun cuando los senectos al incurrir en hechos antijurídicos, ello no debe impedir el otorgamiento de un trato humanitario y digno.

Con estas reformas, los responsables de los delitos en que se señalen sanciones alternativas, no aumentaran la población de los Centros de Reclusión, ya de por sí saturados.

Por lo que toca a la reincidencia que se señala en el artículo 20 del Código Penal, con la reforma del Decreto del 10 de enero de 1994 el Juzgador solamente podrá imponer la pena que le corresponda al delito que se juzga, en los términos señalados por el artículo 52 también ahora reformado por dicho decreto.

27. CLASIFICACIÓN DE LAS LESIONES EN CUANTO A SU GRAVEDAD.—En la legislación vigente, atendiendo a su gravedad mayor o menor, las lesiones se dividen en: a) lesiones levísimas y leves, que no ponen en peligro la vida y sanan en menos o en más de quince días; b) lesiones graves, que ponen en peligro la vida; y c) lesiones mortales, que causan el daño de muerte.

Aparte de estos tres miembros de la clasificación, el Código de 1871 reservaba penalidad especial a *las lesiones que por su naturaleza ordinaria son de las que ponen en peligro la vida y que por circunstancias especiales del caso no la hayan comprometido*; la plausible supresión de esta última clase de lesiones, se debió a que estaban sujetas en su comprobación a simples suposiciones y a confusos cálculos hipotéticos, como muy bien se hizo notar en diversos estudios contenidos en los *Trabajos de Revisión del Código de 1871*, publicados en 1912.<sup>7</sup>

28. a) LESIONES LEVÍSIMAS Y LEVES.— *Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrá de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos sesenta días multa.*

*En estos casos, el delito se perseguirá por querrella, salvo en lo que contempla el artículo 295, en cuyo caso se perseguirá de oficio.* (Art. 289, reformado por Decreto del 9 de mayo de 1996, D.O. 13 de Mayo

<sup>7</sup> *Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871*. Impresora de Estampillas, México, 1914. Tomo IV, págs. 600 y otras.



de 1996). La ausencia de peligro para la vida y el término de sanidad menor o mayor de quince días, son elementos que necesitan conocimientos técnicos especiales para su comprobación, debiendo ser fiados por peritos médico-legistas, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales. En los Códigos anteriores al vigente, la distinción entre las lesiones levisimas y las leves se fundamentaba atendiendo al plazo en que el ofendido se encontraba impedido de trabajar y a la duración de la enfermedad; cualquiera de los dos sistemas que se adopte es imperfecto, porque ambos miden la penalidad por circunstancias meramente objetivas, que no constituyen siempre el mejor índice del perjuicio resentido por la víctima del delito.

Se ha criticado la redacción del precepto por decirse que omite penalidad para las lesiones que sanan precisamente en una quincena; en realidad, caben todos los casos, porque no es lógico pensar en lesión que tarde en sanar exactamente quince días, contados minuto a minuto.

Tanto las lesiones leves como las levisimas, ahora con la reforma de dic. de 1991, se perseguirán por querrela, evitando con ello, el incremento de trabajo tanto en la procuración como en la administración de justicia y la saturación de internos en las cárceles, igualmente deja de señalarse la imposición de la pena privativa o económica a elección del juez (o "ambas a la vez") para que el inculpado goce de libertad durante el proceso que se le instruyese, dictándosele solamente el auto de formal prisión, para el simple y exclusivo objeto de determinar el delito por el cual deberá seguirse el proceso, según lo establece el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales, ya que ahora es pena alternativa sin dejar al arbitrio del juez, la imposición de ambas, la económica y la prisión.

29. b) LAS LESIONES GRAVES.—*Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores* (art. 293 del Código Penal). Como el precepto no se refiere a las lesiones que eventualmente pudieran poner en peligro la vida, sino a los casos en que efectivamente la víctima corrió inminente peligro de defunción, la tarea de los médicos legistas es ardua y delicada, debiendo basar su dictamen en el análisis de las diversas circunstancias que en su concepto concurren para hacer peligrar la vida; por su parte, los que atienden al lesionado, deberán proporcionar al Juzgado todos los datos clínicos del paciente, para que el juez pueda hacer uso de la facultad que tiene de estimar la prueba pericial; no tendrá justificación el certificado del médico que atendió a un paciente y que afirme que el mismo se encontró en posibilidad de muerte, si se demuestra que no tomó las precauciones que la ética profesional prescribe, como la de avisar a los parientes, a efecto de que el lesionado

podiera tomar sus disposiciones testamentarias o familiares; dado el aumento de pena reservado a esta clase de lesiones, el juez no deberá conformarse con una clasificación médico-legal apriorística o no razonada.

En las lesiones que ponen en peligro la vida, puede acontecer que a la sanidad del ofendido le queden algunas de las consecuencias previstas en los artículos 290, 291 y 292 del Código Penal, en cuyas situaciones la sanción se formará aumentando a la anterior las penas previstas en estos artículos; en cambio, es indiferente para los efectos de la penalidad el número de días que tarde en curar la lesión, pues las penas del artículo 289 se refieren a las lesiones que no ponen en peligro la vida, resultandó su aplicación sería contradictoria con las que estamos estudiando.

30. c) LAS LESIONES MORTALES.— Son las que causan la muerte del ofendido; siendo constitutivas de homicidio, el estudio de sus características y de sus modos, se reservará al capítulo siguiente (arts. 304 y 305 del Código Penal). (Véase más adelante núm. 43.)

31. AGRAVACIÓN DE PENALIDAD EN ATENCIÓN A LAS CONSECUENCIAS DE LAS LESIONES.—El Código enumera diversas consecuencias de las lesiones, en cuatro grupos, a los que reserva distintas penas agravadas. Todos los daños consecutivos a las lesiones previstos en ellos, deberán comprobarse por juicio pericial, sin perjuicio de que el Juzgado instructor, por medio de la inspección judicial, los certifique cuando sean perceptibles directamente por los sentidos, como cuando se trata de cicatrices, pérdida de miembros, etc.

32. PRIMER GRUPO.—*Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable* (art. 290 del Código Penal). La cicatriz es la alteración transitoria o permanente en los tejidos cutáneos o subcutáneos, consecutiva a un traumatismo o a una lesión traumática; es la huella que dejan las heridas externas al sanar. De acuerdo con la medicina legal y los autores, especialmente Carrara<sup>8</sup> y Sodi,<sup>9</sup> por cara deberemos entender la parte que va desde la frente a la extremidad del mentón y de una a otra oreja. La perpetuidad de la cicatriz es un elemento sujeto a comprobación médico-legal, pues su indeleble permanencia se conoce por la afirmación técnica; en cambio, la notabilidad de la cicatriz, consistente en su fácil visibilidad de primera impresión, sin mayor examen o investigación, debe fijarse en la certificación hecha por el personal judicial, llamada vulgarmente "fe judicial"; pero como el Código actualmente vigente requiere que la notabilidad sea perpetua, también deberá consultarse la opinión médico-legista.

La fuerte agravación de penalidad reservada a las cicatrices perpe-

<sup>8</sup> *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte speciale.* 10ª ed. Firenze, 1925. Tomo II, párrafo 1450.

<sup>9</sup> *Nuestra ley penal.* 2ª ed. Bouret, México, 1918. Tomo II, pág. 228.

tuamente notables en la cara, tuvo su origen en que, en términos generales, producen muy importantes daños al ofendido, por la marca o deformación que sufre en la parte más visible y noble de su cuerpo, con perjuicio de sus cualidades estéticas y con riesgo de ser considerado como individuo indeseable, por suponerse su intervención en riñas o hechos de sangre. Si bien, en opinión común, las marcas en el rostro constituyen huellas infamantes, no es cierto que causen siempre serio perjuicio al ofendido: los pugilistas, los hampones y aun personas de gran cultura, como se dice de los viejos estudiantes duelistas de Heidelberg, ostentan con orgullo sus, para ellos, gloriosas cicatrices. La agravación sería correcta si el agente del delito al causar el daño hubiera tenido consciencia del resultado final, uniéndose los propósitos de lesionar y de injuriar permanentemente a la víctima, afeándola o exponiéndola al público desprecio, el *sfregio* italiano, porque entonces existirían para la determinación de la penalidad las circunstancias internas y las materiales, como acontece en los bajos dramas de los celos, de la chulería y de la prostitución.

33. SEGUNDO GRUPO.—*Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales* (art. 291 del Código Penal). La enumeración anterior contiene consecuencias de las lesiones que acompañarán permanentemente al ofendido, pero que no le impedirán el uso del sentido u órgano afectados; en esencia consisten en la disminución, perturbación o debilitamiento permanente, pero no completo, de la función o miembro previstos.

34. TERCER GRUPO.—*Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano, cuando quede perjudicada para siempre cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible* (primera parte del art. 292 del Código Penal). A diferencia del anterior, en este grupo se prevén daños absolutos y permanentes, que priven definitivamente a la víctima de una función sensorial u orgánica o que le causen enfermedad incurable. Dentro de tales daños se enumeran las mutilaciones, entre ellas, la castración, que en otros países, como Francia y España, constituyen delitos especiales dentro del género, por su extrema gravedad y por sus especiales circunstancias de ejecución.

35. CUARTO GRUPO.—*Se impondrán de seis a diez años de prisión,*

*al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales* (segunda parte del art. 292 del Código Penal). Aquí contiene el Código los males de extremísima gravedad consecutivos a lesiones, sancionándolos con las penas más enérgicas dentro del delito. En lo que concierne a la pérdida de las funciones sexuales, resulta inexcusable la duplicidad de prescripción legal con penalidad distinta; en efecto, en el grupo anterior se enumeran las mutilaciones de órganos y la impotencia; la pérdida de las funciones sexuales, masculinas o femeninas, consiste en una impotencia o en una ablación de todos o de parte de los órganos genitales. Probablemente el legislador quiso referirse en la primera parte del precepto a la esterilidad, daño que no supone la impotencia ni la castración, o quizá en la segunda parte entendió aludir a esta última, sin emplear las palabras técnicas adecuadas.

36. LAS LESIONES CALIFICADAS.—La penalidad a que hasta ahora hemos hecho mención es aplicable a las lesiones llamadas simples, que definidas por exclusión, son las inferidas en ausencia de cualquiera calificativa legal; la penalidad deberá agravarse, conforme a las reglas legales, cuando se compruebe la existencia de una calificativa. El sistema de cualificación se basa en la existencia de una liga o relación de parentesco ascendente entre el victimario y la víctima, o en determinadas circunstancias de ejecución del delito.

37. *Si la víctima fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, con arreglo a los artículos que preceden, salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar* (art. 300 del Código Penal, reformado por Decreto del 26 de diciembre de 1997). La cualificativa por ascendencia de la víctima, se basa en las mismas consideraciones que obligaron a la legislación a crear el especial delito de parricidio para el homicidio de los ascendientes, salvo que, tratándose de lesiones, no se creyó necesario estructurar un tipo de delito especial, conformándose la ley con calificarlo.

Las calificativas de premeditación, de ventaja, de alevosía, de traición y de aquellas en que se presume la primera, serán estudiadas más adelante en el capítulo de *Reglas comunes para lesiones y homicidio*, por obedecer a una técnica igual a las de este último delito. La penalidad se formará aumentando en un tercio la sanción que correspondería si la lesión fuera simple, cuando concorra una de ellas; o una mitad, si concurren dos; o dos terceras partes, si concurren más de dos (art. 298 del Código Penal).

## CAPÍTULO IV

### HOMICIDIO

(ARTS. DEL 302 AL 309 DEL C. P.)

#### TEMARIO

38. Noción general del homicidio; objeto de la tutela penal.—39. Crítica a la definición legal; presupuesto lógico y constitutivas del homicidio.—40. Presupuesto lógico: vida humana existente; el sujeto pasivo; naturaleza teórica del parricidio y del infanticidio; caso de homicidio imposible por la previa defunción de la presunta víctima.—41. Primer elemento: privación de la vida; las lesiones mortales.—42. Segundo elemento: la voluntad de matar como constitutiva del homicidio en otras legislaciones; sistema mexicano de la intencionalidad del homicidio.—43. Las lesiones mortales; la muerte dentro de los sesenta días y la autopsia del cadáver; las lesiones que singularmente causan la muerte y las que coexisten con otras causas.—43 bis. La concurrencia de causas.—44. Concurrencia de causas anteriores a la lesión.—45. Concurrencia de causas posteriores a la lesión.—46. El homicidio por error en la persona o en el golpe; su concurrencia con el parricidio, riña y defensa legítima.—47. El homicidio ejecutado con intervención de varias personas; la complicidad co-respectiva; crítica a las diversas hipótesis legales.—48. Penalidades del homicidio; los homicidios simples, los atenuados y los calificados.—49. El delito de disparo u otros ataques peligrosos; diferentes soluciones legales mexicanas: el problema de su penalidad.

38. El delito de homicidio en el Derecho moderno consiste en la privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condiciones sociales. Se le considera como la infracción más grave porque, como afirma Manzini,<sup>10</sup> "la vida humana es un bien de interés eminentemente social, público, y porque la esencia, la fuerza y la actividad del Estado residen primordialmente en la población, formada por la unión de todos; la muerte violenta infligida injustamente a una unidad de esta suma, produce un daño público que debe ser prevenido y reprimido, aparte del mal individual en sí mismo, como hecho social dañoso". La tutela penal radica en la protección por interés social de la vida de los individuos que compo-

<sup>10</sup> *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*. Fratelli-Bocca, Torino, 1923, pág. 410.

nen la población. Pero si actualmente se protege la existencia de todos los individuos, no siempre el delito ha tenido el mismo alcance: recuérdese la impunidad de que gozaban en épocas pretéritas los padres de familia, los amos y los ciudadanos que mataban a sus hijos, a sus esclavos o a los extranjeros enemigos del Estado, en sus respectivos casos.

39. El Código Penal, en su artículo 302, al decir que *comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro*, a pesar de su redacción, no contiene la definición propiamente dicha del delito, sino de su elemento material, consistente en la acción de matar a otro; la noción íntegra del delito se adquiere agregando el elemento moral, en la misma forma que hicimos para el delito de lesiones (véase antes número 10). Reuniendo hermenéuticamente su incompleta definición, las reglas contenidas en el capítulo que estamos estudiando y las previstas en el Libro Primero del Código, el delito de homicidio contiene un supuesto lógico necesario para su existencia y dos elementos constitutivos, a saber: *(a) una vida humana previamente existente, condición lógica del delito; (b) supresión de esa vida, elemento material; y (c) que la supresión se deba, a intencionalidad o imprudencia delictivas, elemento moral.*

40. a) Emilio Pardo Aspe, en su cátedra de la Facultad, ha hecho notar el error de algunos tratadistas españoles que enumeran como constitutiva del homicidio la previa existencia de una vida humana; ésta no es un elemento material del delito sino la *condición lógica*, el presupuesto necesario, sin el que la materialidad de la infracción —muerte— no puede registrarse. Si el delito consiste en la privación de una vida humana, es forzosa la previa existencia de la misma; el sujeto pasivo del daño de homicidio, a lo menos en la figura completa, consumada, del delito, ha de ser un ser humano vivo, cualquiera que sea su sexo o edad, sus condiciones de vitalidad o sus circunstancias personales. Puede cometerse homicidio en la persona de un recién nacido, no obstante su precaria viabilidad; también la privación de la vida a un agonizante será constitutiva del delito, a pesar del diagnóstico fatal. Al no establecer excepción alguna, al considerar que todos los seres humanos pueden ser víctimas del homicidio, no negamos la existencia de los tipos de delitos de parricidio y de infanticidio, en los que en apariencia se modifica la anterior regla; sin embargo, teóricamente, el parricidio es un *homicidio agravado* por la muerte del ascendiente, el infanticidio un *homicidio disminuido* de penalidad por ser cometido en un recién nacido por sus ascendientes, salvo que, res-

petando la tradición y para los efectos prácticos de su reglamentación, el legislador los ha desprendido del capítulo de homicidio integrando figuras especiales; en cambio, la muerte del producto de la concepción antes del nacimiento ni teórica ni prácticamente constituye homicidio, sino la infracción llamada aborto, porque el feto no es un hombre, es una expectativa sin individualidad propia, una esperanza de ser humano.

Si como presupuesto necesario para la integración del delito se exige la previa existencia de un hombre en el sentido genérico de la palabra, es difícil clasificar jurídicamente el acto realizado por una persona que pretende dar muerte a un difunto creyéndolo vivo; este *homicidio imposible* no puede integrar el delito perfecto y consumado, por ausencia de la constitutiva de *muerte*, pero puede revelar en el autor igual temibilidad que si hubiera ejecutado la infracción completa y puede encuadrar, en ciertos casos, dentro de la tentativa de homicidio. Para resolver los homicidios imposibles, deben distinguirse dos hipótesis: a) homicidios imposibles en que el agente emplea medios eficaces e idóneos para la consumación, siendo ésta irrealizable materialmente por circunstancias del todo extrañas, por ejemplo: una persona dispara su arma de fuego (medio eficaz para matar) contra persona muerta a quien creía viva; como en esta hipótesis el homicidio imposible lo es por causas totalmente ajenas al agente, el hecho debe ser clasificado y punible dentro del grado de tentativa, ya que se ejecutaron hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito y éste no se consumó por causas ajenas a la voluntad; b) homicidios imposibles en que el agente emplea indudablemente procedimientos inadecuados para obtener la consumación, como cuando una persona, deseando privar de la vida a otra, por su rudeza e ignorancia, le propina sustancias inocuas o utiliza exorcismos; esta hipótesis no debe punirse ni incluirse dentro del grado de tentativa, porque la inconsumación del propósito se debe al empleo de medios tan torpes y equivocados, que de modo racional no pueden calificarse de "hechos encaminados *directa e inmediatamente* a la realización de un delito", porque su ejecución a nada conduce. En la primera hipótesis se trata de un verdadero delincuente que puede causar daños graves. En la segunda se trata de una persona quizá moralmente corrompida, pero que no representa ninguna peligrosidad por su falta de adecuación criminal.

41. b) El elemento material del homicidio es un hecho de muerte. La privación de la vida humana, motivada por el empleo de medios físicos, de omisiones o de violencias morales (véase antes núm. 9), debe ser el resultado de una lesión inferida por el sujeto activo a la víctima;

se da el nombre de lesión mortal a aquella que por sí sola, por sus consecuencias inmediatas o por su concurrencia con otras causas en las que influye, produce la muerte; más adelante estudiaremos la relación de causalidad que debe existir entre la lesión y la defunción y el problema de la concurrencia de causas.

42. c) Para la integración del tipo penal de homicidio, aparte de la muerte de un ser humano consecutiva a una lesión mortal, es precisa la concurrencia del elemento moral: la muerte deberá ser causada intencional o imprudentemente por otro hombre (véanse núms. 10 y sigs. del capítulo de lesiones). En consecuencia, los homicidios casuales realizados con ausencia de dolo o de culpa no serán delictuosos. Tampoco podrá ser considerado como homicidio el acto por el cual una persona se causa a sí misma voluntaria o involuntariamente la muerte; el suicidio, aun cuando no se consume, escapa a toda represión penal; la intervención de terceros en el suicidio: la inducción, el auxilio y el homicidio-suicidio serán estudiados en posterior capítulo (véanse más adelante números 101 a 105).

Los tratadistas, especialmente los franceses, señalan como elemento del homicidio la voluntad de matar, *animus necandi*, debido a que algunas legislaciones mencionan el propósito homicida en la definición del delito y prevén una figura especial, con penalidad disminuida, para los actos en que el sujeto activo sin ánimo de matar, *preterintencionalmente*, cause la muerte; en estas legislaciones se exigen conjuntamente, para la integración del verdadero homicidio, el daño objetivo de muerte y el propósito subjetivo de causarlo. Siguiendo este pensamiento, el Código de 1871, en su artículo 557, estatuyó disminución de sanción para los que causasen involuntariamente la muerte de una persona a quien sólo se proponían inferir lesiones no mortales; dicha atenuación se aplicaba en los homicidios cometidos con ausencia del dolo específico o genérico de muerte.

En la legislación actual no es aplicable el criterio de esos tratadistas, porque en la definición que da el artículo 302 del Código Penal no se menciona la voluntad de matar como constitutiva, y porque dentro de las reglas aplicables a la intencionalidad delictuosa ahora dolosa, previstas en el artículo 9, se comprenden, además del dolo específico de consumir el daño que resulte, la mayor parte de los dolos genéricos, de las eventualidades y de las preterintencionales. Conforme al Código de 31, se integrará el homicidio, desde luego, cuando el sujeto activo se propuso matar al ofendido y causó el daño de muerte, pero también en la mayoría de los casos en que el autor de la muerte se propuso no matar, sino lesionar al ofendido, o causarle cualquier otro perjuicio ilícito; en efecto, la presunción *juris tantum* de intencionalidad no se destruye aun cuando se compruebe: *que el acusado no*



*se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado (frac. II del art. 9 del Código Penal).*

El artículo 9º fue reformado por Decreto del 13 de enero de 1984 y posteriormente por Decreto del 10 de enero de 1994 quedando como sigue: "*Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la Ley, y Obra Culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales*".

Consideramos conservar el comentario como lo plasmó el autor como, antecedentes históricos.

El análisis sistemático de la fracción II del artículo 9 que acabamos de transcribir, conduce a examinar las siguientes hipótesis, las dos primeras de preterintencionalidad, (ahora derogada), eventualidad o dolo indirecto, y la tercera, de indeterminación dolosa:

1) La primera hipótesis de la fracción II es: *La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe... que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.* Esta norma, así entresacada, se refiere a un primer caso de dolo preterintencional, eventual o indirecto, según sus diversas denominaciones doctrinarias, en el que el resultado final de la acción criminal va más lejos que la representación mental que del daño se hacía el agente; éste se proponía causar un daño menor y resultó uno mayor al del deseo original. Para reputar como intencional el resultado, a pesar de la ausencia de propósito, la ley penal exige que la consecuencia sea *necesaria y notoria*. En el lenguaje de la causalidad de los fenómenos, por consecuencia necesaria debe entenderse la forzosa, la obligada, la imprescindible, en que el resultado no es sino la consecuencia fatal de una ley natural —física o biológica—. Como además de necesaria se requiere que la consecuencia sea notoria, precisa demostrar que ésta era fácilmente previsible para el común de las gentes.

2) La segunda hipótesis de la fracción II es: *La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe... que no se propuso causar el daño que resultó... si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes.* Esta norma comprende un segundo caso de preterintencionalidad, eventualidad o dolo indirecto en que, también, el resultado va más lejos que el propósito originario; pero aquí la imputabilidad legal del resultado no querido

como si fuera intencional, está condicionada a que la consecuencia sea *efecto ordinario* del hecho u omisión y a que haya sido prevista o podido ser prevista (previsibilidad del suceso) por el agente. Por efecto ordinario, racional y gramaticalmente hablando, sólo puede entenderse lo que generalmente acontece, lo común y corriente, lo muy frecuente. Porque el agente haya *previsto* el resultado, debe entenderse la representación en su mente de la futura realización del daño no querido como efecto de su acción. Porque el agente haya *podido prever* ese resultado, debe entenderse, no la previsión misma, sino la *previsibilidad* del fenómeno —aptitud de prever—, la que judicialmente se mide desde el doble ángulo de la valoración de los datos circunstanciales objetivos que rodeaban al autor y de la valoración de sus personales condiciones subjetivas, doble criterio utilizable para determinar si estuvo en posibilidad de haberse representado mentalmente el resultado dañoso de su conducta. Pero como la ley exige que la previsión o la previsibilidad estén al alcance *del común de las gentes*, el juzgador debe preferentemente atender a las normas medias de cultura de la población.

\* 3) La última hipótesis de la fracción es: *La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe... que no se propuso causar el daño que resultó... si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado*. Aquí comprende el legislador aquella forma de dolo genérico que la doctrina llama *dolo indeterminado* y que, según la definición de Florian,<sup>11</sup> existe cuando el agente tuvo la intención genérica de delinquir proponiéndose realizar el resultado dañino entre varios, y añade: A este dolo indeterminado llámasele *alternativo* si entre varios efectos criminales igualmente posibles el agente procura realizar indiferentemente cualquiera de ellos; si su acción estaba especialmente dirigida a uno de ellos, y secundariamente, en lugar del primero a otro evento delictuoso, se llama *eventual*.

Siendo la preterintencionalidad forma especial del dolo en la que el agente, proponiéndose causar un mal menor realiza uno mayor distinto a su deseo original, por ejemplo, quiere lesionar y causa la muerte, sólo se equipara a la intencionalidad en las hipótesis 1) y 2); por supuesto en estos casos el juez, en la regulación de su arbitrio, deberá:

<sup>11</sup> *Parte general del Derecho Penal*. Trad. esp. Habana, 1929. Tomo I, pág. 441.

\* Por decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial* del 13 de enero de 1984, se reformó el artículo 9, suprimiendo la presunción de intencionalidad, ya que no sólo daba motivo a repetidas injusticias sancionando como intencionales, ilícitos que no tenían tal carácter, sino que además, chocaba con la Declaración de los Derechos del Hombre promulgada por las Naciones Unidas, en donde se establece *que toda persona acusada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio público en que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*. México, aprobó estas declaraciones en mayo de 1981.

tener presente la ausencia de voluntad homicida. Cuando el daño causado es mayor que el querido, pero no es consecuencia ordinaria y notoria, o no fue previsto ni pudo preverse, no es imputable al agente el resultado.

Por decreto del 31 de diciembre de 1994, y ante los avances de la técnica jurídica, la preterintencionalidad se ha considerado, que esta conducta ilícita, queda comprendida en la moderna concepción que se tiene de lo que son delitos culposos y siendo ésto un problema que debe atenderse y resolverse por el juzgador al momento de individualizar la pena, se ha derogado ésta hipótesis, que aún diversos Códigos Penales de los Estados la contempla.

Las anteriores explicaciones no serán aplicables al grado de tentativa de homicidio, porque para integrarlo es precisa la ineludible demostración del propósito de matar, cuya prueba, salvo casos de confesión, es en general difícil de obtener; no obstante, el juez puede fijarlo indirectamente, a través del juicio que le merezcan los antecedentes y los medios de ejecución empleados.

43. LAS LESIONES MORTALES.—Desde el Código de 1871 se ha reservado el nombre de lesiones mortales a aquellas que producen el daño de muerte; la clasificación de la lesión sólo puede ser hecha *a posteriori*, es decir, cuando ya ha sobrevenido la defunción del paciente, mediante la autopsia del cadáver o en vista de los datos que obren en la causa.) → 309

Aparte de la necesaria comprobación de que la lesión fue letal, en el artículo 303 del Código Penal se exigen tres requisitos sin los cuales no se tendrá legalmente como mortal una lesión y no se podrán aplicar las sanciones del homicidio, a saber:

I. *Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios.* Así pues, la muerte ha de haberse debido: a) a que la lesión directamente la haya producido por haberse herido un órgano vital del cuerpo humano (cerebro, corazón, etc.); cuando las lesiones, aisladamente, por sí solas, han sido la causa de la muerte del ofendido, es fácil a los peritos médico-legistas rendir su dictamen estableciendo la relación entre las alteraciones lesivas causadas en el órgano u órganos interesados y la defunción; b) a que la muerte se deba a una *consecuencia inmediata* determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; como ejemplo de consecuencia inmediata productora de la muerte puede mencionarse la hemorragia consecutiva a una herida que produce la defunción por anemia; y c)

que la muerte se deba a alguna *complicación* determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; en esta hipótesis la lesión concurriré con otros factores distintos a ella para producir el efecto letal presentándose lo que en teoría se ha llamado *conurrencia de causas*, que estudiaremos más adelante.

II. *Que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionado.* Este requisito constituye una condición objetiva, externa, para la punibilidad de la muerte como homicidio: fallecimiento dentro de sesenta días. La empírica elección del término se basa en la observación estadística de que en los hospitales de sangre, la mayor parte de los lesionados sanan o mueren antes de ese tiempo y, además, tiene por objeto impedir que los procesos se aplacen mayor tiempo en espera del resultado final. Cuando la defunción sea posterior a los sesenta días de haberse inferido la lesión, dada esta regla, no se podrá juzgar al autor por el delito de homicidio, debiéndose considerar el caso como delito de lesiones, salvo la dificultad de clasificarlas; en nuestra opinión, la clasificación correcta es de lesiones que pusieron en peligro la vida (art. 293), puesto que la muerte posterior indica que dentro del término de sesenta días existió peligro de defunción.

En forma atinada el Legislador suprimió la fracción II, obedeciendo en forma indiscutible que en la actualidad, debido a los adelantos de la ciencia médica resultaba ya obsoleto la empírica elección del término de 60 días.

El término de sesenta días a que se refería la fracción II, se estableció en el Código Penal de 1871 y se originó después de que la comisión auxiliar de la redactora de dicho ordenamiento, se cercioró por los datos suministrados por los libros del hospital de "San Pablo", de que "serían muy raros los casos en que una herida causase la muerte después de sesenta días".

III. *Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales. Cuando el cadáver no se encuentre o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.* La autopsia del cadáver tiene por objeto, mediante la observación pericial de las lesiones y la apertura de las cavidades craneal, torácica y abdominal, determinar el motivo de la defunción, fijando si obedeció a las lesiones inferidas o a causas distintas (véanse arts. 104 a 108 y 113 del Código común de Procedimientos Penales).

43 bis. LA CONCURRENCIA DE CAUSAS.—En cuanto a la concurrencia de causas, nuestro Código Penal, con gran claridad y con alguna intuición de la moderna teoría de la relevancia de las condiciones, ha determinado reglas precisas para solucionar el conflicto de daño de muerte consecutivo a varias concausas; otras legislaciones, menos previsoras, abandonan la solución a la jurisprudencia, conformándose a veces los tratadistas con aplicar a la concurrencia de causas el principio lógico: "el que es causa de la causa es causa de lo causado".

En homicidio las concausas pueden ser: anteriores a la lesión con que concurren o posteriores a ella; a su vez, las anteriores y posteriores pueden ser imputables o no imputables al agente del delito.

44. CONCURRENCIA DE CAUSAS ANTERIORES A LA LESIÓN.—En ocasiones las lesiones se infieren a individuos que en su persona ya contienen circunstancias fisiológicas o patológicas especiales, como su debilidad extrema, una enfermedad del corazón, hemofilia, diabetes, etc., las cuales, al agravar o complicar la lesión, pueden dar por resultado la muerte; cuando la lesión no haya influido en esas causas mortales anteriores propias de la víctima, cuando la defunción se deba únicamente al desarrollo de dolencias anteriores, no existirá delito de homicidio por no existir relación de causalidad entre el daño de lesiones y el efecto de muerte: pero cuando la lesión influya en las causas preexistentes, colaborando con ellas en el efecto letal, deberá ser considerada como mortal, en resumen, *no se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibe: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido* (primera parte del art. 305 del Código Penal); *la lesión se tendrá como mortal aunque se pruebe: que no lo habría sido en otra persona o que lo fue a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión* (frac. II y III del art. 304 del Código Penal); legalmente, la concurrencia de causas anteriores se regula con estricto apego al principio lógico de que el que es causa de la causa es causa de lo causado.

45. CONCURRENCIA DE CAUSAS POSTERIORES A LA LESIÓN.—Las concausas pueden ser posteriores al acto lesivo, por ejemplo: las complicaciones de la lesión, la ausencia de auxilio, los tratamientos médicos o quirúrgicos nocivos los actos de tercero, las imprudencias o los excesos del propio lesionado.) El Código resuelve que se tendrá como mortal una lesión cuando *la muerte se deba a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios* (frac. I del art. 303 del Código Penal); además especifica que *se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos* (frac. I del art. 304 del Código Penal). La única excepción existe, cuando

la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon, en cuyos casos no será calificada de mortal (parte final del art. 305). Nuestra legislación es omisa por innecesaria en prever una última hipótesis, consistente en el acto de tercero, posterior a la lesión, que por sí solo cause la muerte; por ejemplo: un individuo gravemente herido, al estar recibiendo la atención médica por las lesiones sufridas, es muerto por distinta persona a la de su primer ofensor; cualquiera que haya sido el pronóstico médico o la clasificación legal de las primeras lesiones, no podrán éstas ser estimadas como mortales, por deberse la muerte a un acto ajeno, en el cual para nada influyeron.

(En lo que concierne a las causas posteriores agravadoras de la lesión, en que la misma no se tendrá legalmente como mortal aunque muera la víctima, la ley establece cuatro hipótesis: a) la aplicación de medicamentos positivamente nocivos; b) las operaciones quirúrgicas desgraciadas; c) los excesos o imprudencias del paciente; y d) los excesos o imprudencias de los que rodearon al paciente.)

a) Puede notarse que cuando la ley habla de aplicación de medicamentos positivamente nocivos, está claramente indicando que en la causación de la muerte no sólo intervienen, para producir el letal resultado, la conducta del heridor, sino una conducta posterior, torpe o imprudente o, como dice la ley, nociva, del que efectuó el tratamiento médico; por la presencia de esta conducta imperita, irreflexiva, descuidada o contraindicada, es por lo que se releva de responsabilidad en el homicidio al autor de la herida, sin perjuicio, también, de juzgar por su imprudencia al autor del torpe tratamiento médico.

b) Cuando la ley se refiere a los excesos o imprudencias del paciente que agravaron la lesión y concurrieron con ella a producir la defunción, también claramente está indicado que existió una conducta posterior de la propia víctima, ajena ya a la del autor de la lesión, de tono imperito, irreflexivo, descuidado, contraindicado.

c) Lo mismo puede decirse de la hipótesis relativa a excesos o imprudencias de las personas que rodearon al paciente.

d) La frase legal operaciones quirúrgicas desgraciadas, sólo puede interpretarse, lógica y hermenéuticamente, dentro del tono general del precepto que la contiene, y éste nos está indicando que si el legislador no califica legalmente como mortal la lesión, aunque muera el que la recibió, es en consideración a un estado imprudencial o culposo posterior que no le es ya imputable moralmente al lesionador. Si esa es la *ratio legis*, entonces el único alcance de la frase "operaciones quirúrgicas desgraciadas", es en el sentido de que por "desgraciada" debe entenderse aquella intervención quirúrgica imperita, irreflexiva, descuidada, contraindicada, es decir, en términos jurídicos, una operación precedida por un estado imprudencial o culposo del ejecutante de la

art.  
311  
CPN

misma. Por tanto, sería absurdo interpretar dicha frase en el sentido vulgar de que es desgraciada una operación por el solo hecho de que fallezca la víctima, a pesar de los sanos esfuerzos del cirujano y de lo indicado de su intervención dentro de la técnica quirúrgica.

46. EL HOMICIDIO POR ERROR EN LA PERSONA O EN EL GOLPE.— Cuando el sujeto activo, proponiéndose, causar homicidio en una persona cierta y determinada, en el momento de la ejecución la confunde con otra y priva a ésta de la vida, nace la figura del homicidio por error en la persona, *error in persona*. (Cuando el agente de la infracción, sin confundir a la persona a quien desea ofender, dirige contra ella el acto criminal, pero, sea por torpeza de ejecución, sea por equivocación en el manejo del arma, sea por la intervención de otras circunstancias, mata a una tercera persona, se dice que el homicidio fue cometido por error en el golpe, *aberratio ictus*). En estas dos formas del delito, resulta víctima una persona a la que el homicida no se proponía matar; el artículo 9 del Código Penal prevenía que la presunción de intencionalidad no se destruirá aunque se pruebe que el acusado erró sobre la persona en que quiso cometer el delito o que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño o que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria, o prevista o previsible (fracs. I, II y V del citado artículo).\*

De todas maneras, independientemente de las anteriores reglas legales, las muertes causadas por equivocaciones en la persona o en el golpe, son delitos de homicidio, por reunir sus constitutivas, a saber: supresión de una vida como resultado de intencionalidad delictuosa; poco importa que el agente del delito lo haya consumado en un extraño, distinto a la presunta víctima, porque causó el mismo resultado dañoso. (En cuanto a la aplicación de la penalidad, surge el conflicto cuando el daño de muerte causado por el equivocado ofensor está provisto objetivamente de mayor penalidad; por ejemplo: el agente, creyendo matar a otro individuo, causa la muerte de su propio padre. En esta situación no deberán aplicarse las graves penas de parricidio, sino la del homicidio, por encontrarse ausente el elemento subjetivo de aquella infracción, la consciencia de inferir daño a un ascendiente). Puede también acontecer que la muerte realmente querida, de haberse consumado, mereciera una atenuación de sanción, por ejemplo: dentro de la riña, uno de los contendientes, pretendiendo matar a su adversario, dispara su pistola, y por equivocación en la puntería, priva de la vida a un extraño; la disminución de penalidad prevista para las lesiones o el homicidio en riña deberá aplicarse aun en los casos de error en el golpe, porque la acción fue ejecutada dentro de la contienda de obra). (Por último, si el error coincide con un acto de defensa, como cuando una persona, al repeler una agresión contra su vida, actual, violenta,

\* El artículo 9º fue reformado por el artículo primero del Decreto publicado en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994, en el cual ya no se incluyen las fracciones citadas.

~~sin derecho y de inminente peligro, dispara contra su injusto agresor y mata equivocadamente a un espectador ajeno a los hechos, deberá estimarse válida la legítima defensa por reunirse dos elementos materiales y putativos de esta excluyente de responsabilidad~~ sin perjuicio de sancionar el caso como delito de imprudencia cuando la equivocación reúna sus constitutivas.

47. EL HOMICIDIO EJECUTADO CON INTERVENCIÓN DE VARIAS PERSONAS.—Bajo la incorrecta denominación de complicidad correspectiva, se resuelve en el Derecho la penalidad de aquellos homicidios en que han intervenido varios coparticipantes ejecutores de hechos lesivos en contra del ofendido, ignorándose concretamente quiénes infirieron las lesiones mortales. En la duda de la clara intervención de cada uno de los ejecutantes, se ha creído conveniente derogar los preceptos generales de la coparticipación en los delitos, estableciendo reglas de penalidad especiales para diversas hipótesis; Manzini,<sup>12</sup> con toda justicia, califica esta solución de groseramente empírica.

En el artículo 558 del Código de 71, se indicaban diversas penalidades para los participantes de un homicidio cometido en riña tumultuaria de tres o más personas; el profesor Ortiz Tirado,<sup>13</sup> hizo notar que dicho precepto, por aplicarse exclusivamente a la riña, no resolvía la complicidad correspectiva en general; Jiménez de Asúa,<sup>14</sup> refiriéndose al precepto igual del Código Mexicano de 29, lo llama farragoso artículo de insoportable minuciosidad. El primitivo artículo 309 (ahora derogado) del código vigente fue reformado por decreto del 2 de enero de 1968. Conforme a esta reforma *cuando en la comisión del homicidio intervengan tres o más personas, se observarán las reglas siguientes:*

a) *Si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y constare quién o quiénes las infirieron, se aplicará a éstos o a aquél la sanción como homicidas* (frac. I del art. 309 del Código Penal). La defectuosa primitiva redacción, según oportunamente observamos, se refería a que *si la víctima recibiere una sola lesión mortal y constare quién la infirió, sólo a éste se le aplicará la sanción como homicida. Si no constare quién la infirió, a todos se les aplicará como sanción de tres a seis años de prisión.* En anteriores ediciones de este libro, hicimos notar que esa redacción era inadecuada, porque en la primera hipótesis, es decir cuando constare quién infirió la lesión mortal se debería ineludiblemente penarlo como responsable de homicidio, pero no sólo a él como parecía ordenarlo la defectuosa técnica del precepto antes de su reforma, sino a todos los partícipes según su mayor o menor intervención en el hecho criminal (art. 13 del C.P.). Igualmente nos parecía que

<sup>12</sup> *Istituzioni...* Ob. cit., pág. 417.

<sup>13</sup> *Apuntes del segundo curso de Derecho Penal.* Edición en mimeógrafo. Sin fecha, pág. 90.

<sup>14</sup> *Meditaciones de un criminalista.* (Artículo citado por Ortiz Tirado. Ob. cit., pág. 9.)

art  
319  
C.P. A  
↓  
39  
↓  
40



cuando no constare quién de los participantes infirió la única lesión mortal parecía injusto condenarlos como responsables de un homicidio sin prueba de la relación de causalidad entre sus acciones y el daño de muerte. Estos defectos fueron remediados en buena parte con la nueva redacción del precepto.

b) *Si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y no constare quién o quiénes fueron los responsables se impondrá a todos sanción de 3 a 9 años* (frac. II del citado art.). Quintana Ripollés<sup>14 bis</sup> manifiesta, para ese supuesto de responsabilidad corresponsiva, que ante la ignorancia "la ley atribuye una responsabilidad penal intermedia gradual y escalonada; en primer término a quienes constare que hubieren causado lesiones mortales y en defecto de ellos a quienes hubieren ejercido violencia en la persona", pero hace notar el inconveniente de remitir al azar las penas dependiendo del descubrimiento o no de terceras personas.

c) *Cuando las lesiones sean unas mortales y otras no y se ignore quiénes infirieron las primeras pero constare quiénes lesionaron, se aplicará sanción a todos, de tres a nueve años de prisión, a menos que justifiquen haber inferido las lesiones no mortales, en cuyo caso se impondrá la sanción que corresponda por dichas lesiones* (frac. III del art. citado). Al reformarse el artículo 309 del Código Penal, se evitó el error que oportunamente hicimos notar en las primeras ediciones del presente libro, de emplear la palabra heridas, pues hemos visto en anteriores capítulos que el concepto mexicano de lesiones no sólo comprende éstas, sino cualquier otra clase de alteración en la salud. Nótese que la carga de la prueba de "haber inferido las lesiones no mortales" se arroja al inculpado contrariándose el principio general de la prueba de la responsabilidad en los delitos.

d) *Cuando las lesiones sólo fueren mortales por su número y no se pueda determinar quiénes las infirieron, se aplicará sanción de tres a nueve años de prisión a todos los que hubieren atacado al occiso, con armas a propósito para inferir las heridas que aquél recibió* (frac. IV del citado artículo). Corresponde a esta fracción el mismo comentario hecho en el párrafo anterior, agregándose que se incurre en el error de referirse exclusivamente a heridas.

(Por decreto del 16 de diciembre de 1985 (D. O. 23 dic. 1985), fue derogado el artículo 309, pero considerando que aún algunos Códigos de los Estados de la República aún lo tipifican, se ha considerado conservar este comentario.)

48. PENALIDAD DEL HOMICIDIO.—A los responsables de homicidios simples intencionales, llamados así en contraposición a los agravados de penalidades por alguna calificativa (el asesinato de otras legislaciones), que no tenga prevista una sanción especial en el Código

<sup>14 bis</sup> *Compendio de Derecho Penal*, Madrid, 1959, tomo II, pág. 200.

Penal se le impondrán de 12 a 24 años de prisión (art. 307 del Código Penal),\* salvo los casos especiales de atenuación, reservados a los homicidios en riña, duelo, en caso de adulterio o de corrupción de los descendientes, que estudiaremos en los capítulos siguientes (véanse núms. 52 y sigs. de esta Primera Parte).

Las calificativas de premeditación, de alevosía, de ventaja y de traición, así como aquellas en que se presume la primera, serán igualmente estudiadas en capítulo especial, por ser comunes a lesiones y homicidio (véanse núms. 74 y sigs. de esta Primera Parte).

49. EL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO U OTROS ATAQUES PELIGROSOS.—La creación del delito de ataques peligrosos para la vida obedeció, según la autorizada opinión de don Miguel S. Macedo,<sup>15</sup> a la necesidad de no dejar impunes acciones tan temerarias y posiblemente perjudiciales como el disparo de arma de fuego sobre una persona y cualquiera otra agresión que pueda producir como resultado la muerte; estos hechos, sin la creación de un delito formal, quedarían impunes en la mayoría de los casos, por la dificultad de comprobar el elemento subjetivo del grado de tentativa de lesiones u homicidio (véase antes número 12). No obstante la imperiosa necesidad que existe de proveer penalidad para dichas acciones, la creación de un delito supletorio de las incomprobadas tentativas ofrece dificultades técnicas de difícil superación, en cuanto a la definición de los hechos considerados como peligrosos para la vida, y en cuanto a la penalidad de los mismos; Jiménez de Asúa,<sup>16</sup> refiriéndose al delito en los Códigos español y argentino, ha dictado acres censuras por estimar la imposibilidad de denotación de su elemento moral.

En los *Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871*,<sup>17</sup> publicados en 1912, se propuso, bajo el número 548 bis del proyecto de reformas, la creación de un delito especial, dentro del capítulo del homicidio, en los siguientes términos: *El que dispare sobre alguna persona un arma de fuego, o la ataque de otra manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualesquiera otras circunstancias, pueda producir como resultado la muerte, sufrirá por ese solo hecho la pena correspondiente al homicidio frustrado, a no ser que se averigüe que únicamente se propuso inferir una lesión que no*

\* Este artículo fue reformado por decreto del 13 de mayo de 1999, publicado en el *Diario Oficial* del 17 de mayo del propio año. En la redacción original del Código, la pena por el homicidio simple intencional se limitaba de ocho a trece años de prisión.

<sup>15</sup> *Trabajos de revisión. Ob. cit.*, tomo IV, págs. 609 y sigs.

<sup>16</sup> *El nuevo Código Penal Argentino*. Reus, Madrid, 1928, pág. 251.

<sup>17</sup> *Trabajos de Revisión. Ob. cit.*, págs. 609 y sigs.

*fuera mortal. Si de la agresión resultaren una o más lesiones, se observarán las reglas de acumulación, pero sin que la pena pueda exceder de la que se impondría si se hubiera consumado el homicidio.* Aparte de la defectuosa definición de los hechos considerados como delito, en la que se dudaba de si el elemento "pueda producir como resultado la muerte", regía al disparo o únicamente a los otros ataques, era lógico sancionarlo con las penas del homicidio frustrado, pues el delito se creaba para suplir la deficiencia de prueba de este grado.

En el Código Penal de 1929, se transformó en precepto legal el anterior proyecto, introduciendo en él importante reforma, no en la definición de los hechos criminales, que se conservó intacta, sino en el sistema de punibilidad: se estableció como sanción la de *uno a tres años de segregación, a no ser que las circunstancias calificasen el delito como tentativa del homicidio* (art. 971 del Código Penal de 1929). Esta regla introdujo confusión en el entendimiento del precepto, porque su redacción literal permitía suponer que la integración del delito no obedecía ya al propósito original de suplir la deficiencia de pruebas de la tentativa.

El Código vigente, con mayor perfección, cambió la forma de redacción del precepto aclarando las constitutivas de las diversas hipótesis contempladas por el legislador, y estableció nuevas modalidades en la aplicación de la penalidad. Sin embargo, el precepto original fue reformado por decreto del 2 de enero de 1968 (publicado en el Diario Oficial el 8 de marzo de 1968) con la siguiente redacción: *Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos: I.— Al que dispare a una persona o grupo de personas una arma de fuego; II.— al que ataque a alguien de tal manera que en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia semejante, pueda producir como resultado la muerte. Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo, se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito* (art. 306 derogado, C.P.).

*Disparo de arma de fuego.*—Sus elementos son: a) la acción de disparar el arma —despedir el proyectil de pistolas, rifles, etc.—; y b) que el disparo se dirija sobre una persona o grupo de personas; este elemento revela que el delito sólo puede revestir forma de intencionalidad, nunca de imprudencia, cualquiera que sea el ánimo injuriador del agente.

*Otros ataques peligrosos.*—Se integran por: a) el ataque —agresión física impetuosa, violenta, dirigida al cuerpo del ofendido con ánimo dañador—; y b) riesgo de muerte, motivada esta posibilidad por la utilización de armas peligrosas (puñales, macanas, verdugillos, etc.), o por la fuerza del agresor (intensidad de la acción), o por su destreza (habilidad de la maniobra), o cualquiera otra circunstancia semejante.

En cuanto a la penalidad de las dos anteriores formas del delito caben dos hipótesis fundamentales: a) el disparo o el ataque no causan al ofendido ningún daño constitutivo de diferente delito; en este caso la acción inocua en sí misma se sanciona por el peligro corrido, conservando el delito su original característica de ser una medida penal superadora de la dificultad práctica de la prueba de la tentativa; su penalidad no ofrece dificultad; deberá aplicarse únicamente la sanción prevista en el encabezado del artículo 306, salvo el supuesto excepcional en que se demuestre con precisión el grado de tentativa de un delito que merezca mayor sanción, pues entonces procede sancionar el hecho de acuerdo con los artículos 12 y 63, pues la suplencia legal de la prueba del grado habrá desaparecido ante la prueba real; y b) el disparo o cualquiera otro de los ataques previstos, producen como resultado final un daño al ofendido, como lesiones o muerte o deterioros en propiedad ajena, considerados por la ley como integrantes de otros delitos típicos; en vista de que las sanciones previstas "se aplicarán independientemente, de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito", creemos que se deberán sumar las acciones del disparo o ataque a las del delito emergente, sin atender a las reglas generales de la acumulación, por respeto a la regla derogatoria específica; en esta segunda hipótesis, dado el sistema de punibilidad del Código de 31, el delito deberá interpretarse como una agravación circunstancial de la penalidad del daño delictuoso consumado. Algunas de nuestras Cortes y la Sala Penal de la Suprema Corte han seguido en veces un criterio distinto, estimando que cuando el delito concurrente sea homicidio se deberá aplicar exclusivamente la pena de éste, solución que es contradictoria a los términos expresos de la ley.

La inclusión del precepto dentro del homicidio es incorrecta, porque el disparo o los otros ataques peligrosos no suponen ni el daño de muerte ni su intención.

Por decreto del 16 de diciembre de 1991 publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 del mismo mes y año, el artículo 306 del Código Penal, fue derogado, pero en virtud de que aún diversos Códigos de los Estados de la Federación contemplan este tipo, se conserva el comentario original del autor (R.G.H.).

## CAPÍTULO V

# REGLAS COMUNES PARA LESIONES Y HOMICIDIO

(ARTS. DEL 310 AL 322 DEL C. P.)

### TEMARIO

50. Razón de ser de un capítulo común a lesiones y homicidio.—51. Contenido del capítulo, sus aciertos y omisiones.

50. Las lesiones y el homicidio son delitos de manifiesta semejanza jurídica; constituyen atentados contra la integridad biológica de la persona humana, salvo que en las lesiones la alteración de la salud no causa, como en el homicidio, el daño de muerte. La intencionalidad y el móvil pueden ser iguales en ambos delitos, especialmente cuando el agente, teniendo voluntad de ofender a la víctima, no se propuso causar determinado daño. Esta semejanza es más evidente en legislaciones, como la mexicana, que atienden primordialmente al perjuicio último resentido por la víctima, conforme lo explicamos en los anteriores capítulos (véanse antes núms. 26 y 42). Además, las lesiones y el homicidio son el resultado del empleo, por el sujeto activo, de procedimientos iguales efectuados con mayor o menor intensidad, tales como acciones físicas (disparar un arma, asestar una puñalada, golpear con instrumentos contundentes, propinar venenos u otras sustancias dañinas, etc.), o como omisiones (privar de alimentos a un recién nacido, abandonar a incapacitados, etc.), o como acciones morales (producir estados de terror, impresiones desagradables, amenazas, contrariedades, etc.).

Si en las lesiones y en el homicidio contemplamos un íntimo parentesco jurídico y si su mecánica de realización es idéntica, resulta inútil reglamentar por separado las circunstancias comunes a ambas infracciones; la innecesaria duplicidad de preceptos puede traducirse en soluciones contradictorias, como aconteció en los Códigos de 71 y 29; por eso, la reforma introducida en la legislación vigente, que creó el capítulo especial denominado *Reglas comunes para lesiones y homicidio*, es digna de alabanza.

51. En este capítulo se reglamentan las formas atenuadas de penalidad por su ejecución circunstancial, o sea: las lesiones u homicidio a los adúlteros, a los corruptores de los descendientes y su comisión en riña o duelo. Igualmente se comprenden las formas agravadas de penalidad por la existencia de las clásicas calificativas: premeditación, ventaja, alevosía y traición, a las que deberemos agregar aquellas en que se presume la primera por cometerse el delito por medio de: inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes, o por retribución dada o prometida, por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.

El acierto del moderno legislador no llegó a todos sus extremos, porque omitió en sus reglas comunes algunas circunstancias que en uno y otro delito se manifiestan en forma de identidad; es cierto que la definición y la estimación de las calificativas se regulan comúnmente para lesiones y homicidio, pero la penalidad en unas y otro se resuelve diferentemente, como puede verse comparando los artículos 298 y 320 del Código Penal; el problema de la concurrencia de causas, que en la práctica se manifiesta igual en ambos delitos, se regula exclusivamente dentro del homicidio (véanse antes núms. 44 y 45); la complicidad correspectiva, que constituye problema común para los dos delitos, se reglamenta distinta en lesiones y homicidio (arts. 296 y 309).

En los artículos 312 y 313 del mencionado capítulo se establecen las normas aplicables para la participación de terceros en el suicidio, bajo las formas de inducción, auxilio o cooperación al punto de ejecutar el auxiliador la muerte; este último caso constituye indudablemente participación en un homicidio con consentimiento de la víctima; pero la inducción o el simple auxilio, deben considerarse como delitos específicos y no como formas de responsabilidad en homicidio o lesiones, porque cuando una persona se priva voluntariamente de la vida o se lesiona, no existen dichos delitos.

En los tres capítulos siguientes se estudiarán por separado las atenuaciones, las calificativas y los problemas jurídicos del suicidio.

## CAPÍTULO VI

### LESIONES Y HOMICIDIO ATENUADOS

(Arts. 310, 311, 321, 314, 397 y 308 DEL C. P.)

#### TEMARIO

52. Atenuación por infidelidad matrimonial o por corrupción del descendiente; antecedentes históricos.—53. Atenuación en el Código de 1871; crítica por no referirse a lesiones; crítica por el empleo de la palabra adulterio.—54. Excusa absolutoria del Código de 1929; crítica a su sistema feudal regresivo.—55. Falsos fundamentos de la excusa absolutoria; la perturbación mental no justifica una eximente general.—56. Falsos fundamentos de la excusa absolutoria; las agresiones de sangre del burlado contra sus ofensores no reúnen los requisitos de la legítima defensa del honor.—57. Fundamentos de la atenuación en el Código de 1931.—58. Elementos requeridos para la atenuación de penalidad en homicidio o lesiones a los adúlteros; nociones de sorpresa y de acto carnal o próximo a su consumación.—59. Méritos de la atenuación en la legislación vigente.—60. Atenuación por riña; noción de la riña; la riña no es delito; es una forma circunstancial de lesiones u homicidio; dificultad de sancionar la tentativa de lesiones u homicidio dentro de la riña.—61. Crítica a la definición legal de la riña; su distinción con otras contiendas: legítima defensa; rebelión, sedición y otros delitos que implican lucha violenta y duelo.—62. La definición de la riña por Carrara; posibilidad de la coexistencia de la riña con la premeditación unilateral en la riña y la legítima defensa; penalidad en caso de coexistencia de riña y premeditación.—63. La riña excluye la calificativa de ventaja.—64. La atenuación de penalidad en caso de riña; su fundamento clásico; crítica a la atenuación desde el punto de vista de la defensa social contra los rijosos habituales o camorristas.—65. Sistema de atenuación en el Código de 1871; mayor para el agredido que para el agresor; crítica.—66. Mejor reglamentación de la legislación vigente; el provocador, y el provocado; crítica; la atenuación no debería existir para el provocador-agresor.—67. Participación de tres o más personas en la riña.—68. La riña y las lesiones y homicidio por error en el golpe.—69. Atenuación por duelo; antecedentes del duelo.—70. Nociones del duelo.—71. Necesidad de su representación y sistemas propuestos.—72. Reglamentación del Código de 1871; el duelo como delito especial.—73. Reglamentación de la legislación vigente; el duelo como circunstancia atenuadora en lesiones y homicidio.

**52. ATENUACIÓN POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL O POR CORRUPCIÓN DEL DESCENDIENTE.**—La comisión de delitos de sangre en contra de los responsables de actos de adulterio o de corrupción del descendiente,

especialmente de la hija, ha sido considerada dentro del Derecho de muy diversas maneras en el transcurso de la historia; tres han sido las principales soluciones propuestas: la creación de una excusa absoluta para estos casos; la aplicación de las penas generales del homicidio o de las lesiones, y el establecimiento de una regla especial de atenuación.)

Las viejas leyes españolas, continuando sensiblemente la tradición romana, como afirma Cuello Calón,<sup>18</sup> instituyeron el derecho de venganza a favor del ofendido y de su familia; el Fuero Juzgo (lib. III, tít. IV, leyes 4ª y 5ª) y el Fuero Real (lib. IV, tít. VII, ley 6ª), eximieron de toda penalidad al marido o al padre de los adúlteros, pudiendo hacer de éstos lo que quisieren si les perdonaban la vida; las Partidas (Partida VII, tít. XVII, ley 13), otorgaban el derecho de hacer del adúltero lo que se quisiera, siempre que fuera hombre vil; el Ordenamiento de Alcalá (tít. XXI, ley 1ª), autorizaba la muerte de los adúlteros, exigiendo como requisito el homicidio de ambos; posteriormente la legislación española reservó penas insignificantes para el homicidio o las lesiones a los adúlteros, determinando el artículo 438 del Código de 1870, como penalidad, la de destierro; en el derogado Código Español de 1928 se abandonó el criterio de cruel impunidad que hasta entonces habían inspirado las leyes, pero se facultó a los jueces para imponer una pena inferior a la señalada por la ley y que estimaran adecuada a su prudente arbitrio.

En México, las antiguas legislaciones de los Estados de Oaxaca (art. 15), de Hidalgo (art. 552), de Guanajuato (art. 250), de Yucatán (art. 462) y de Campeche (art. 462), inspiradas en las leyes españolas, consagraron las costumbres medievales, eximiendo de toda sanción esta clase de homicidios, con variantes en cuanto a la estimación de los hechos adulterinos (véase *Código Penal*, de Medina y Ormaechea).<sup>19</sup>

(53. El Código Penal de 1871, en atención a la comisión del delito por grave provocación, estableció reglas especiales atenuadoras en los siguientes términos:)

*Art. 554. Se impondrán cuatro años de prisión: al cónyuge que, sorprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en un acto próximo a su consumación, mate a cualquiera de los adúlteros.*

*Art. 555. Se impondrán cinco años de prisión: al padre que mate a una hija suya que viva en su compañía y esté bajo su potestad, o al*

<sup>18</sup> El nuevo Código Penal Español. Ob. cit., tomo II, pág. 587, nota 2.

<sup>19</sup> Código Penal Mexicano. México, 1890, art. 554.



*corruptor de aquélla, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él.*

*Art. 556. Las penas de que hablan los dos artículos anteriores solamente se aplicarán: cuando el marido o el padre no hayan procurado, facilitado o disimulado el adulterio de su esposa, o la corrupción de su hija, con el varón con quien la sorprendan ni con otro. En caso contrario, quedarán sujetos los reos a las reglas comunes sobre homicidio.*

De acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 68 y 69 del mismo código, el mínimo y el máximo de las penas de cuatro y de cinco años a que se refieren los anteriores preceptos se formaban disminuyendo o aumentando un tercio a dichas penas, dejando al juzgador límites muy estrechos para verter su arbitrio. El antiguo Código, por referirse a la acción de matar, no comprendía dentro de la atenuación las lesiones no mortales inferidas por el engañado. Además, al emplear en el artículo 554 la palabra adulterio hacía difícil una certera interpretación de los casos atenuados de penalidad, debido a las diversas significaciones de dicha palabra; así, en el derecho civil, por adulterio se entiende el acto carnal consumado por un casado con persona extraña a su matrimonio, y en el penal, por delito de adulterio se entiende la infidelidad sexual realizada en circunstancias ofensivas para el cónyuge inocente, como el escándalo o su comisión en el domicilio conyugal; por otra parte, dentro del mismo Código de 1871, era diferente la situación del hombre y de la mujer en cuanto a la existencia del delito de adulterio, de donde resultaba todavía más confusa la aplicación de la regla de atenuación, porque si bien se sancionaba invariablemente cualquier infidelidad carnal de la mujer, respecto del hombre sólo existía el delito cuando se efectuaba con concubina o en el domicilio conyugal o con escándalo (véanse arts. 816 y sigs. del Código Penal de 1871). Dentro de la vigencia de este Código, el jurado popular absolvió a varios uxoricidas, sin atender a la regla legal. Demetrio Sodi<sup>20</sup> proclamó la necesidad de derogar esas penalidades fundándose en el apriorístico argumento de que "el homicidio ejecutado en las condiciones apuntadas, está amparado por la exculpante de legítima defensa del honor, y no podrá castigarse, porque tanto en el jurado popular como en la conciencia de los jueces instructores se levantará una voz de protesta en contra de las penas señaladas en los artículos 554 y 555, reconociéndose que el homicidio de que nos ocupamos se ejecutó con derecho propio, como lo establecen las legislaciones extranjeras y como lo sancionan las leyes de Partidas, el Fuero

<sup>20</sup> Nuestra ley penal. Ob. cit., tomo II, pág. 269.

Juzgo, el Fuero Real y la Novísima Recopilación". Aparte de este último prejuicio histórico, Sodi no se preocupa de razonar su afirmación demostrándonos la reunión de las constitutivas de la defensa.

54. El Código de 1929 desestimó la anterior reglamentación, haciendo que la legislación mexicana regresara al viejo criterio español de impunidad, consagrando a los particulares ofendidos el derecho de venganza hasta el punto de consumir la muerte de sus ofensores, sin prever, por defecto de técnica, el caso de lesiones; es extraño advertir que precisamente el Código que civilizadamente suprimió de la legislación mexicana la pena de muerte, haya otorgado esta misma a los particulares, sustituyendo al Estado en su pública función de administrar justicia. Estos bárbaros preceptos, feroz resabio de las épocas más primitivas del derecho penal, decían:

*Art. 979. No se impondrá sanción alguna: al que sorprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en un acto próximo a su consumación, mate a cualquiera de los adúlteros o a ambos; salvo el caso de que el matador haya sido condenado antes como reo de adulterio, por acusación de su cónyuge, o como responsable de algún homicidio o delito de lesiones. En estos últimos casos, se impondrá al homicida cinco años de segregación.*

*Art. 980. Tampoco se impondrá sanción: al padre que mate a su hija que esté bajo su potestad, o al corruptor de aquélla, o a ambos si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él. Cuando el padre haya sido condenado anteriormente, como responsable de un homicidio o de un delito de lesiones, se le impondrán cinco años de segregación.*

55. Por ausencia de una verdadera exposición de motivos ignoramos los propósitos del legislador de 29 al establecer tan monstruosa y extensa excusa absolutoria; probablemente se consideró que la sorpresa del adulterio o la revelación de la corrupción de la hija, provoca en el ofendido una verdadera perturbación psíquica que le veda el uso de sus facultades mentales, a punto tal, que pierde la consciencia de los actos de muerte que ejecuta, o probablemente se estimó que la muerte de los adúlteros o del corruptor y la corrompida, en sus respectivos casos, es la resultante del ejercicio de la legítima defensa.

Cierto es que cuando el cónyuge engañado o el padre de la corrompida no han contribuido con su lenidad a la corrupción, al recibir la sorpresa de ésta, puede ser de tal gravedad el trauma psíquico, que perturbe sus facultades; pero en estos casos, la alteración psíquica se traducirá generalmente en una total inhibición; la ejecución de la muer-

te es la manifestación más evidente de que no ha existido dicha inhibición total de las facultades volitivas. De todas maneras, cuando se compruebe en un proceso, el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, será suficiente la estimación de la excluyente de responsabilidad, consistente en obrar por el trastorno que le impide comprender el carácter del ilícito (frac. II del art. 15 del Código Penal reformado).

56. Como opinión que sustenta entre nosotros la creencia de que la legítima defensa del honor debe ser la fuente de impunidad, existe la de Clotario Margalli,<sup>21</sup> sugeridor de los preceptos contenidos en la legislación de 29, quien insensiblemente se ve obligado a confesar que la pretendida defensa no es sino una forma encubierta de venganza al decir que "el honor se puede defender, se 'lava', según el criterio social, que es el que lo establece, en cualquier momento, ya sea antes o después de consumado el acto que constituyó la agresión".

En nuestro concepto, las agresiones de sangre consumadas por el ofendido en el acto de sorprender las incontinencias sexuales de sus ofensores, no reúnen los requisitos de la legítima del honor, en atención a que es un falso supuesto el de que los actos ajenos, morales o inmorales, no imputables a nosotros mismos, puedan afectar nuestro honor; sólo un prejuicio de responsabilidad vicaria por los actos de otros puede concluir ilógicamente que la acción de terceros afecta a nuestro patrimonio moral. Jiménez de Asúa y Oneca,<sup>22</sup> refiriéndose al adulterio, es decir, al más grave de los actos antijurídicos matrimoniales, enérgicamente sostienen: "Imposible alegar que es (el adulterio) un ultraje contra el honor, porque es absurdo e injusto proclamar que padece menoscabo la honra del marido o de la mujer engañados por la conducta del cónyuge infiel." Si esto se afirma del adulterio, por mayoría de razón lógica, tendremos que aplicar el mismo criterio a las infidelidades matrimoniales, ajenas o simplemente preparatorias a la consumación sexual. Diego Vicente Tejera, jr.,<sup>23</sup> nos afirma en esta opinión cuando considera también que los actos de otra persona no pueden jamás, sin contar con la voluntad del agente pasivo, quitarle su honor, y añade: "Es verdad que hay una franca agresión contra el derecho de fidelidad y que esta agresión es ilegítima, porque no la autoriza ningún precepto legal, ni las conveniencias sociales; pero aunque la agresión exista, no autoriza la muerte, porque la defensa indica evi-

<sup>21</sup> *La excluyente de legítima defensa del honor*. México, 1934.

<sup>22</sup> *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Reus, Madrid, 1929. Tomo II, pág. 255.

<sup>23</sup> *El adulterio. Memoria*. Habana, 1928, pág. 189.

tación, conservación, y ya en este caso el derecho que se defiende no existe por haber sido violado. No siendo, pues, una defensa del derecho a la fidelidad conyugal, ¿será una defensa del honor? Evidentemente que no. Si el honor fuere un derecho absoluto, y no muy relativo, y si a él tuvieran derecho los hombres (cosa discutible), el honor estaría violado, mancillado y deshecho con el acto de la mujer, y no sería conservado por el marido con el hecho de matar, porque ocurriría todo lo que hemos descrito en el caso de la infidelidad conyugal. Nada más erróneo que la creencia medieval, conservada por tradición, de que el honor se salva con la sangre del que hirió. Ello es un convencionalismo que encubre el derecho de la venganza, pero el daño causado no se borra con el duelo ni con la muerte; él persiste aunque el marido se haya vengado."

Pero, aun suponiendo que la infidelidad sexual constituyera una agresión al honor, de todas maneras no se encontraría comprobada la excluyente de la legítima; en efecto, la acción sangrienta del ultrajado se realiza cuando el acto sexual ya está consumado o cuando se está preparando, y es preciso no confundir la defensa de las agresiones actuales con la venganza de las agresiones ya consumadas, porque la excluyente como excusa legal no comprende aquellas acciones lesivas posteriores a la agresión, constitutivas de una venganza, ni tampoco ampara la defensa anterior al peligro o al riesgo; en este último caso la acción violenta sería un acto ilícito fundado en un deseo de prevenir daños no actuales. Si estos argumentos no fueren en sí mismos suficientes, podrá alegarse en forma concluyente que, en la legislación en vigor, se ha dado una interpretación auténtica al problema, resolviendo de antemano que, aun los casos más graves de infidelidad actual, no pueden dar lugar a la aplicación de la legítima defensa del honor, puesto que en sus artículos 310 y 311 (ahora derogado) se sancionan, cierto que con penas leves, las lesiones y homicidios a los adúlteros o a los corruptores del descendiente, corrigiéndose así conscientemente el grosero error del Código de 1929, que aseguraba a los particulares ofendidos el derecho de hacerse justicia de propia mano, puesto que los eximía de toda sanción.

57. Algunas legislaciones, especialmente las de tipo anglosajón, no contienen ninguna regla especial para la penalidad de estos delitos; no existiendo tampoco una excusa absolutoria, la consecuencia será la de que se apliquen las graves penalidades del homicidio o de las lesiones calificadas, por la existencia, a lo menos, de la alevosía al cometerse el delito en circunstancias de sorpresa tales, que no dan lugar a defenderse a los agredidos. Parece indebido aplicar las sanciones generales para aquellos que obran en circunstancias psíquicas muy especiales en

la ejecución del delito, resultado de la grave e injusta provocación; Carrara <sup>24</sup> funda la necesidad de la inclusión de una regla atenuadora con las siguientes palabras: "Lentamente se va abandonando la creencia de que la muerte del adúltero era el resultado del ejercicio de un derecho y se fue sujetando por la ley a condiciones taxativas; se restableció el problema en su verdadero campo, es decir, a la consideración de la imperfección del dolo derivado de la existencia de una turbación psíquica ocasionada por el justo dolor."

La violación del derecho realizada por los corruptores del descendiente o por los adúlteros, la grave ofensa perpetrada por éstos en contra del padre o del esposo, el especial estado psicológico que tan injusta actitud provoca en el ánimo del sujeto la infracción, son las consideraciones que obligaron al legislador de 1931 a restituir el sistema de atenuación, en lugar de la excusa absolutoria del Código derogado, quedando como sigue:

*Art. 310. Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.*

La redacción original del artículo 311, antes de su defectuosa reforma de 1968, a la que nos referiremos en el párrafo siguiente, limitaba la atenuación de la penalidad "al padre que mate o lesione al corruptor de su hija que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su hija con el varón con que la sorprenda ni con otro. En este último caso, o cuando el padre haya sido condenado como responsable de un homicidio o del delito de lesiones se le impondrán de cuatro a cinco años de prisión".

Por decreto del 23 de diciembre de 1968 publicado en el Diario Oficial del 18 de febrero de 1969, el precepto transcrito en el párrafo anterior fue reformado así: *Art. 311. Se impondrán de tres días a tres años de prisión al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal, o en uno próximo a él si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro.*

*Art. 321. Los casos punibles de homicidio y lesiones de que hablan los artículos 310 y 311 no se castigarán como calificados, sino cuando se ejecuten con premeditación.* (Ahora derogado por Dcto. del 9 de mayo de 1996, D.O. 13 de mayo de 1996)

En virtud de que algunas de la leyes penales de varios Estados de

<sup>24</sup> *Programma. Ob. cit.*, tomo I de la parte especial, párrafos 1323 y sigs.

la República, contemplan esta figura, se considera dejar el comentario del autor, en lo que se refiere a los numerales 310 y 311 en cita.

58. En lo que concierne al homicidio o lesiones a los adúlteros, dos son los requisitos exigidos para la aplicación de la pena atenuada, a saber: a) que el sujeto activo del delito sorprenda a su cónyuge; y b) que esa sorpresa se refiera al acto carnal o a uno próximo a su consumación. La actitud de sorpresa implica, por parte del cónyuge inocente, la revelación repentina de un acto de su cónyuge inesperado por él, o sea un elemento subjetivo, que consiste en la obtención de un conocimiento inesperado de la infidelidad sexual, pero también implica un elemento objetivo consistente en percibir por medio de los sentidos físicos el acto sexual o uno próximo a él; por acto carnal deberá entenderse no sólo la cópula consumada normalmente sino también aquella vertida anormalmente en vasos no idóneos para el coito; los actos próximos a la consumación carnal pueden ser no sólo los preparatorios anteriores, sino también los posteriores, ligados a su ejecución. La excusa atenuadora deberá aplicarse en el caso de que el cónyuge burlado sorprenda la consumación de la incontinencia adulterina, y también en aquellos casos en que los hechos ejecutados por los responsables de la infidelidad demuestren por sí mismos, evidentemente, su relación inmediata anterior o posterior a la conjunción sexual.

59. Dentro de la legislación de 31, se otorgaba al juez arbitrio para imponer como mínimo tres días de prisión. En aquellos casos de gravísima provocación sexual, a la que el burlado no ha dado lugar, y en que sus antecedentes aseguran plenamente su convivencia social, la imposición de la pena en sus extremos mínimos, especie práctica del perdón judicial, permitía su inmediata libertad, sin los inconvenientes de la absolución que popularmente era interpretada como una aprobación del derramamiento de sangre.

Por decreto del 10 de Enero de 1994 fue reformado el artículo 310 quedando como sigue: *"Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenuen su culpabilidad. Si lo causado fueren lesiones, la pena será de hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión"*.

A nuestro juicio la redacción de este numeral es poco afortunada, entre otras cosas, por no describirse en qué consiste la circunstancia "estado de emoción violenta", con objeto de que opere la justificación.

Es menester advertir que el artículo 311, antes de su reforma de 1968, limitaba la atenuación de penalidad exclusivamente al padre —no a cualquier ascendiente— que matase o lesionase al corruptor de su hija —no de cualquier descendiente— la reforma señaló como posi-

ble sujeto activo del delito a cualquier ascendiente (padre, madre, abuelos) y como pasivo a cualquier descendiente (hijo, hija, nietos) que esté bajo su potestad, en la inteligencia de que el corruptor debe ser siempre un varón, por lo que, tratándose de hijos la corrupción a que se refiere la reforma se concreta exclusivamente a la de carácter homosexual. Es importante observar como antecedente monstruoso, que en el Código Penal de 1929, contrariando los sanos sentimientos familiares mexicanos, se estableció el absurdo de eximir de toda sanción al que matare a su propia hija en actos de ser corrompida; es decir, se proclamaba el derecho para el ascendiente varón, no de proteger a su desvalida descendiente víctima de una corrupción, sino de castigarla cruelmente con la privación de su vida. La atenuación de las penas en consideración a la excitación del ánimo por la extrema injuria, es aplicable contra el corruptor pero nunca contra la víctima de la corrupción. Lo contrario nos parece inhumano resabio del derecho de vida o muerte del *pater* aún sobre familiares víctimas de acciones injustas.

60. ATENUACIÓN POR RIÑA.—Aun cuando la mayor parte de las legislaciones incriminan especialmente el hecho de tomar parte en una riña, en el Derecho Penal mexicano, ésta, en sí misma (no es un delito, es una forma circunstancial de realización de los delitos de lesiones y homicidio, provista de penalidad atenuada) El artículo 314 del Código Penal la define así: *(Por riña se entiende para todos los efectos penales la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas)*. Es, pues, la riña, un combate material, una pelea física, una lucha violenta, entre varias personas, las cuales se cambian golpes con potencialidad lesiva en su intención; dentro de la noción gramatical de la riña es indiferente que los rijosos fracasen en su actitud lesiva o consumen daños de lesiones o de homicidio; pero para la punibilidad, como la riña no es, repetimos, sino una circunstancia de realización, es menester la consumación de estos últimos daños en cualquiera de los contendientes, en varios o en todos. (El grado de tentativa de lesiones u homicidio dentro de la riña, teóricamente indudable, es difícil de sancionar por la casi imposibilidad de comprobar la categoría de daño que los rijosos se proponían inferir, tanto más si se observa que, debido al calor de la contienda, las acciones se ejecutan indeterminadamente, es decir, con la intención general de causar perjuicios lesivos, pero sin propósito particular de infligir al adversario cierta específica lesión; ya sabemos que la tentativa se sanciona hasta con las dos terceras partes de la pena

imponible si el delito se hubiera consumado (art. 63 del Código Penal) (véase antes núm. 12). Siendo el requisito de la riña el intercambio de acciones físicas agresivas, no es posible confundirla con aquellos altercados en que dos o más personas, sin acudir a las vías de hecho, se cruzan injurias o amenazas, ni con aquellos en que una persona se limita a contestar verbalmente una agresión física; necesario es que los participantes asuman, por voluntad expresa o tácita, una injustificable actitud mutua de violencia material.

61. La definición de la riña, considerada esencialmente como los hechos materiales que la constituyen, es, en cierto sentido, inexacta por extensa, ya que dentro de los términos del artículo 314 quedarían literalmente comprendidas las luchas o peleas entabladas por una persona contra su injusto agresor destinadas a evitar la consumación del mal ilícito, actual, violento y peligroso que se le pretende infligir; es decir, gramaticalmente, dentro de la definición legal de la riña, se involucran las contiendas de repelición, de evitación, que en ocasiones traen aparejadas el ejercicio de la legítima defensa; más correcta era la reglamentación del Código Penal del Estado de México, que para evitar confusiones, agregaba en su artículo 890 que: *No se entenderá que haya riña, para los efectos penales, en la lucha que se entabla entre el agresor y el agredido, cuando éste se haya visto obligado a valerse de las vías de hecho en propia y legítima defensa.* En la práctica, en muchos procesos, dadas las versiones contradictorias de los participantes, es difícil establecer con certeza la distinción entre la comisión de las lesiones u homicidio en verdadera riña o en contienda legítimamente defensiva; creemos que en estos casos en que se comprueba la agresión ignorándose las circunstancias de la pelea, cuando la declaración del acusado es verosímil, se le deberá aceptar el descargo, no por la prueba plena de la legítima defensa, sino por la duda de su responsabilidad personal conforme al artículo 247 del Código de Procedimientos Penales.

Además, es falso que el concepto legal de la riña se aplique "para todos los efectos penales", como se asegura en el precepto que la define; su alcance se limita a lesiones y homicidio. En efecto, existen delitos especiales, típicamente regulados por la ley, como la rebelión y la sedición, que suponen el alzamiento en armas o la resistencia o el ataque a la autoridad, verdaderas luchas violentas entre dos o más personas; a pesar de la integración gramatical de los elementos de definición de la riña, las anteriores contiendas no están reguladas por los preceptos aplicables a ésta, constituyendo tipos especiales de infracción. Por otra parte, aun cuando la riña y el duelo son dos especies de un mismo género, contienda injusta entre particulares, contienen lineamientos psicológicos y jurídicos que permiten su fácil distinción, como estudiaremos en párrafos subsecuentes.



62. Precisamente en consideración a los casos anteriormente citados, que deben ser excluidos del concepto de riña, Carrara<sup>25</sup> propone la siguiente definición: *una subitanea lotta insorta fra due o più persone per privata cagione*, "una repentina lucha surgida entre dos o más personas por razón privada", agregando que emplea la palabra "repentina" para distinguirla del duelo y de la agresión, y las palabras "por razón privada", para distinguirla de la sedición y otros delitos de color político. No obstante que Carrara opina que la lucha debe ser súbita, repentina, la figura circunstancial de la riña no excluye la posibilidad de su coexistencia con la premeditación, por ejemplo: los adversarios, sin los lineamientos del duelo, para dirimir violentamente su conflicto, de común acuerdo se citan y se preparan para luchar con posterioridad. Cuando la premeditación es unilateral, o sea cuando uno de los individuos resolvió con antelación agredir al otro, el juez deberá ser muy escrupuloso en el examen de la agresión, para determinar la posible presencia de la legítima defensa, con exceso o sin él, por parte del agredido; diremos que existe riña y no acción de defensa, cuando el que sufre la agresión no se conforma con emplear medios necesarios para la evitación, sino que a su vez acepta el riesgo del combate con propósito doloso de agraviar a su ofensor. Doctrinariamente es innegable que la riña no excluye la premeditación, como lo hizo notar Sodi,<sup>26</sup> pero para los efectos de la penalidad de las lesiones u homicidio en estos casos de coexistencia de dos circunstancias, una la premeditación agravadora de la pena, y otra la riña atenuadora de la sanción, el Código Penal es insuficiente por no determinar una regla concreta; creemos que no habrá lugar a aplicar la pena atenuada al ríjoso premeditador, porque los preceptos legales que contienen las reglas de atenuación, artículos 297 y 308, se refieren a las formas simples de estos delitos y nunca a las calificadas.

63. En cambio, la riña excluye la posibilidad de calificativa de ventaja porque, como más adelante estudiaremos, para que la ventaja pueda ser estimada como calificativa, es preciso que sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido, siendo así que en la riña la mutualidad de acciones violentas con potencialidad lesiva trae aparejado riesgo recíproco para los adversarios. No negamos que, en el más amplio significado de la palabra, siempre existe ventaja en favor de algunos de los ríjosos, por su superioridad en las armas, en la fuerza física, en la destreza, en los medios que emplea, etc.; afirmamos que esa ventaja no puede ser estimada como calificativa legal, dados los términos del artículo 317 del Código Penal, sino en el caso de que el que hace uso de ella no corra riesgo al-

<sup>25</sup> *Programma. Ob. cit.*, tomo I de la parte especial, párrafo 1292.

<sup>26</sup> *Nuestra ley penal. Ob. cit.*, tomo II, pág. 266.

guno; este último requisito es imposible de concebir en las riñas, dada la mutua agresividad de los protagonistas. Por supuesto, la riña puede dar por resultado la derrota completa de alguno de los adversarios, por caer éste al suelo imposibilitado de defensa, por ser desarmado y sujetado por su contrario o por cualquiera otra circunstancia que lo imposibilite en adelante para la acción contenciosa; cuando el victorioso hace uso de su superioridad lesionando o matando a su exhausto adversario, entonces contemplamos la calificativa legal de ventaja, salvo que ya ha cesado la riña por la terminación del combate propiamente dicho.

64. La comisión de delitos simples de sangre en riña está provista en nuestra legislación de penalidad atenuada, mayor para el provocado que para el provocador, en atención al clásico concepto de que la sobreexcitación psíquica que sufren los protagonistas por el ímpetu de la cólera, por el calor del combate, disminuye su consciencia, su voluntariedad, en la realización de las acciones sanguinarias. Este criterio es riguroso corolario del principio de la Escuela Clásica que funda el concepto de la responsabilidad penal en la voluntad libre y consciente de los infractores. Dentro de la moderna tendencia criminológica utilitaria que funda la represión de los delitos en principios social-eudemonísticos, de defensa en contra de los criminales según su menor o mayor temibilidad, es inconcebible un sistema como el vigente, de atenuación para todos los participantes de una riña, sin atender al grado de antisociabilidad que representan; la riña podrá ser estimada como causa objetiva de atenuación, cuando el rioso obre violentado por las circunstancias ante una *agresiva provocación*; en ningún caso debería acordarse a los camorristas habituales, a los malvivientes que profesionalmente usan de la riña para conservar su prestigio de "valientes" dentro del hampa, para aquellos que ante la provocación más leve, ante el motivo más fútil, entablan sangrientas contiendas contra sus imaginarios ofensores; el rioso habitual o el que ocasiona la riña ante leves pretextos, deberá ser reprimido, no con atenuación, sino con severidad extrema, por el peligro que denota su brutal ferocidad o su potencia delictiva.

65. El Código de 1871, tratándose de lesiones, atenuaba las penas del delito simple disminuyéndolas a las dos terceras partes para el agresor y a la mitad para el agredido; tratándose de homicidio acordaba igualmente mayor atenuación a este último que al primero. Se consideraba agresor —autor de la riña— al que hubiere ejecutado el primer acto físico violento, a aquel que primero hubiera dirigido su golpe contra el adversario; el agresor era no el *qui prior conviciis et probis adversarium laceraverit, sed qui prior vel cultrum strinxit vel pugnos duvit*. El comentarista más insigne del Código de 1871, Demetrio

Sodi,<sup>27</sup> protestó contra este criterio, porque "muchas veces el que acomete primero es el que tiene menor responsabilidad, porque lo hace cuando ha sido provocado o insultado de manera cruel y persistente... y, sin embargo, al que fue causa directa y necesaria de la riña se le considera como agredido (mayor atenuación)... al que fue obligado a reñir, insultado hasta la desesperación, amagado en ocasiones, burlado y ultrajado, porque dio el primer golpe se le considera como agresor (menor atenuación)"; el certero juicio crítico de Sodi fue esgrimido también por varios de los comentaristas que intervinieron en los *Trabajos de Revisión del Código*, publicados en 1912.

66. En el Código actual, la redacción original del art. 297 señalaba para el responsable de las lesiones inferidas en riña o en duelo, hasta la mitad o hasta cinco sextos de las sanciones señaladas a las lesiones no calificadas, según se tratase del provocado o del provocador, y en forma similar también se reducían las penas en el art. 308 para el homicidio en riña o en duelo. De la intervención gramatical de la palabra *hasta*, empleada por los preceptos legales antes de sus reformas, para limitar el alcance de la atenuación, se desprendía que las penas imponibles al provocado o al provocador iban desde el mínimo general de la prisión, tres días (art. 25 del Código Penal) hasta la mitad o las cinco sextas partes de las sanciones de los delitos de lesiones u homicidios simples; en su extremo mínimo la pena equivalía a la impunidad.

Por decreto de 29 de diciembre de 1950, publicado en el Diario Oficial del 15 de enero de 1951, las reglas de atenuación fueron reformadas así:

Art. 297. *Si las lesiones fueren inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según se trate del provocado o del provocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52.*

Art. 308. *Si el homicidio se comete en riña, se aplicarán a su autor de cuatro a doce años de prisión. Si el homicidio se comete en duelo, se aplicarán a su autor de dos a ocho años de prisión. Además de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 para la fijación de las penas, dentro de los mínimos y máximos anteriormente señalados, se tomará en cuenta quién fue el provocado y quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación.*

Los autores del Código Penal de 1931, entendiendo justificadas las críticas de los juristas mexicanos por la terminología de agresor y agredido de la antigua codificación, las sustituyeron por las de provocador y provocado. El provocador no es forzosamente el que inicia la con-

<sup>27</sup> Nuestra ley penal. Ob. cit., tomo II, pág. 268.

tienda física, sino el que, por realizar un acto indebido o injusto, da lugar a ella. La reforma representa un adelanto, porque los que efectúan actos de provocación son, en términos generales, los verdaderos responsables morales de la contienda posterior; pero, como hicimos notar desde las primeras ediciones de este libro, antes de su reforma no resolvió definitivamente el problema de la medición mayor o menor de la penalidad para los rijosos, porque en ocasiones la provocación es, evidentemente, sin importancia, fútil o mal interpretada por el que se dice ofendido; los rijosos profesionales, los coléricos o los neuróticos, se sienten inclinados a reñir ante las ofensas más ligeras; para éstos era injusta la mayor atenuación acordada por el legislador al provocado. La sustitución de las palabras agresor y agredido por las de provocador y provocado, a pesar de su mejoría, había dejado el problema pendiente, debido a que ambos criterios de medición son falsos por externos, por objetivos, por casuistas; quizá hubiera sido mejor reglamentación la de no acordar ninguna atenuación al *autor* de la riña, es decir, al individuo que ha dado lugar a ella, tanto por su *provocación moral*, como por su *agresión física*, otorgando al juez pleno arbitrio para la disminución de penalidad a los provocados o a los agredidos en sus respectivos casos.

Al menos es plausible la reforma de 1950 a los artículos comentados porque condiciona la mayor o menor atenuación *según se trate del provocado o del provocador y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación, y lo dispuesto en los artículos 51 y 52*. Creemos que de esta manera se atendió en parte al menos, a nuestras antiguas críticas a las normas de atenuación de la redacción original del Código.

Nuestros tribunales, sistemáticamente, han resuelto que cuando se compruebe la riña con lesiones mutuas y no se demuestre quién fue el provocado y quién el provocador, para estar a lo más favorable se les acepten sus versiones suponiéndolos a todos como provocados, no porque esto sea posible, sino para aplicación benigna de la penalidad.

67. Desde el punto de vista del número de personas que participan en una riña y de la prueba de su responsabilidad por las lesiones inferidas, debemos distinguir dos situaciones:

a) En la riña han intervenido únicamente dos personas; en esta hipótesis, el problema de prueba de la responsabilidad de los daños sufridos por los contendientes no ofrece mayor dificultad; salvo casos excepcionales, cada uno de los rijosos ha sido el autor de las lesiones de su contrario.

b) En la riña han intervenido tres o más personas, que en bandos o en forma tumultuaria y confusa se agreden; cuando se obtienen prue-

bas de quién de los rijosos infirió las lesiones causadas, se le deberá aplicar la penalidad atenuada a que se refieren los anteriormente analizados artículos 297 o 308 del Código Penal; pero cuando debido a lo complejo de la contienda, a la natural confusión de las riñas plurales, no se obtenga probanza acerca de la autoría de las lesiones, entonces el problema de la penalidad deberá resolverse, por lo que a lesiones y homicidio concierne, aplicando las reglas de complicidad correspondiente de los artículos 296 y 306 del Código Penal, respectivamente (véase antes número 47).<sup>29 bis</sup>

68. Para lesiones y homicidio por error en el golpe dentro de la riña, véase antes núm. 46.

69. ATENUACIÓN POR DUELO.—El eminente Gabriel Tarde,<sup>28</sup> en su monografía *El Duelo*, señala como antecedentes históricos de esta práctica: el duelo adivinatorio de los germanos, los que acostumbraban, para pronosticar el resultado de una próxima batalla, hacer combatir a uno de sus soldados con un prisionero enemigo; el duelo judicial, fundado en una creencia supersticiosa, tendiente a comprobar extralógicamente determinados hechos pendientes de litigio; este duelo, de finalidad probatoria, ocupa en la historia del procedimiento penal lugar semejante a las pruebas del agua hirviendo o del hierro candente, estimándose que la divinidad revelaba la verdad a través del resultado de la prueba; el torneo, simulación artificiosa, aunque no exenta de peligro, de un combate en disputa de un trofeo o galardón; y, especialmente, el duelo caballeresco francés, destinado a la reparación de los ultrajes o agravios recibidos. En México, salvo los brotes esporádicos del duelo dentro de la época de nuestro liberalismo puro, que tanto alarmaron la fina cultura de Martínez de Castro,<sup>29</sup> su práctica ha sido casi inusitada.\*

<sup>28</sup> *El Duelo*. Trad. esp. Madrid, sin fecha, págs. 25 y sigs.

<sup>29 bis</sup> El artículo 296 fue derogado por dec. 16 dic 1985 (D.O. 23 dic. 1985) y el artículo 306 por Dec. 16 dic. 1991 (D.O. 30 dic. 1991).

<sup>29</sup> *Exposición de Motivos*. Ob. cit., pág. 58.

• (N. del A.) Insistimos en que, salvo el brote esporádico del duelo acontecido durante la segunda mitad del siglo XIX, su práctica ha sido casi inusitada, fundándonos en el minucioso y bien documentado libro del Prof. Ángel Escudero, *El Duelo en México* (México, Imprenta Mundial, 1936), en que después de revisar nuestras bibliotecas y hemerotecas, describe pormenorizadamente los duelos realizados en nuestro país. Curioso resulta observar que antes de la promulgación del C. P. de 1871, sólo se citan seis duelos realizados entre el subteniente José María Peña y el Cónsul de España en Tampico, Francisco Melgarejo de Guzmán (1852); entre Rafael Bringas y dos oficiales del ejército francés (1865-1866); entre los coroneles Juan Espinosa y Julio Arancibia (1868); entre los coroneles Adolfo Garza y Enrique Mejía (1867); y entre Manuel Fernández del Castillo y el barón Henry de Barssac (1868); (páginas 55 a 84 del libro cit.). Después de la promulgación de dicho Código se registraron ciertamente un notorio mayor

70. A diferencia de la riña, de la que se nos proporciona el concepto legal en el artículo 314 del Código Penal, el duelo no ha sido definido dentro de nuestra legislación, la cual se limita, en los artículos 297 y 308, a fijar los grados de atenuación para el provocado y el provocador.

En ausencia de una definición legal, tendremos que acudir para determinar la denotación de la palabra duelo a la observación de los hechos que en concepto vulgar lo constituyen. Garraud,<sup>30</sup> según la noción generalmente aceptada por las leyes y las jurisprudencias europeas, ve en el duelo "un combate concertado, con armas mortíferas, entre dos o más personas, en reparación del honor ultrajado; combate precedido de un desafío, y que tiene lugar en presencia de testigos, que con anterioridad han escogido las armas, el lugar y el tiempo del encuentro"; Jiménez de Asúa y Oneca,<sup>31</sup> convienen en esencia con la anterior explicación, definiendo el duelo como "un combate o pelea regular entre dos personas, precediendo desafío o reto, con asistencia de dos o más padrinos mayores de edad por cada parte, que eligen las armas y arreglan todas las demás condiciones del combate". De su reglamentación en el Código de 1871 deriva una noción igual a las anteriores. Cualquiera que sea la definición concreta que del duelo se plantee, encontramos en este combate las siguientes características esenciales: la mutua premeditación, derivada del reto que uno de los protagonistas hace al otro, y de la aceptación de éste; el mutuo consentimiento

---

número de duelos especialmente entre 1874 y 1894 (págs. 93 a 238 de la obra cit.) de los que hay que descontar casos en que claramente se trataba de riñas, entre ellas las famosas de nuestro eximio poeta Salvador Díaz Mirón. También Escudero menciona otros casos, de la página 254 en adelante, en que por ausencia de descripción suficiente de las circunstancias en que se realizaron los combates, no se puede precisar en todos los casos y con seguridad, si se trataba de verdaderos duelos o de riñas intempestivas o previamente concertadas. No obstante el artículo periodístico del doctor Lara Pardo (*Últimas Noticias*, 15 de julio 1953), en que se refiere como el último duelo en México al efectuado en 1894 entre Francisco Romero y José Verástegui, en realidad no es así, pues en el presente siglo se efectuaron por excepción dos duelos entre el Lic. Lorenzo Elizaga y José Ignacio Icaza, en 1913, y entre Rafael Fernández del Castillo y Carlos Osio y Sanz, en 1925 (págs. 90 y 93, *op. cit.*). Como la práctica del duelo se registró en un corto período de años, sin ostensible enlace con claros antecedentes o consiguientes, decimos que su realización fue esporádica. Demetrio Sodi (*Nuestra Ley Penal*, tomo II, pág. 311) como buen conocedor de las costumbres mexicanas, expresó que "en México se desprecia la cobardía de igual manera que en las demás naciones; pero las afrentas se resuelven en un combate inmediato, en una riña no aplazada para el siguiente día, que generalmente tiene un resultado sangriento, sin que por ello se pueda imputar a los contendientes alguna falta de lealtad o de decoro, salvo los encuentros realizados en el bajo pueblo (entendía por tal las clases paupérrimas y muy ignorantes) y al influjo del alcohol, en que predomina la nota roja de la alevosía o de la ventaja".

<sup>30</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo V, párrafo 1936.

<sup>31</sup> *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Ob. cit.*, tomo II, pág. 171.

en las condiciones del combate, tales como especie de armas, forma de su uso, lugar y hora y reglamentación general de la contienda, todo lo cual se establece directamente por los duelistas o por medio de sus representantes, llamados padrinos o testigos; la realización del combate ante dichos testigos que aseguran el cumplimiento leal de las condiciones estipuladas; la igualdad de circunstancias objetivas para los contendientes, igualdad que en ningún caso puede ser perfecta, pues depende de la mayor o menor habilidad en el uso de las armas o de la mayor o menor serenidad de los contendientes; y, por último, lo que pudiéramos llamar el elemento subjetivo del duelo, la causa o motivo llamado de honor, que le ha dado nacimiento y que ha precedido al desafío o reto.

71. Jurídicamente el duelo representa una actividad peligrosa para la sociedad, porque puede dar por resultado la comisión de los delitos de lesiones o de homicidio; también constituye un atentado contra la autoridad del Estado, porque los particulares, por personales procedimientos, pretenden sustituir la pública función de administrar justicia, dirimiendo privadamente sus conflictos. Liebermann<sup>32</sup> cita una sentencia de los tribunales de la U.R.S.S., declarando al duelo como una supervivencia injustificada de las épocas feudales.

Las opiniones se dividen en cuanto al sistema que debe adoptar la ley para la prevención y la represión del duelo; en términos generales, dos son los sistemas propuestos: considerar el duelo en sí mismo como un delito especial, independientemente de sus consecuencias, y estimar al mismo como una forma circunstancial de ejecución de otros delitos, especialmente lesiones y homicidio.

72. a) Algunos proponen que se reglamente el duelo como un delito especial, dentro del cual se tomen medidas represivas para las distintas contingencias a que da lugar, como son: el acto de la provocación, el desafío o reto, la aceptación del desafío, el convenio de reglamentación del combate, la celebración del mismo, sus consecuencias lesivas y la intervención de terceros como padrinos, como médicos asistentes o como partícipes en cualquier forma. Este era el sistema seguido por el Código Penal de 1871, que reservaba un capítulo especial al delito de duelo, en el que se preveían, con minuciosa enumeración casuista, las diversas hipótesis. Martínez de Castro,<sup>33</sup> en la *Exposición de Motivos*, para justificar el sistema legal, razonaba: "Para algunos, el duelo es una necesidad social; el legislador no debe estorbarlo, porque

<sup>32</sup> *En nombre de los Soviets*. Trad. esp. Madrid, 1931.

<sup>33</sup> *Exposición de Motivos*. Ob. cit., pág. 58.

su ley se estrellará en la opinión pública. Otros, por el contrario, pretenden que se castigue con la misma severidad que las heridas o el homicidio premeditados. Pero si bien se mira, ambos extremos están muy distantes de ser justos. El primero, porque el hecho solo del combate ofende a la sociedad y a los particulares, puesto que nadie tiene derecho de hacerse justicia por su mano, ni de vengar sus injurias con usurpación del poder público; y porque tolerando el duelo, la autoridad y la ley vendrían a hacerse cómplices en este delito y de sus funestas consecuencias. Permitirlo sería tanto como autorizar a todo el que tenga destreza en el manejo de las armas para insultar impunemente a los hombres honrados y pacíficos, y tal abuso redundaría en mengua de la nación que se atreviera a tolerarlo. Ni es verdad que la opinión esté en favor del desafío; por el contrario, lo reprueba altamente la conciencia pública, y si la mayoría se somete a la extraviada opinión de un corto número, es porque teme ser objeto del ridículo. Lo que sí reprueban todos, es el sistema que equipara las heridas y los homicidios que resultan de un duelo, a las heridas y los homicidios comunes, porque nadie puede creer que éstos y aquéllas son iguales a las heridas o a la muerte que se infieren en un combate a que se ven arrastrados los combatientes por la fuerza casi irresistible de la preocupación vulgar, en un combate en que los peligros son iguales para entrambos, en que no hay fraude ni violencia, en que no hay ventaja, en que todo se hace ante testigos imparciales y en virtud de un pacto previo, que es cumplido con lealtad. Esto prueba que el legislador debe considerar el duelo como un delito especial y castigarlo con penas especiales también, y hasta cierto punto benignas; porque de no hacerlo así, no serán ejecutadas, y el último resultado será la impunidad, como ha sucedido hasta hoy por esa causa; pues, como dice Mittermaier: cuando la ley pasa un nivel común sobre el homicidio cometido en duelo y el asesinato no alcanza su objeto, la opinión universal acusará al legislador de error o de injusticia; los duelos no serán denunciados, los veredictos de los jurados serán absolutorios y los jueces burlarán la ley atribuyendo el homicidio a simple culpa."

73. b) Otra opinión, que es la que informa nuestra legislación vigente, considera el duelo, no como un delito especial sujeto a minuciosa reglamentación, sino como una circunstancia de realización de los delitos de lesiones y homicidio, provista de penalidad atenuada, por el impulso de menor antisociabilidad revelada por sus autores. El grado de la atenuación se fija conforme a las reglas para el provocado y el provocador (arts. 297 y 308 del Código Penal). Estos preceptos se refieren directamente a los principalísimos protagonistas



del duelo, al provocador y al provocado, que son los que efectúan el combate, plantéandose la duda sobre la responsabilidad de terceros participantes indirectos; a los testigos o padrinos, a los que proporcionan armas, a los que asisten al desafío y prestan concurso en cualquier forma, se les deberá considerar, en sus respectivos casos, como autores del delito de encubrimiento (frac. II del art. 400 del Código Penal)\* o como responsables de lesiones y homicidio en duelo de acuerdo con el artículo 13 por haber tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, o por haber prestado auxilio o cooperación de cualquier especie, pudiendo los jueces aumentar o disminuir, dentro de los límites fijados por la ley, las sanciones de lesiones o de homicidio en duelo, según la participación de cada cual.

Como el duelo no se sanciona en sí mismo, sino en sus consecuencias lesivas, cuando el combate resulta inocuo y los duelistas ilesos, sólo se podrán aplicar las penalidades de la tentativa si se determina la clasificación del daño que se proponían inferir (véase art. 63 del Código Penal). Gauthier<sup>34</sup> considera que no debe penarse el duelo por sus efectos, ya que "medir la pena por los efectos del combate es exponerse a penar al duelista por aquello que no ha querido, por lo que el error sólo ha causado"; sin embargo, en la legislación mexicana como la penalidad de las lesiones u homicidio, es atenuada tanto para los rijosos como para los duelistas, los jueces por el prudente uso de su arbitrio, impedirán las graves consecuencias señaladas por Gauthier.

\* El artículo 400 ha sufrido varias reformas primero por decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de marzo de 1946, segunda por decreto del 29 de diciembre de 1984 publicada en el *Diario Oficial* de 14 de enero de 1985, tercera del decreto de 16 de diciembre de 1985 publicada en el diario oficial del 23 de diciembre del mismo año, el tercer párrafo de la fracción I de este Artículo fue derogado por decreto de 16 de diciembre de 1991 (D.O. 30 del mismo mes y año) y la mas reciente del decreto del 9 de mayo de 1996 (D.O. 13 del mismo mes y año).

<sup>34</sup> Citado por Jiménez de Asúa y Oneca. *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Ob. cit., págs. 173 y 174.

3.1.18 → 28  
CAPÍTULO VII  
LESIONES Y HOMICIDIO CALIFICADOS

(ARTS. 315 AL 321 BIS Y 298 DEL C.P.)

TEMARIO

74. Premeditación; su significado etimológico.—75. Su definición legal; elementos que la integran: anterioridad y reflexión.—76. La premeditación genérica y la calificativa.—77. Comprobación de la calificativa.—78. La premeditación indeterminada; la condicional.—79. La premeditación como calificativa por excelencia; crítica.—80. Coexistencia de premeditación con riña o duelo.—81. Ventaja; ausencia de antecedentes inmediatos de esta calificativa.—82. Diversos significados de la palabra ventaja.—83. Significado vulgar.—84. Enumeración legal limitativa de casos de ventaja.—85. La calificativa propiamente dicha; crítica; la ventaja es una de las formas de la alevosía.—86. Imposible concurrencia de riña y calificativa de ventaja.—87. Alevosía; definición legal y dos formas distintas que contiene.—88. Primera forma: alevosía de sorpresa o asechanza; esta forma supone la premeditación.—89. Segunda forma: alevosía ventajosa; la calificativa de ventaja queda comprendida en ésta.—90. Traición; sus elementos: alevosía y perfidia; la traición como supercalificativa.—91. Circunstancias que se califican por presumirse la premeditación; enumeración legal; interpretación de la presunción legal; crítica general.—92. Comisión por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos.—93. Comisión por medio de venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud.—94. Comisión por contagio venéreo.—95. Comisión por asfixia.—96. Comisión por retribución dada o prometida.—97. Comisión por tormento.—98. Comisión por motivos depravados.—99. Comisión por brutal ferocidad.—100. Penalidad de lesiones y homicidio calificados; la Constitución faculta pero no ordena la pena de muerte; plausible supresión de la pena de muerte; crítica a la diferente penalidad usada en lesiones y homicidio calificados.

art. - 316

74. PREMEDITACIÓN.—Etimológicamente analizada, premeditación es una palabra compuesta, en la que el sustantivo *meditación* indica juicio, análisis mental en que se pesan y miden los diversos aspectos, modalidades o consecuencias de un propósito o idea; el uso del prefijo *pre* indica anterioridad, que la meditación sea previa. Aplicada a los delitos, la premeditación es una circunstancia-subjetiva; por la que el agente resuelve, previa deliberación mental, previo pensamiento reflexivo, la comisión de una infracción. Alimena<sup>55</sup> puntualiza su característica de elucubración deliberativa al decir que es “una forma de volición establecida en la calma del alma y confirmada durante una

<sup>55</sup> La Premeditazione. Ob. cit., pág. 114.

serie de estados de conciencia semejantes, que da por resultado una noción más cierta del carácter del agente”.

75. Nuestro Código acepta esas características racionales y etimológicas al expresarnos: *Hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer* (segunda parte del art. 315 del Código Penal). Dos elementos necesarios e inseparables se desprenden de la anterior noción legal: a) un transcurso de tiempo más o menos largo entre la resolución y la ejecución del delito; y b) que el agente, en el decurso, haya meditado reflexivamente, deliberado maduramente, su resolución. La noción mexicana de la premeditación se aproxima al concepto clarísimo del Diccionario de Litré: La premeditación es el designio reflexivo que ha precedido a la ejecución de un crimen. En la calificativa, concurren un elemento, la *anterioridad*, computable en razón del tiempo, y otro elemento, la *reflexión*, perteneciente al orden interno del sujeto activo. Los dos elementos de la premeditación son inseparables; no será suficiente la demostración de que el delito se efectuó después de cierto tiempo de que el agente lo resolvió; es menester, además, que haya habido cálculo mental, deliberación propiamente dicha; cuando el autor, fuera de sí por el ímpetu de la cólera o de la pasión, siguiendo inmediatamente su impulso se retira en busca de un arma y regresa a matar a su enemigo, habrá habido un intervalo de tiempo entre el nacimiento de la voluntariedad y la ejecución del homicidio, pero dentro de este tiempo no ha existido un examen calculado y sereno de las circunstancias, consecuencias o finalidades del delito; no será, por tanto, un homicidio premeditado, por la ausencia de reflexión. La práctica esporádica de algunos de nuestros tribunales, que se conforman con la demostración de un transcurso de tiempo entre la resolución y la ejecución, para estimar existente la calificativa, constituye imperdonable olvido de la frase “después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer”.

76. La premeditación, en su amplio significado etimológico, puede existir en cualquier tipo de los delitos intencionales; así, diremos que un robo ha sido premeditado, cuando con anticipación se ha resuelto y se ha preparado mental y materialmente el apoderamiento indebido; la premeditación genérica podrá servir para normar el arbitrio judicial en la elección de una pena dentro del máximo o mínimo del delito ordinario, salvo el caso de lesiones u homicidio, porque en estos delitos la premeditación es una calificativa agravadora de la penalidad que cambia los términos de la pena imponible elevando su mínimo y máximo de acuerdo con los artículos 298 y 320 del Código Penal.

77. La premeditación, circunstancia subjetiva, podrá conocerse judicialmente por sus manifestaciones exteriores, tales como: adquisición previa de armas o de instrumentos necesarios para la ejecución del delito; amenazas anteriormente vertidas; vigilancia hecha sobre la proyectada víctima; precauciones tomadas para asegurar la comisión del delito o la impunidad posterior; revelaciones hechas a tercera persona; concierto anterior entre varios partícipes, etc. Esta consideración llevó a Holtzendorff<sup>36</sup> a opinar que hay premeditación "cuando el agente obra según un plan determinado o con medios escogidos o preparados de antemano".

78. La premeditación indeterminada, que es aquella en que el sujeto activo, sin proponerse ofender a persona cierta y conocida, con anticipación forma el designio deliberado de matar o lesionar a cualquiera persona, la primera que encuentre en un lugar, por ejemplo, reúne los elementos legales y morales de la calificativa, debiéndose aplicar la penalidad agravada, porque la ley tutela la integridad biológica de todos. Si el designio original es dubitativo, resolviéndose el agente a cometer el delito sólo en caso de que su enemigo efectúe un acto para él ofensivo (verdadera premeditación condicional), siguiendo la opinión de Carrara,<sup>37</sup> se deberá estimar inexistente la calificativa, porque, con anterioridad al delito, era incierta la misma intencionalidad.

79. Dentro de la escuela clásica, la premeditación es considerada como la calificativa agravadora por excelencia, porque fundada la responsabilidad penal en el discernimiento, el agente que reflexiona revela una mayor conciencia del acto delictivo y una mayor persistencia en el propósito. Contra este criterio, que es el que sigue nuestra legislación, se ha protestado insistentemente; Holtzendorff<sup>38</sup> con justicia afirma que debe ser sustituida la premeditación por la apreciación de los motivos que impulsaron a la comisión del delito; Ferri sostiene con energía apasionada y brillante, su teoría del móvil o de las causas determinantes; Garofalo, en su *Criminología*, dice: "El carácter del homicida instintivo no depende de la reflexión más o menos prolongada. La rapidez del acto no tiene ninguna relación con la naturaleza corregible o incorregible del agente, y no es incompatible con la carencia más completa del sentimiento de piedad; por el contrario, un homi-

<sup>36</sup> Citado por Cuello Calón. *Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1936, tomo II, pág. 427.

<sup>37</sup> *Programma*. Ob. cit., párrafos 1125 y sigs.

<sup>38</sup> Citas de Miguel S. Macedo. *Trabajos de Revisión*. Ob. cit., tomo IV, págs. 634 y sigs.

dio cometido con premeditación no indica siempre un gran criminal... , un hombre de carácter violento que en la taberna, por su mal humor, busca pendencia al primero que llega o a su compañero de mesa, lo insulta, lo golpea, lo acosa, y cuando el desgraciado reacciona y le lanza un vaso a la cara, se apresura a hundirle su cuchillo en el vientre, puede presentar los caracteres psicológicos del asesino, aunque el hecho sea instantáneo o irreflexivo; por el contrario, una injuria atroz, una patente injusticia que haya envenenado la vida de un hombre, puede conducirlo a una venganza trágica; habrá premeditación, pero es posible que el culpable no sea un gran criminal"; Impallomeni agudamente hace notar que la premeditación no es la circunstancia más peligrosa, porque las estadísticas criminales demuestran que los homicidios frustrados son más frecuentes en los casos de premeditación que en los de ímpetu repentino; Gabriel Tarde, en su *Filosofía Penal*, después de hacer notar los procesos meditativos de los epilépticos en sus estados de semienajenación, agrega: "...un delito es tanto más grave a medida que revela en su autor un temperamento más peligroso, más temible...; el delito tiene, sobre todo, un valor sintomático. Ahora bien, ¿premeditar es en sí mismo un síntoma de naturaleza peligrosa? Eso depende no sólo del designio que se premedita, sino de la pasión que lleva a premeditarlo. La premeditación de codicia en un homicidio revela un peligro para todo el mundo; la de venganza, para un número limitado de personas, y si la venganza de que se trata es provocada por ofensas injustas, un peligro que todos pueden evitar no ofendiendo a otro injustamente. El error legislativo ha consistido en considerar la premeditación aisladamente, abstracción hecha de los motivos sin cuyo concurso es ficticia"; Alimena plantea un criterio jurídico transaccional, afirmando que no debe desestimarse la circunstancia de premeditación, pero debe atenderse al mismo tiempo a los motivos del delito. Lo que parece indiscutible es que la premeditación en sí misma, aisladamente considerada, no debe ser medida categórica para la agravación de penalidad del delito; los homicidios de propósitos pietistas o eutanásicos, son generalmente resueltos, deliberados y preparados con anticipación, en ocasiones contando con el consentimiento del sujeto pasivo, es decir, son premeditados y, sin embargo, la finalidad perseguida revela en el autor una antisociabilidad nula o muy inferior a la de los que ejecutan homicidios irreflexivos por el poco respeto que les merece la vida humana (véase más adelante núm. 99, relativo a brutal ferocidad). Apropiándonos el pensamiento elocuente de Florian,<sup>89</sup> diremos que ya es tiempo de abolir la calificativa

<sup>89</sup> *Parte general del Derecho Penal*. Trad. esp. Habana, 1929. Tomo I, pág. 546.

de premeditación, "sustituyéndola, o por mejor decir, refundiéndola en la teoría de la índole moral de los motivos psicológicos del delito".

80. Para la concurrencia de premeditación y riña o duelo véanse en el anterior capítulo núms. 62 y 70.

81. **VENTAJA.**—Desde el Código de 1871, al lado de la premeditación y de la alevosía, se incluyó en nuestra legislación como calificativa de lesiones y homicidio la ventaja, sin que existan en otros países antecedentes inmediatos de la misma; Miguel S. Macedo<sup>40</sup> encuentra nuestra legislación en este punto exclusiva, agregando al tratar de explicar sus orígenes y raíces: "Notoriamente, es manifestación de un espíritu caballeroso y de hidalguía, tradicional entre los españoles, y que es en el fondo el mismo que informa las disposiciones sobre alevosía, si bien éstas son las únicas que encontramos expresamente formuladas en las leyes españolas anteriores a nuestra independencia, pues sólo en las posteriores aparece la ventaja erigida en circunstancia agravante general para todos los delitos; el Código Español de 1822, en la frac. IX de su artículo 106, enumera: la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida; el Código de 1848, en la frac. VIII de su artículo 10, estableció la agravante de abusar de superioridad o emplear medios que debiliten la defensa, disposición que el Código Español vigente conservó en la fracción IX del artículo 10." Posteriormente, en el Estatuto Orgánico de 23 de mayo de 1856, se menciona por primera vez en México la ventaja como circunstancia que permite imponer la pena de muerte en ciertos delitos; su mención se ha conservado en las Constituciones de 1857 y 1917.

82. Para la comprensión correcta de la original calificativa de ventaja, aerolito caído en el Derecho Mexicano, según frase atribuida a diversos autores, precisa distinguir entre: a) el significado usual, vulgar o genérico de la palabra ventaja; b) los diferentes ejemplos legales o casos de ventaja enumerados taxativamente en el Código Penal; y c) la calificativa de ventaja, agravadora de penalidad en lesiones y homicidio.

83. a) En el sentido vulgar de la palabra y aplicada a las acciones humanas, la ventaja es cualquier clase de superioridad (física, mental, por los instrumentos empleados, por la destreza, etc.) que una persona posee en forma absoluta o relativa respecto de otra; este concepto, ajurídico, podrá ser aprovechado judicialmente como un índice para

<sup>40</sup> Trabajos de Revisión. Ob. cit., tomo IV, pág. 632.

la estimación de la peligrosidad de los delincuentes en la comisión de aquellos delitos ejecutados con violencia física o moral sobre las personas, en los términos del artículo 52 del Código Penal, pero no proporciona la noción de la calificativa de ventaja.

84. b) Nuestra legislación, dentro del capítulo de reglas comunes a lesiones y homicidio, en su artículo 316 nos da una enumeración limitativa de los únicos casos de ventaja en la comisión de estos delitos que pueden dar lugar a la aplicación de la penalidad agravada propia de la calificativa. *Se entiende que hay ventaja: I.—Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado; II.—Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan; III.—Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y IV.—Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie. La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuera el agredido, y, además, hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia* (art. 316 del Código Penal). Los anteriores ejemplos legales de ventaja, de los que debe excluirse la que se registra en legítima defensa y la que favorece al agredido que de no usarla hubiera corrido peligro de su vida, no constituyen por sí solos la calificativa de ventaja, la que requiere otro requisito reglamentado en el artículo 317.

85. c) *Sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos de que hablan los capítulos anteriores de este título (lesiones y homicidio): cuando sea tal, que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa* (art. 317 del Código Penal). Así, pues, no basta, repetimos, la existencia de ventaja o superioridad de una persona respecto de otra, en la forma ejemplificada taxativamente en las cuatro fracciones del artículo 316; para que se complete la calificativa es necesario que estas ventajas sean de tal naturaleza que el que hace uso de ellas permanezca inmune al peligro; basta que el ventajoso pueda, en hipótesis racional, ser lesionado por el ofendido; para que, a pesar de su superioridad, no se le aplique la agravación calificada de penalidad. No obstante el silencio de la ley, que se limita a ejemplificar casos de ventaja objetivos y materiales, deberá estimarse inexistente la calificativa cuando el que posee la superioridad física la ignora racionalmente o, por fundado error, cree que el ofendido cuenta con medios superiores de defensa, porque no sería lógico ni equitativo imputar una circunstancia al que accionó sin conocimiento de ella.

Puesto que para que exista la calificativa se requiere que la ventaja sea absoluta, es decir, tan completa y acabada que no dé lugar a la defensa, prácticamente se encuentra refundida en la segunda forma de alevosía definida por nuestra legislación, o sea aquella en la que el ofensor emplea medios que no dan lugar a defenderse ni a evitar el mal (véase parte final del art. 318 del Código Penal). Por su ausencia de fisonomía especial, por su complicada técnica de aplicación, por su falta de precedentes, debería suprimirse de nuestras leyes la ventaja como calificativa de los delitos de lesiones y homicidio, ampliando el arbitrio judicial en la penalidad general.

86. Para la imposible concurrencia de riña y de calificativa de ventaja, véase antes el núm. 63.

87. ~~ALEVOSÍA.—La alevosía consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiera hacer~~ (artículo 318 del Código Penal). Analizando el precepto se encuentran en el mismo dos circunstancias distintas, conocidas ambas por la común denominación de alevosía, a saber: *a)* La sorpresa intencional de improviso o la asechanza de la víctima, y *b)* El empleo de cualquier otro medio que no dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se quiera hacer al ofendido.)

Interesante es observar que el Código Penal de 1929 empleaba en la redacción del precepto la palabra *asechanza* escrita con "c" y que el Código de 1871 y el vigente utiliza la *asechanza* con "s", lo que varía su significado gramatical; mejor redacción era la del Código antiguo de 1871. (Ver art. 941 del Código Penal de 1929, Edición Oficial de la Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, 1929 y otras ediciones del mismo Código tales como la de Bouret y Herrero Hnos.).\*

88. *a)* (La primera forma del aleve se confunde con la clásica calificativa francesa del "guetapens", consistente en esperar más o menos tiempo, en uno o diversos lugares, a un individuo, sea para darle muerte, sea para ejercer sobre él actos de violencia) (art. 298 del Código Penal francés). La asechanza o la intencional sorpresa de improviso a la víctima, son procedimientos exteriores de ejecución, preparatorios

\* (N. del A.) En antiguas ediciones de este libro, por simple error mecanográfico o errata de imprenta, en lugar del Código de 1929, que es el que empleó la palabra *asechanza* con "c", se mencionó el de 1871; los lectores atentos fácilmente subsanaban la equivocación, pues el párrafo se refería a que *mejor era la redacción del Código antiguo* y antes de 1871 no existía en materia federal y para el Distrito y Territorios, otro Código más antiguo. En posteriores ediciones se corrigió oportunamente la mención equivocada.



del delito, que exponen a grave peligro al ofendido, porque la artera emboscada le impide generalmente la natural reacción de defensa; pero como el asecho a la víctima, la vigilancia que sobre ella se hace para tomarla de improviso, son actos preparatorios del delito, esta primera clase de alevosía coexiste casi siempre con la premeditación; el asecho es una manifestación externa generalmente indubitable de que el alevoso resolvió y reflexionó con anterioridad el delito. La alevosía de asechanza o de sorpresa imprevista, repetimos, puede suponer la premeditación, pero esta última puede existir sin la anterior, como se desprende de las explicaciones que en párrafos anteriores dimos de ella. El conocimiento de la preparación del delito es uno de los medios subjetivos a que pueden acudir los encargados del juicio para la comprobación de la actitud previamente reflexiva. De esto resulta que la primera forma de alevosía, en el Derecho Mexicano, debe interpretarse generalmente como una recalificativa de la premeditación, en la que se toma en cuenta no sólo la reflexión delictiva, sino la artera preparación del delito. Ejemplo: un individuo, por impulso de venganza, vigila a su enemigo, enterándose de sus costumbres y, en lugar y condiciones oportunas, lo espera para privarlo de la vida.

89. (b) La segunda forma de alevosía es aquella en que se emplea cualquiera otra clase de medios que no dan lugar al ofendido a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer; en esta forma no es precisa la premeditación, porque siguiendo el ímpetu momentáneo, intencional pero no reflexivo, se pueden cometer el homicidio o las lesiones, en condiciones tales de perfidia, de superioridad o en forma tan inesperada, que el ofendido quede imposibilitado ante la acción agresiva. Como hemos expresado con anterioridad, la calificativa de ventaja no es sino una especie de esta segunda forma del alevoso, porque la ventaja debe ser tal que el que la use no corra riesgo alguno de ser herido ni muerto por el ofendido, es decir, debe ser de tal naturaleza alevosa, que no dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se quiere hacer. Ejemplo: un individuo, por impulso del momento, dispara su arma de fuego cuando el ofendido, por estar de espaldas, ignora la agresión o no puede reaccionar contra ella.

90. TRAICIÓN.—En la *Exposición de Motivos* del Código de 1871, Martínez de Castro<sup>41</sup> funda la reglamentación de las calificativas de alevosía y traición en la siguiente forma: "Las circunstancias de que el delito de heridas u homicidio se cometa con alevosía o a traición

<sup>41</sup> *Exposición de Motivos*, pág. 55.

son de la más alta importancia, porque agravan de tal modo la criminalidad del delincuente, que de la existencia de ellas ha dependido siempre que se aplique la mayor pena de las establecidas en las leyes. Parecía, pues, natural, que las españolas hubieran explicado con precisión y claridad en qué consisten esas dos circunstancias; pero no lo hicieron así, y antes bien, es tal la confusión que en ellas y en sus expositores se nota en este punto, que nada se puede sacar en limpio. De ahí viene que en la práctica de nuestros tribunales se castigue como alevoso a todo el que hiere o mata a otro fuera de riña; y que habiendo ésta, se tenga como probado que no existió la alevosía. Estas dos proposiciones son falsas y de funesta trascendencia, si se toman en toda su extensión, porque bien puede suceder que en riña se cometa un homicidio con alevosía o a traición y que falten estas dos calificativas en otro ejecutado fuera de riña; y entonces se cometerá un verdadero atentado imponiendo la pena de alevoso en el segundo caso y dejando de aplicarla en el primero. Para que así no suceda en adelante, se han definido en el proyecto con toda claridad las circunstancias mencionadas, siguiendo las doctrinas de Renazzi y Julio Claro, que están en consonancia con lo que asentó Livingston en el Código de la Luisiana."

El sistema de regulación de la calificativa de traición se conserva inalterado en la codificación vigente. *Se dice que obra a traición: el que no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspiren confianza* (art. 319 del Código Penal). Resulta, pues, que la traición es una forma más alevosa de la alevosía, una supercalificativa, para emplear el claro neologismo de Emilio Pardo Aspe, que viene a agravar a esta última por la circunstancia de que el alevoso viole la lealtad o fidelidad o seguridad que la víctima esperaba de él, por sus promesas expresas o por sus relaciones personales o familiares preexistentes. Los elementos de la traición, son, en primer lugar, una alevosía, o sea el empleo de asechanzas o cualquier otro procedimiento que no dé lugar a la defensa ni a evitar el mal, y en segundo lugar, la perfidia, la violación a la confianza que la víctima tenía a su victimario. En el Código de 1871, se reservaba la denominación de homicidio proditorio, al ejecutado con traición (art. 560 del Código Penal de 1871).

91. CIRCUNSTANCIAS QUE SE CALIFICAN POR PRESUMIRSE LA PREMEDITACIÓN.—En vista de que las tradicionales calificativas, especialmente la premeditación y la ventaja, no constituyen siempre los índices de mayor perversidad, ni necesariamente hacen por sí mismas a los que

con ellas delinquen individuos especialmente antisociales ni temibles en grado máximo, se han incorporado al sistema represivo mexicano, en forma tímida, a través del concepto de la premeditación, otras circunstancias en las que la ley presume esta última. *Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes, o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad* (tercer apartado del art. 315 del Código Penal). La presunción a que se refiere el precepto se basa en la creencia legal de que cuando las lesiones o el homicidio se efectúan con las cualidades enumeradas, el sujeto activo ha debido emplear medios preparatorios de su delito, reveladores de su predeterminación delictiva y de su reflexión sobre las circunstancias de ejecución. La presunción de premeditación deberemos interpretarla como una presunción *juris tantum*, porque el supuesto legal puede ceder lógicamente ante el conocimiento exacto de la ausencia de espíritu reflexivo previamente deliberado; por otra parte, como veremos al estudiar por separado cada una de las cualificativas enumeradas, en algunas su existencia coincide, en la mayor parte de los casos, con la premeditación, pero en otras no, especialmente en la de brutal ferocidad, donde se manifiestan frecuentemente divorciadas. La brutal ferocidad, los motivos depravados, los estragos, el ensañamiento contra la víctima o el delito *inter sicarios*, deberían en sí mismos ser circunstancias de cualificación agravadoras de la penalidad, autónomamente, con independencia de la premeditación, porque son índices muy claros y precisos de extrema temibilidad, reveladores de índole antisocial. De todas maneras, para evitar dudas acerca de si la presunción de premeditación es *juris tantum*, como anteriormente hemos advertido, o si es una presunción *juris et de jure*, como parece exigirlo la comisión por brutal ferocidad, por motivos depravados, con ensañamiento o por medio de sicarios, se debería reformar el art. 315 suprimiendo toda referencia a la premeditación.

- 3.1. 2992. a) *Comisión por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos.*—Aquí, en términos generales, es certera la presunción *juris tantum* de la premeditación establecida por la ley; en efecto, la ejecución de lesiones u homicidio por estos graves procedimientos mecánicos o químicos de destrucción, requiere en la casi totalidad de los casos, la preparación del delito, la ejecución de acciones anteriores indispensables para su comisión; de todas maneras, como puede suceder que el agente, teniendo a mano esos instrumentos de destrucción, por

ímpetu momentáneo los utilice, es admisible prueba en contra de la conjetura legal. Según la jurisprudencia española, el aumento de pena para esta calificativa deriva, no sólo de la perfidia de los medios, sino también del peligro general que encierran y de la notoria malicia, semejante a la alevosía, que revela la acción.

La utilización de explosivos y otros modos violentos realizados contra las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado o presionar a la autoridad, constituye un delito distinto, contra la seguridad de la Nación, llamado de terrorismo. (art. 139 creado por decreto de 27 de julio de 1970, *Diario Oficial*, 29 de julio 1970).

93. b) Comisión por medio de venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud o enervantes.—En el Derecho Francés y en las legislaciones extranjeras que han recibido inalterada la influencia del Código de Napoleón, el envenenamiento y la administración de sustancias perjudiciales a la salud constituyen una incriminación especial, bajo la forma de atentados contra la vida de las personas (art. 301 del Código Penal Francés). (En México, siguiendo la correcta tradición española, la administración de dichas sustancias es considerada como una forma de comisión de los delitos de lesiones y homicidio) dada la extensión jurídica del concepto de lesiones mexicano, que comprende además de las heridas cualquiera otra alteración de la salud, externa o interna, física o psíquica (véanse antes núms. 6 y 8), las perjudiciales transformaciones tisulares o fisiológicas realizadas químicamente por el veneno o por la ingestión de otras sustancias mecánicamente destructoras, como el polvo de vidrio, partículas de metal desgarradoras, etcétera, constituyen el delito ejecutado con procedimientos cualificados por la ley; igualmente en el homicidio, estos procedimientos no constituyen sino especiales formas de cualificación.

(El veneno es cualquier sustancia que aplicada o introducida en el organismo humano, por las transformaciones químicas que realiza en los tejidos, es capaz de producir, inmediata o lentamente, un perjuicio en la salud o la muerte) Hofmann <sup>42</sup> lo define como aquella sustancia que introducida en el organismo en cantidades relativamente pequeñas, y por otros medios que no sean ni mecánicos ni térmicos, daña la salud o produce la muerte. Garraud <sup>43</sup> considera que son venenos aquellas sustancias que en pequeñas dosis pueden alterar o des-

<sup>42</sup> Cita de Cuello Calón. *Derecho Penal. Ob. cit.*, tomo II, pág. 424.

<sup>43</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo V, párrafo 1911.

truir la vida sin obrar mecánicamente. En nuestra opinión, el concepto del veneno es relativo, dependiendo sus efectos perjudiciales de la aplicación de la sustancia en una dosis apropiada para el mal. Los enervantes, a los que también se refiere nuestra ley en el mismo artículo 315 del Código Penal, son en realidad venenos, porque por sus procesos químicos y según la dosis causan perturbaciones en la salud humana y aun la misma muerte. Al lado del envenenamiento se cualifica también el delito cuando es cometido con cualquier otra sustancia nociva a la salud; dentro de éstas están incluidas las que al ser introducidas en el organismo de la víctima causan el perjuicio, no por vía de transformación química, sino por destrucción mecánica, tal y como el desgarramiento más o menos lacerante de las vísceras.

La presunción *juris tantum* de premeditación en estos modos de cometer lesiones u homicidio es correcta, porque el sujeto activo, en términos generales, se ve obligado a preparar previamente su delito, por la adquisición de las sustancias o su manufactura, y, además, acecha a la víctima para propinarle el tóxico o la sustancia dañina en ocasión propicia; sin embargo, no es posible olvidar la posibilidad de prueba en contrario, porque en ocasiones el delito puede realizarse sin premeditación, siguiendo el ímpetu voluntario del momento, en que el agente aprovecha las sustancias que accidentalmente tiene a su mano.

94. (c) Comisión por contagio venéreo.—Ya hemos explicado que la transmisión de las enfermedades conocidas vulgarmente por venéreas es constitutiva del delito de lesiones cuando se efectúa intencional o imprudentemente (véase antes núm. 15). En estos casos hubiera sido preferible que el concepto de la calificativa no estuviera como ahora subordinado a la conjetura de la premeditación, porque el contaminador, por su ciego ímpetu erótico, obra frecuentemente sin mayor reflexión ni análisis del propósito, a excepción de los enfermos de "Sida", que a sabiendas de su mortal padecimiento, en forma vengativa continúan infectando.

95. d) Comisión por asfixia.—Según Vibert,<sup>41</sup> "con el nombre de asfixia se comprenden todos los casos en que, por obstáculo mecánico, no puede el aire entrar en el pecho: el sofocamiento por obturación de los orificios respiratorios, la estrangulación, el ahorcamiento, la sumersión, el enterramiento y la compresión del tórax" que dan como rasgo etiológico común la interrupción de la respiración". (La asfixia, cuando es completa, es decir, cuando da por resultado la suspensión de la función respiratoria con persistencia suficiente, tiene como con-

<sup>41</sup> *Précis de Médecine Légale*. Baillière et fils, París, 1911, pág. 121.

secuencia la muerte de la víctima) Los procedimientos de asfixia pueden ser variados, tales como la inmersión de la víctima en el agua para impedir la entrada del aire; el colgamiento, que consiste en suspender al cuerpo con un lazo alrededor del cuello; la estrangulación, o sea la violencia ejercida alrededor de la parte anterior del cuello, y la sofocación, en la que se coloca cualquier obstáculo mecánico en la entrada de las vías respiratorias. Algunos de estos procedimientos asfixiantes revelan la premeditación, por las operaciones preparatorias que el victimario se ve obligado a hacer para consumar el delito; pero en la mayoría, el agente aprovecha repentinamente circunstancias no reflexionadas, como cuando arroja intempestivamente a la víctima al mar o a un profundo estanque para ahogarla.

96. e) *Comisión por retribución dada o prometida*.—La palabra asesinato, ahora usada para denominar en ciertas legislaciones a los homicidios más graves, se empleó originariamente para denotar el crimen *inter sicarios*, ya reglamentado en el derecho romano por la *Lex Cornelia de Sicariis*. El empleo de sicarios por precio o por promesas de pago, para la ejecución de lesiones y homicidio, que generalmente coincide con un alevé móvil de venganza o de grave odio según Ali-mena,<sup>45</sup> revela en el mandante, en el que compra al sicario, extrema perfidia por el hecho de englobar en su crimen a una persona indiferente incitándola por la codicia; y en el mandatario, en el ejecutor material; revela igualmente gran perversidad, porque efectúa el delito sin un fin propio, como instrumento de fines ajenos. La retribución dada o prometida puede ser de cualquier clase: dinero, objetos, gajes, o granjerías y, conforme lo expresa Cuello Calón,<sup>46</sup> aun la promesa del amor de una mujer. De acuerdo con la doctrina general de la responsabilidad y con el artículo 13 de nuestro Código Penal, tanto el mandante como el sicario mandatario, son culpables del delito con su especial calificación. El crimen *inter sicarios* representa una forma de ejecución extremadamente peligrosa para la sociedad por lo artero del procedimiento, siendo justo el establecer la calificativa autónoma, independiente de la actual conjetura de premeditación.

97. f) *(Comisión por tormento)*—El tormento, como antiguo modo probatorio procesal, es el dolor, la angustia principalmente física, infligida al reo para obligarlo a confesar un crimen en un sentido más amplio, que es el que le corresponde en la nomenclatura de esta calificativa, el tormento en la comisión de los delitos de lesiones y homi-

<sup>45</sup> *Dei delitti contro la persona. Enciclopedia. Tomo IX, pág. 532.*

<sup>46</sup> *El nuevo Código Penal Español. Ob. cit., tomo II, pág. 557.*

94 200  
CPL

cidio es el ensañamiento contra la víctima, con la finalidad de hacerle más sensible el sufrimiento; de acuerdo con el Derecho Español, la agravación de penalidad se aplica por haber aumentado deliberada e innecesariamente el dolor del ofendido; la tortura aplicada a la víctima para prolongar una agonía dolorosa, el consciente afán de aplicarle un gran número de pequeñas y crueles heridas, son ejemplos claros de lo que quiso significar el legislador mexicano por el empleo de la palabra tormento. Por supuesto, también será calificado el homicidio o las lesiones que un injusto representante de la autoridad efectúe en un reo con propósitos de obtener de éste revelaciones. (No debe confundirse el tormento, el ensañamiento cruel contra la víctima, con aquellos casos en que el agente, no satisfecho con haber causado la muerte a su enemigo, mutila el cadáver o ejecuta en él actos de bestialidad,) porque en este caso la víctima ya no sufre dolorosa consecuencia de la acción, ni tampoco debe confundirse esta calificativa con las de obrar por motivos depravados o por brutal ferocidad, las que poseen lineamientos especiales, que en los siguientes párrafos examinaremos.

98. g) *Comisión por motivos depravados.*—Aquí la ejecución del delito de sangre no es sino el modo o vehículo que encuentra el agente para la satisfacción de sus instintos perversos, costumbres viciadas o apetitos groseros; el caso más frecuente es aquel en que el agente sádicamente lesiona o mata a la víctima para satisfacer su depravación sexual con el sufrimiento ajeno; por ejemplo, el bárbaro homicidio registrado en la criminalidad, en que tres rufianes, después de asesinar por codicia al padre, intempestivamente con finalidad erótica atacaron a la hija adolescente, violándola durante la terrible agonía; también diremos que el delito se efectúa por motivos depravados, cuando el móvil, sin ser precisamente sexual, implica el deseo de satisfacer malvadamente, con malicia suma, un apetito deshonesto y corrompido, como cuando se priva de la vida a una persona con el móvil artero de cobrar la póliza de seguros de que se es beneficiario, el homicidio del cónyuge para casarse con el amante, etc. En esta calificativa, como en la de brutal ferocidad, se atiende para su integración al examen directo de la personalidad subjetiva del delincuente, considerando primordialmente el hecho como la circunstancia objetiva en que la criminoso personalidad se manifiesta; especialmente se atiende, no a la simple intencionalidad, sino, como lo desean las modernas tendencias, al móvil y finalidad profundamente antisociales del agente; la existencia de la calificativa no debería depender, como ahora en nuestros textos penales, de la conjetura más o menos cierta de la premeditación, porque

independientemente de este estado, el que obra impetuosa o calculadamente por motivos depravados es un ser de máxima temibilidad.

99. h) *Comisión por brutal ferocidad*.—De acuerdo con el artículo 366 del Código Italiano, que es el antecedente de nuestro precepto, se considera como homicidio calificado sancionado con la pena de ergástulo (prisión perpetua), aquel en que el agente obra sólo por bestial ferocidad. En el Código Español de 1928, derogado al advenimiento de la República, se elevó a la categoría de asesinato el homicidio realizado por impulso de perversidad brutal, manifestándose en la *Exposición de Motivos* respectiva, que consiste en "ejecutar el asesinato sin causa ni motivo que explique el homicidio, lo cual revela un grave peligro social en el agente". Esta calificativa, según la opinión de Manzini<sup>47</sup> y el común asentimiento de los criminalistas, se registra cuando el delincuente ejecuta su sanguinario delito sin causa o motivo que lo explique o con una causa o móvil tan desproporcionado que revelan en el sujeto el más profundo desprecio por la vida humana, la más seria antisociabilidad por cualquier pretexto de futilidad, la más grave indiferencia ante el mal ajeno, en fin, el resurgimiento de la bestia humana primitiva. El que, para probar su puntería, dispara su arma de fuego sobre la primera persona que encuentra; el que, por deporte de matar, sale a la puerta de la pulquería y hunde su cuchillo en persona a quien no conoce y que no le ha inferido ninguna ofensa; el que cuando se le presenta una pequeña cuenta por el cobrador se la paga privándolo de la vida; el que mata en la cantina a quien no le acepta una invitación para libar, etc., ejecutan el delito por puro impulso de brutal ferocidad. La brutal ferocidad no puede confundirse con el ensañamiento en la víctima, porque éste coexiste generalmente con una motivación arraigada de venganza, de desprecio o de odio a la víctima; ni con la de obrar por motivos depravados, porque en ésta el agente persigue una errónea finalidad que no tiene el que obra brutalmente. Según Ferri,<sup>48</sup> estos homicidios sin motivo constituyen síntomas de enajenación o perturbación mental. Es indudable que el que obra por brutal ferocidad es un anormal dentro de la civilización; pero esta circunstancia no nos debe llevar a considerar el delito como ordinario o como merecedor de un tratamiento benévolo, porque, como el mismo Ferri hace notar, el delito en general es un hecho antisocial, es decir, anormal, contrario a las costumbres ordinarias, y la ley penal se ocupa de la actividad anormal (peligrosa o dañosa), contra la que es precisa una defensa de la sociedad. El delincuente es un inadaptado a

<sup>47</sup> *Istituzioni. Ob. cit.*, pág. 414.

<sup>48</sup> *Principios de Derecho Criminal*. Trad. esp. Reus, Madrid, 1933, págs. 193 y 243.



la convivencia social, un individuo que se sale de las normas, que obra anormalmente. Antes de la reforma al artículo 68, se decía que cuando la anormalidad consistía en la locura, en lugar de aplicar la penalidad calificada de lesiones u homicidio, se reclusían los sujetos en manicomios o departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación. Ahora con una terminología que el tiempo ha superado, en el artículo 15 reformado, como causas de exclusión del delito de responsabilidad, en relación con el nuevo artículo 68, establece: *"Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código"* (art. 15 fracción VII del Código Penal). Aludiendo a estados de inconsciencia, a locos, idiotas y en general, a individuos que padezcan o sufran cualquier debilidad, enfermedad o anomalía mental, señalando el nuevo artículo 68, *que las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia.* Ahora con la reforma del 10 de enero de 1994 se adicionó el artículo 69 bis, que señala *"Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor"*; Regulando con ello la imputabilidad disminuida y la correspondiente penalidad, esto es como una situación en intermedia entre la completa falta de la comprensión por su capacidad y motivación lo que da una falta total del ilícito y la correspondiente existencia de la imputabilidad, considerándose que en estos supuestos se merece un trato especial. Los dramas de la brutal ferocidad, originados frecuentemente por la intoxicación alcohólica, deben ser severamente reprimidos, independientemente de toda consideración moral, por el principio utilitario de la defensa social. El delincuente brutal es un enemigo de todos, es una amenaza para la sociedad en general, porque por sus especiales condiciones psico-fisiológicas está determinado al desprecio más absoluto para la vida de cualquier persona. El Código de 1871, inspirado exclusivamente en las doctrinas clásicas liberoarbitristas, consideraba

como homicidio simple (penalidad ordinaria) al que "se ejecuta sin causa alguna y sólo por una brutal ferocidad" (texto primitivo del art. 552 del Código Penal de 1871, reformado posteriormente por decreto de 26 de mayo de 1884). La comisión del delito por impulso primitivo de bestialidad, precisamente por su falta de motivación aparente, no coincide en la mayor parte de los casos con la premeditación; el agente obra de momento por el resurgimiento de sus primarios instintos de sangre; el delito debería calificarse de brutal ferocidad con independencia de la presunción *juris tantum* de premeditación, como se proponía en el Proyecto de Reformas al Código de 71, contenido en sus Trabajos de Revisión.<sup>49</sup>

100. PENALIDAD DE LESIONES Y HOMICIDIO CALIFICADOS.— El tercer apartado del artículo 22 de la Constitución General de la República establece como garantía individual la prohibición de la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás; sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera; al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. La Constitución no impone como obligatoria la penalidad de muerte para los delitos que enumera; admite posibilidad legal, sin violarse la garantía, de que las leyes ordinarias, federales o comunes, señalen o no dicha pena privatoria de la vida en los casos previstos. El Código de 1871, demarcaba pena capital a los homicidios ejecutados con premeditación, o con ventaja, o con alevosía, o a traición, pero es justo reconocer, que ya desde entonces, Antonio Martínez de Castro, preveía que la pena capital desaparecería, cuando en la Exposición de motivos del Código Penal, señalaba con acierto: "*Cuando estén ya en práctica todas la prevenciones que tienen por objeto la corrección moral de los criminales; cuando por su trabajo honesto en la prisión puedan salir de ella instruidos en algún arte u oficio, y con un fondo bastante a proporcionarse después los recursos necesarios para subsistir; cuando en las prisiones se les instruya en su religión, en la moral y en las primeras letras; y, por último, cuando nuestras cárceles se conviertan en verdaderas penitenciarias donde los presos no puedan fugarse, entonces podrá abolirse sin peligro la pena de muerte*". Actualmente, algunos Códigos de los Estados de la República, que no han recibido todavía la vivificadora influencia de la vigente legislación federal y común para el Distrito Federal, contenida en el Código Penal de 1931, conservan vigente la pena de muerte. La efímera legislación de 1929, que a pesar de sus defectos dejó profunda huella en la reforma de nuestras instituciones penales, fue la que suprimió la pena de muerte.

<sup>49</sup> Trabajos de Revisión. Ob. cit., tomo IV, pág. 118:

No es este el lugar para repetir, en pro o en contra de la pena de muerte, los argumentos que ya Beccaria formuló con pasión, con vida y con utilidad en contra de ella, al mismo tiempo que sintetizó elocuentemente todas las razones, todos los prejuicios, todas las pasiones, todos los errores que en los siglos pasados fueron la base y explicación de un sistema penal cruel, que aceptaba el tormento como sistema de prueba y la muerte como el castigo perfecto. El autor de este libro,<sup>50</sup> en debate universitario y en representación de la Facultad de Derecho, examinando las especiales condiciones mexicanas, ya insistió en que la pena de muerte es ejemplar, pero no en el sentido ingenuo que le otorgan sus partidarios; es ejemplar porque enseña a derramar sangre. México representa, por desgracia, una tradición sanguinaria; se mata por motivos políticos, sociales, religiosos, pasionales y aun por el puro placer de matar; la "ley fuga", ejecución ilegal de presuntos delincuentes, es otra manifestación de la bárbara costumbre; las convulsiones políticas mexicanas se han distinguido siempre por el exceso en el derramamiento de sangre. Es indispensable remediar esta pavorosa tradición, proclamando enérgicamente que en México nadie tiene derecho a matar, ni el Estado mismo. El Estado tiene una grave responsabilidad educacional: debe enseñarnos a no matar; la forma más adecuada será el absoluto respeto a la vida humana, así sea la de una persona abyecta y miserable por sus crímenes. Por otra parte, la pena de muerte es estéril, infecunda e inocua. Se ha reservado históricamente a los homicidios calificados especialmente de premeditación; el asesino que prepara su delito siempre tiene la convicción de eludir la acción de la justicia; en su cálculo no entra ni la pena de muerte ni sanción alguna, salvo que, como se ha afirmado, a la postre resulta esencialmente imprevisor y olvida siempre algún dato que permitirá, no evitar el delito ya consumado, sino imponerle la sanción. El caso típico que muestra la inutilidad de la pena de muerte es su aplicación en los delitos de rebelión; teníamos ciento cincuenta años de aplicar la pena de muerte para las rebeliones y teníamos ciento cincuenta años de rebelión. El recrudecimiento periódico de los delitos de sangre, y las iniciativas o intentonas de restauración de la pena de muerte, son síntomas cruentos de un mismo mal: la tradición de Huichilobos.

Puede afirmarse que como resultado del histórico debate universitario a que se ha hecho referencia, se formó robusta opinión pública contra el restablecimiento de la pena de muerte, llegándose a la conclusión de que ésta para ser realmente ejemplar, es decir, para evitar en lo posible la repetición de delitos, debería ser aplicada mediante juicios muy rápidos, sumarísimos, como en casos de situaciones de

<sup>50</sup> *La pena inútil. Criminalia*. Año I, núm. 1º, pág. 1.

emergencia mediante la suspensión de las garantías constitucionales, que protegen y deben proteger a todo inculpaado; pero la pena capital aplicada así puede recaer en casos dudosos o en inocentes que no han tenido todas las oportunidades de defenderse en un juicio regular.

A estas razones se agrega la que, con emoción anota Raúl Carrancá y Trujillo: <sup>51</sup> "La pena de muerte es, radicalmente, entre nosotros, in-moral, porque en México el contingente de delinquentes que estarían amenazados de condena judicial de muerte se compone, en su gran generalidad, de hombres humildes del pueblo. Por regla general, el delincuente de las otras clases sociales delinque contra la propiedad y, por excepción, contra la vida e integridad personales, y aún en estos casos el delito suele ser pasional y no tendría como consecuencia la pena de muerte. Por tanto, esta pena se aplicaría casi exclusivamente a los hombres humildes de nuestro pueblo. Hombres que son víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado, víctimas de la incultura, de la desigualdad económica, de la deformación moral de los hogares en que se han desarrollado, mal alimentados y envenenados por el alcoholismo. El Estado y la sociedad son los culpables de esto y en vez de la escuela, la adaptación social y la igualdad económica, el Estado los suprimiría lisa y llanamente por medio de la pena de muerte".

Suprimida la pena de muerte, el procedimiento de agravación de la penalidad por las calificativas es distinto, según se trate de lesiones o de homicidio, sin que pueda justificarse tal distinción. En lesiones, *cuando concurra una sola de las circunstancias a que se refiere el artículo 315 (es decir de las calificativas), se aumentará en un tercio la sanción que correspondería, si la lesión fuere simple; cuando concurren dos, se aumentará la pena en una mitad (art. 298 reformado). Al autor de un homicidio calificado se le impondrán de treinta a sesenta años de prisión (art. 320 del Código Penal reformado por decreto del 13 de mayo de 1999 publicado en el Diario Oficial del 17 de mayo del propio año).*

Siendo el bien jurídico tutelado, la vida del ser humano en el homicidio; el patrimonio en el robo; la libertad sexual en la violación, habiéndose incrementado los homicidios cometidos en forma intencional por el agente a propósito con estos ilícitos, el legislador haciéndose eco de la reclama popular, ha adicionado el Código Penal con el artículo 315 bis en función de la modalidad con que se realiza el homicidio, y en consideración que el sujeto activo demuestra una mayor peligrosidad, remitiendo la pena al artículo 320 reformado.

<sup>51</sup> *Derecho Penal Mexicano. Parte General.* 2ª ed. México, 1941, pág. 410.

## CAPÍTULO VIII

# SUICIDIO, AUXILIO E INDUCCIÓN EN EL SUICIDIO Y HOMICIDIO CON CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

(ARTS. 312 Y 313 DEL C. P.)

### TEMARIO

101. Antecedentes históricos acerca del suicidio.—102. Imposibilidad de reprimir racionalmente el suicidio consumado; ineficacia de la represión ante la tentativa de suicidio.—103. Sistema represivo mexicano para la participación de terceros en el suicidio; formas de participación: inducción, auxilio y homicidio con consentimiento de la víctima.—104. El auxilio y la inducción al suicidio como delitos especiales.—104 bis. El homicidio con consentimiento de la víctima como delito de homicidio; crítica a la penalidad.—105. Las parejas suicidas.—105 bis. La eutanasia.

101. El suicidio —acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida—, en la antigüedad y en la mayor parte de los pueblos, entre ellos la Roma primitiva, era un hecho ordinario, permitido y en ocasiones estimado como acción honrosa, con excepción de aquellos suicidios realizados con la intención de evitar el castigo por un delito. Posteriormente, al advenimiento del cristianismo, que tanto influenció las legislaciones seculares, como repercusión del concepto de pecado, el suicidio fue prohibido y sancionado no sólo espiritualmente, sino con penas infamantes para el cadáver y con penas patrimoniales sufridas por los herederos. Al triunfo del liberalismo político dejó de estimarse el suicidio como un hecho delictuoso.

La historia de las legislaciones muestra curiosas actitudes ante el suicidio. En ocasiones se le ve como una acción obligatoria creándose una norma preceptiva que ordena la propia supresión de la existencia; tal es el caso del Código de Manú, que imponía como forzoso el suicidio de aquella mujer de casta muy elevada que tenía relaciones eróticas con hombre de casta muy inferior. En otras ocasiones, el Derecho guarda silencio y no impone directamente como obligatorio el suicidio, pero la moral social ambiente, implacable, exige el acto supresor,

como en ciertas tribus oceánicas de organización jurídica rudimentaria, en que el sujeto que había cometido una transgresión ética por haber manchado al *totem* ancestral, por haber violado un *tabú*, sólo tenía un medio lustral de purificación que era el de matarse. Actualmente aún contemplamos variantes en la estimativa jurídica, ética y social del suicidio, cuando observamos distintas prácticas en naciones de variada cultura; en el Japón, naturalmente, o, a través de las complicadas ceremonias en que el emperador hace graciosa donación de un puñal a uno de sus súbditos de alma manchada por un acto deshonesto para que la libere abriéndose el vientre, que es el lugar donde reside el alma oriental. A veces son prejuicios militares o económicos los que conducen a la trágica determinación de un suicidio impuesto, si no por las leyes escritas, sí por las costumbres, como en aquella tradición del ejército alemán en que se pone al alcance del militar la pistola para que se prive de la vida cuando sus fracasos bélicos no han correspondido a las exigencias del Estado, o aquella tradición que exige a los banqueros quebrados levantarse la tapa de los sesos.

102. Independientemente del criterio que se adopte, independientemente de considerarlo o no como un acto antisocial, inmoral, irreligioso o perjudicial, en la práctica resulta ineficaz todo medio represivo contra el suicidio, porque cuando se consuma —según exacta frase de Garraud,<sup>52</sup> que podría suscribir Perogrullo—, “la causa de impunidad del suicidio es el suicidio mismo”; quien se priva de la vida, impide con su acto supresorio cualquier medio represivo contra su persona, salvo que injusta y trascendentalmente se agraviara a sus parientes o herederos con ultrajes al cadáver o con penas patrimoniales.

En la tentativa de suicidio, figura inconsumada por la frustración, sería también estéril, mejor dicho, perjudicial, la represión, porque produciría el efecto contradictorio de hacer más odiosa e intolerable la existencia al pretense suicida y porque produciría efecto contradictorio a las finalidades perseguidas por toda posible sanción. Basta para demostrarlo observar las causas que impulsan al suicidio; siempre encontraremos en ellas indicios de desequilibrio en el soma, en la psiquis o en las condiciones sociales que rodean al sujeto. En ocasiones el desequilibrio pertenece a la patología mental, especialmente en aquellas enfermedades obsesivas que afectan al sujeto en formas exaltantes o deprimentes. En otras se debe a un trastorno nervioso de alta perturbación y de índole angustiosa o persecutoria. A veces el desequilibrio no es propiamente mental ni nervioso, sino proviene de razones pato-

<sup>52</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo IV, pág. 277.

lógicas somáticas, como la adquisición de enfermedades que el paciente estima como incurables o dolorosas, sin esperanza alguna, prefiriendo poner fin a sus sufrimientos por medio de un acto mortal. Es también frecuente el caso en que una perturbación erótica —mal de Werther— o un desequilibrio económico o un mal social sean las determinantes del impulso supresor de la propia existencia.

Siendo tan compleja la etiología del suicidio es preciso comprender que, salvo la aplicación de prudentes medidas curativas o de seguridad en los casos en que la cautela lo aconseje, los que acuden al suicidio por sus perturbaciones psíquicas, económicas, morales o sociales, no pueden ser controlables por las simplistas reglamentaciones jurídico-penales, cuyo límite máximo es el de la defensa social. En los tiempos modernos, más que a punir el suicidio, se tiende a prevenirlo, mediante el establecimiento de clínicas o servicios que proporcionan consejo a los que manifiestan tendencias suicidas o en caso de intentonas, tratamiento no sólo de las lesiones sino psíquico del intentador.

En resumen, el suicidio no es ni debe ser un delito ni cuando se consuma ni cuando se frustra. Por eso en la legislación mexicana está desprovisto de penalidad; la muerte que se causa una persona voluntariamente, o las heridas que de la misma manera se infiere, no constituyen ni homicidio ni lesiones, ya que éstos delitos requieren, como constitutiva necesaria, un acto externo, de tercero, privatorio de la vida ajena o perturbador de la salud de otro

103. En cambio, se abre ampliamente la posibilidad de aplicación de las normas penales para los que participan en el suicidio ajeno, por la ayuda moral o material otorgada al suicida. *El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años. Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas* (arts. 312 y 313 del Código Penal). Tres son las formas de participación reglamentadas en la ley: participación moral de inducción; participación material de auxilio, y participación material, consistente en ejecutar el partícipe mismo la muerte, o sea el homicidio con consentimiento de la víctima (homicidio-suicidio).

104. El auxilio y la inducción al suicidio no pueden ser estimados como fenómenos de participación en un delito de homicidio, sino

como delitos especiales, puesto que, cuando una persona se priva voluntariamente de la vida, independientemente de que terceros hayan participado en los actos preliminares, no existen las constitutivas del homicidio (véanse antes núms. 10 y sigs. y 42). Siguiendo a Cuello Calón,<sup>53</sup> podemos decir que inducir al suicidio significa tanto como excitar, instigar a él, debiendo ser la inducción directa y suficiente. Prestar auxilio para el suicidio equivale a proporcionar medios (armas, veneno, etc.) o cualquier otro género de cooperación, por ejemplo, auxilio de carácter moral, como indicaciones acerca del modo de ejecutarlo, de servirse del arma, etc. La simple pasividad ante un intento de suicidio no puede tomarse como forma de auxilio, porque, según Pacheco,<sup>54</sup> prestar auxilio es algo más que ese silencio, que esa omisión; eso es abstenerse; eso es no hacer nada; y quien nada hace, quien se abstiene, no presta auxilio a ningún intento. Moralmente no obrará bien; legalmente no podrá castigarsele.

104. bis. En cambio, la cooperación que llega al punto de que el auxiliador o instigador ejecute él mismo la muerte, el homicidio consentido por la víctima, sí constituye una forma de este último delito, aunque atenuado de penalidad por consideración al consentimiento de la víctima. Al fijar el legislador la penalidad de cuatro a doce años para el homicidio-suicidio, o sea el ejecutado con consentimiento de la víctima, disminuyó el mínimo de la penalidad del homicidio simple, y no tomó en cuenta el carácter egoísta o altruísta del autor de la infracción. Aquellos casos en que el sujeto activo, después de incitar a un tercero, sobre el que ejerce gran autoridad, para que se suicide, obtiene su consentimiento y lo mata para beneficiarse con su herencia o para satisfacer un oculto rencor, merecería en lugar de la penalidad atenuada una gravísima por la perfidia y malevolencia de su acción. En cambio, cuando el agente priva de la vida por piedad a un enfermo de grave, doloroso e incurable mal, y ante el incesante requerimiento de éste, nos adherimos fervidamente a la opinión de Jiménez de Asúa<sup>55</sup> en el sentido de otorgar al juez facultad de perdonar, o a lo menos, agregamos, de imponer sanciones muy atenuadas.

En los últimos años, la solución legal para los problemas de la punibilidad del homicidio-suicidio inquietan profundamente a los autores.

Ferri, que siempre se proclamó como un socialista, contraría todo su programa político y se transforma en ardiente partidario del má

<sup>53</sup> *Derecho Penal. Ob. cit.*, tomo II, pág. 412.

<sup>54</sup> *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid, 1870. Tomo III, pág. 32.

<sup>55</sup> *Libertad de amar y derecho a morir*. 4.ª ed. Santander, 1929, págs. 168 y 169.



centrista individualismo, cuando en su obra *Homicidio-suicidio* proclama: <sup>56</sup> "No sé yo, verdaderamente, por qué razón esta vida, que el hombre no pide a nadie, sino que le es concedida por una fatalidad natural, le puede ser jurídicamente impuesta perpetuamente por la sociedad, ya que la pretendida necesidad de la existencia individual para la existencia social es, en mi concepto, bastante problemática. Una cosa es, repito, que cuando el hombre vive en sociedad, ésta tenga necesidad de imponer ciertos límites a su actividad externa —sin los cuales la vida social es imposible—, y otra cosa afirmar que el hombre no puede disponer de su propia vida." Más adelante, el propio Ferri, habiendo resuelto ante sí mismo el ilimitado derecho del hombre para disponer de su propia existencia, se pregunta si el consentimiento del paciente a su propia muerte tiene valor jurídico, y hasta qué límites. Y estableciendo distingos, da respuesta al problema así: "Dado que el hombre tiene la libre disposición de su propia existencia, quien mata a otro, previo el consentimiento de éste, no es jurídicamente responsable si aquél fue compelido al acto, aparte del consentimiento de la víctima, por un motivo moral, legítimo, social, y es, por el contrario, jurídicamente responsable si el motivo determinante de su acción es inmoral, antijurídico, antisocial." Encuentra así una nueva expresión a su doctrina de la valoración de los móviles o motivos determinantes de la conducta.

La doctrina de Ferri encuentra de inmediato fácil acogida en distinguidos autores y en algunos textos legislativos. Así, el Código Penal del Perú (art. 157) limita la represión al caso en que por un móvil egoísta se instigare a otro al suicidio o se le ayudare a cometerlo; y en el Código Penal de la U.R.S.S. se determina que está exento de pena el homicidio cometido por compasión y a solicitud del que es muerto. Entre los penalistas de nuestra raza, el insigne profesor Jiménez de Asúa <sup>57</sup> acoge en este punto la doctrina de Ferri cuando afirma: "El móvil no egoísta que guía al homicida piadoso es, pues, el único criterio aceptable para declarar la impunidad, ya que el tratamiento punitivo o asegurador debe ser actuado tan sólo sobre individuos peligrosos, quedando libres de toda intervención penal quienes no son temibles por el motivo noble que los mueve."

Fundamos nuestra divergencia a la doctrina de la apreciación valorativa de los móviles determinantes en el participio del suicidio ajeno, en las siguientes observaciones de dos problemas concretos desta-

<sup>56</sup> *Homicidio-suicidio*. Trad. esp. Reus, Madrid, 1934, págs. 35 y 51.

<sup>57</sup> *Libertad de amar y derecho a morir*. Ob. cit., pág. 170.

cados del inmenso buque del homicidio-suicidio; estos casos son: el del suicidio por parejas y la eutanasia.

105. Las parejas suicidas son aquellas en que dos personas se ponen de acuerdo en suprimirse de la vida por móviles de insatisfacción erótica o económica; en la celebración del pacto macabro, generalmente uno de los protagonistas adquiere el compromiso de ejecutar la muerte del otro y después dirigir el golpe letal a su propio cuerpo. La estadística de diversos países y la experiencia mexicana citan numerosos casos de parejas suicidas, en las que es frecuente observar que el "ejecutor", cuando dirige el golpe contra su compañero no falla, es certero, lo priva de la vida, y, en cambio, cuando trata de privarse él mismo de ella, en ocasiones continuas, equivoca la puntería, frustra la muerte; no nos referimos aquí a esos casos arteros en que el ejecutor finge mentirosamente haber tratado inútilmente de consumir en su cuerpo el suicidio, sino aquellos otros en que la conducta positiva externa, proveniente de la conciencia del sujeto, es sincera, como lo revela la gravedad de las heridas por él a sí mismo inferidas. En estos casos, si atendiéramos exclusivamente a la doctrina del móvil o de los motivos determinantes de la conducta, nos expondríamos a un error. Los motivos sociales o antisociales pudieron ser sinceros en la vida psíquica consciente del "ejecutor"; pero en la profunda esfera oscura y abismal del subconsciente no, como lo demuestra el "acto fallido". La doctrina de Ferri no tomó en cuenta las modernas luces del psicoanálisis, que, a través de la interpretación de los "actos fallidos", permite distinguir entre los motivos conscientes de la conducta y las reales causas subconscientes de la misma. Independientemente de cuáles hayan sido los móviles determinantes de la psiquis consciente de los sujetos, el hecho frecuente de que el "ejecutor" frustre su propia muerte, nos está revelando a través del acto fallido, que en el fondo de su psiquismo se trata en realidad de un verdadero homicida y de un falso suicida.

105 bis. Se reserva la denominación de eutanasia a aquellos crímenes caritativos en que una persona, ante los incesantes requerimientos de otra, víctima de incurable y cruento mal, la priva de la vida piadosamente para hacer cesar sus estériles sufrimientos. Las soluciones que proporcionan los juristas al homicidio-suicidio por móviles piadosos, son bien variadas: algunos pretenden que la punibilidad sea idéntica a la del homicidio ordinario; otros se inclinan por la atenuación; algunos por la absoluta impunidad. Nos unimos con entusiasmo a la civilizadora opinión de Jiménez de Asúa,<sup>58</sup> el que, sin legitimar de an-

<sup>58</sup> *Libertad de amar y derecho a morir. Ob. cit.,* pág. 508.

temano la conducta de los verdugos eutanásicos, sin dibujar en las leyes la legitimidad de la eutanasia, reclama para el juez facultades de perdonar. "Pero no en forma de perdón legal —dice—, especialmente consignado a determinadas infracciones, sino en forma amplia y generalizada de verdadero perdón judicial."

No se puede ir más adelante. En efecto, nótese que cualquiera que sea la solución legal que propongan los autores, todos ellos coinciden en reconocer que, para que un homicidio pueda ser calificado de piadoso, se requiere: a) que el paciente reclame la muerte; b) que el padecimiento sea cruento, profundamente doloroso; c) que el padecimiento sea mortal, de los que no perdonan en breve plazo; y d) que el ejecutor mate exclusivamente con el propósito de abreviar el sufrimiento. Si la ley, como el Código Penal del Perú y el de la U.R.S.S., en forma apriorística, adelantándose al examen concreto de cada caso particular, declarase de antemano la impunidad para los verdugos eutanásicos, incurriría en error de profundas consecuencias; para demostrarlo, basta hacer breves consideraciones acerca de los requisitos anteriormente enumerados para el homicidio piadoso.

El primero de ellos es el requerimiento del paciente. ¿El requerimiento del paciente? ¡Cuántos motivos de error y de confusión! La moderna psicología, la neurología y la psiquiatría continuamente nos están mostrando cómo es falaz y oscilante el pensamiento y las decisiones aparentes. Ciertos enfermos sufren tránsitos vertiginosos que van desde la euforia optimista hasta la melancolía, o la angustia obsedente, o la desesperación o desilusión. Bien conocido es, por ejemplo, el matinal optimismo de los tuberculosos avanzados, que cede ante la dolorosa crisis vespéral. Los pacientes de psicología extrovertida, mostradores, a través del ademán y del lenguaje, de todas sus asociaciones de ideas y de todos sus pensamientos, como si su cerebro estuviera entre cristales, en las crisis angustiosas claman por la muerte, para después fincarse con mayor energía en el anhelo de conservación de la existencia. Dada esta incertidumbre, ¿qué jurista, con seriedad científica, puede pretender se consagre en las leyes la impunidad del crimen fundándose en el requerimiento de muerte del paciente?

En cuanto a los requisitos consistentes en el carácter cruento del dolor y en el estado agónico sin remedio del paciente, seguiremos las enseñanzas críticas del maestro español fallecido en el exilio, don Luis Jiménez de Asúa: <sup>59</sup> "los médicos presencian a diario el estoico gesto con que muchos pacientes resisten las operaciones más cruentas, en tanto que enfermos leves, histéricos o hipersensibles, claman a gritos

<sup>59</sup> *Libertad de amar y derecho a morir. Ob. cit., págs. 143 y 148.*

por sufrimientos que de ordinario se toleran sin excesivos ademanes. Además, no siempre los dolores más atroces son indicios de males gravísimos, mientras que enfermedades mortales están desprovistas de sensaciones doloríficas. No podemos, en suma, confiar al dolor el decisivo influjo de decidir la eutanasia. Por otra parte, como dice Morselli, la medicina moderna no está desarmada frente a los dolores más agudos. Es posible la prudente morfinización de un canceroso, de un tísico en el último grado, sin por ello perjudicar notablemente su estado general. Y cómo, por último, es posible combatir el dolor por medios morales, fortificando la resignación del enfermo, consolándole y sugiriéndole, a veces por una piadosa mentira, esperanza de alivio que le hagan más llevaderos los sufrimientos”.

“La incurabilidad es uno de los conceptos más dudosos... La muerte buena sería dada, en suma, a los incurables de un mal agudo y breve, como heridos sin remedio, hidrófobos, tetánicos, etc. El estado presente de la medicina permite, sin duda, decidir que, atendiendo a los medios terapéuticos de que disponemos, hay enfermedades incurables en un cierto momento del proceso nosológico. Por ejemplo, la rabia no puede ser curada cuando llega a manifestarse y se encuentra en el último estadio. Pero, ¿se puede afirmar que el médico no erró el diagnóstico? Hace años recuerdo haber leído en una revista médica el caso de un joven estudiante de medicina que había sido mordido por un perro sospechoso de hidrofobia. El muchacho, que había estudiado los síntomas de la rabia y que era un neurasténico, ofreció todo el cuadro del mal, con sus característicos síndromes. Inútil es decir que el sujeto no estaba rabioso y que curó perfectamente. Pensemos en un partidario de la eutanasia que, engañado por los síntomas que el joven presentaba, hubiese propinado al falso hidrófobo un dulce veneno para evitarle el tormento de una enfermedad absolutamente incurable.”

En cuanto a que el “ejecutor” infiera la “dulce” muerte guiado exclusivamente por móviles de beneficencia, que es el último requisito exigido para la eutanasia, le son aplicables las mismas dudas y críticas que con anterioridad vertimos, a través del psicoanálisis, para la doctrina tan grata a Ferri de los motivos determinantes de la conducta.

Algunos partidarios de la eutanasia, deseosos sí de encontrar su solución de impunidad, pero intimidados ante las graves perplejidades que representa el que la ley, *a priori*, confíe a los particulares la decisión y la ejecución de tal medida, deseosos, además, de evitar los posibles errores de diagnóstico o de pronóstico, con inquietud y exageración de especialistas, han propuesto el establecimiento de fríos, sordidos y burocráticos Tribunales de Eutanasia.

Ante la frecuente posibilidad de errores en el conocimiento de las enfermedades cruentas e implacables, ante la inseguridad de los pronósticos médicos, ante el peligro de que una fórmula previamente estatuida en forma de perdón legal se preste para que los particulares se transformen en verdugos fingidores de piedad para satisfacer ocultos rencores o bajas pasiones sumidas en la raigambre del subconsciente, ningún código penal debe estampar en sus normas la fría y previa autorización para matar por pretextos de piedad. Debe, como en el Código Mexicano, y en sentido general, conservarse como delito, si se quiere atenuado, toda forma de homicidio-suicidio. Pero para solucionar aquellos casos extremos en que en verdad se demuestra nobleza en el propósito, altruísmo en las finalidades, certidumbre en el diagnóstico y pronóstico, urgencia en la solución, cuando se reúnan todas las exigencias técnicas del homicidio por piedad, se faculte a los jueces para que en casos excepcionales, *a posteriori*, perdonen en casos concretos, reconociéndose así siempre la ilicitud de matar.

## CAPÍTULO IX

### PARRICIDIO

(ARTS. 323 Y 324 DEL C. P.)

El título de este capítulo fue modificado por Decreto del 10 de enero de 1994 quedando como sigue:

HOMICIDIO EN RAZÓN DE PARENTESCO O RELACIÓN

#### TEMARIO

106. Noción histórica del parricidio; legislación comparada.—107. Sus naturalezas doctrinaria y legal; definición; constitutivas.—108. Primer elemento: un homicidio.—109. Segundo elemento: de un ascendiente consanguíneo en línea recta.—110. La prueba de filiación corresponde a la jurisdicción penal.—111. En ausencia de las pruebas reconocidas por el Código Civil, la filiación puede demostrarse con las probanzas ordinarias del procedimiento penal.—112. Tercer elemento: conocimiento del parentesco; caso de ignorancia; casos de error en el golpe o en la persona.—113. Penalidad del parricidio; el parricidio es excusable.—114. El parricidio no es calificable ni atenuable.—115. Penalidad para los partícipes.—116. Prueba de la filiación, preterintencionalidad en el parricidio y uso del arbitrio en una sentencia judicial.

106. Carrara,<sup>60</sup> en su *Programma di Diritto Criminale*, párrafos 1139 y siguientes, estudia con amplitud el dudoso significado etimológico de la palabra parricidio. Cualesquiera que sean sus verdaderas raíces, la voz parricidio ha servido siempre para señalar en el Derecho ciertos delitos contra la vida humana; según Mommsen,<sup>61</sup> en su *Derecho Penal Romano*, durante la legislación primitiva de Roma, *parricidium* era el homicidio voluntario, limitándose posteriormente a aquellos delitos de muerte en que la víctima fuera pariente del ejecutor; la *Lex Pompeia de parricidiis* enumera como posibles víctimas de este delito a las siguientes personas: a) los ascendientes del homicida, cualquiera que fuese su grado; b) los descendientes respecto a los ascendientes, con exclusión de la persona que tuviera a aquéllos bajo su potestad, por cuanto quedaba implícitamente afirmado el derecho de esta persona para matar o abandonar a los hijos o a los nietos; c) los hermanos y hermanas; d) los hermanos y hermanas del padre o de la

<sup>60</sup> *Programma. Ob. cit.*, tomo I de la parte especial, párrafo 1138.

<sup>61</sup> *El Derecho Penal Romano*. Trad. esp. Madrid, sin fecha, tomo II, pág. 120.

madre, tíos y tías; e) los hijos de éstos, o sean los primos; f) el marido y la mujer; g) los que hubieran celebrado esponsales, o sean esposo y esposa; h) los padres de los cónyuges y de los esposos, a saber: los suegros, y también los cónyuges y esposos de los hijos, o yernos y nueras; i) los padrastros y los hijastros; y j) el patrón y la patrona; en esta ley del cónsul Pompeyo la pena del *parricidium* era la de muerte, *culleum*, con ahogamiento del reo metiéndolo en un saco y echándolo al agua; sucesivamente se aplicaron el destierro y de nuevo la muerte en la forma anotada. La antigua legislación española, especialmente el Fuero Juzgo y las Partidas, conservaron el último concepto romano del parricidio.

En el actual Derecho Español el concepto del parricidio es muy amplio, comprendiéndose dentro del mismo (art. 417 del Código Español de 1870 y art. 521 del derogado Código Español de 1928 y art. 405 del vigente Código de 1963) la muerte al padre, madre o ascendientes en general (parricidio propiamente dicho), y la muerte al hijo, a los descendientes legítimos o ilegítimos o al cónyuge (parricidio impropio). En el Código Francés (art. 219) se limita la noción del parricidio a la muerte de los ascendientes legítimos, naturales o adoptivos. El Código Italiano (arts. 265 y 266) agrava el homicidio cuando se comete en el cónyuge, en el hermano o hermana, en el padre o la madre adoptivos, en el hijo adoptivo o en afines en línea recta, y lo califica cuando la muerte se comete en ascendientes o descendientes. La mayor parte de las legislaciones actuales reservan el concepto de parricidio para la muerte de los ascendientes, sistema adoptado también por la legislación mexicana.

107. En ediciones anteriores habíamos explicado que la muerte de los ascendientes cometida por sus descendientes, doctrinariamente constituye un homicidio calificado y agravado de penalidad, en consideración a las ligas personales de parentesco entre la víctima y el victimario (véase antes número 40).

Sin embargo, formalmente el Código Mexicano reglamentado el parricidio, un delito *sui generis* destacando en capítulo especial, que de todas maneras debería tenerse presente la verdadera naturaleza doctrinaria porque la tipificación legal del delito producía efectos exclusivamente en la aplicación de una pena especial, distinta a la del homicidio genérico.

Ahora, con la reforma del 10 de enero de 1994 en que se modificó el rubro del capítulo IV del título decimonoveno se prevee en la figura delictiva la privación no solamente de la vida de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta sino también al hermano, al cónyuge, concubina o concubinario, adoptante, adoptado, siempre

que exista el conocimiento del parentesco o esa relación, ya que si faltase este conocimiento se estará a la punibilidad del homicidio simple (*Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en la línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y II anteriores*). (art. 323)

108. a) La descripción del tipo es el homicidio, es decir, la privación de la vida ajena; para su comprobación serán aplicables las disposiciones generales del homicidio y las explicaciones que de ellas hemos hecho en anterior capítulo, especialmente en lo que concierne a la comprobación de los elementos descriptivos del delito tales, al problema de la concurrencia de causas y a la posibilidad de que el delito se haya realizado preterintencionalmente (véanse antes núms. 39 al 45 y arts. 9 y 302 al 305 del Código Penal). Al mencionar el artículo 323 de nuestro Código el homicidio como elemento constitutivo del parricidio, ha reconocido en parte el carácter doctrinario de este último, resultando así que la muerte de ascendientes es una especie particular del genérico homicidio; todas las reglas de este último serán aplicables al parricidio, con expedición de aquellas que se refieren a la penalidad.

109. b) La muerte debe ser inferida a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta: el padre, madre, abuelos maternos o paternos o antecesores de estos, sean legítimos o naturales. La legislación mexicana limita el delito especial al parricidio propiamente dicho, muerte de ascendientes consanguíneos, a diferencia del Derecho Francés que involucra además de éstos a los por afinidad (suegros y suegras) y a los civiles (padres adoptivos). Con la reforma al artículo 323 el legislador prevee la figura delictiva comprendiendo no solamente la privación de la vida a los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, sino también, al hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, desapareciendo por tal circunstancia los artículos 324, 325, 326 y 328 por el Decreto del 10 de enero de 1994.

Considero que en vista de que algunos Códigos Penales del Estado de la unión siguen conservando los ilícitos del infanticidio (art. 325), (326), (328) y siendo el presente libro de texto en las escuelas y facultades de derecho dejaremos los comentarios que al respecto plasmó el autor.



110. La relación de ascendencia deberá investigarse y comprobarse dentro del proceso por el instructor penal, sin que sea necesaria una resolución prejudicial por la jurisdicción civil. Groizard,<sup>62</sup> en sus comentarios al Código Penal Español de 1870, manifiesta: "el tribunal criminal es competente para resolver esta cuestión, pues todo juez a quien la ley otorga atribuciones para resolver un asunto las tiene implícitas para conocer de cuantos incidentes se susciten en el curso de las actuaciones y sean necesarias para decidir lo principal". La jurisprudencia española, la francesa y la práctica mexicana así lo han aceptado.

111. Siendo la liga de ascendencia que une al victimario con la víctima elemento integrante del parricidio, precisa analizar la forma legal de su comprobación, ya se trate de la filiación legítima o natural. La dificultad se presenta cuando dicha filiación del parricida no quede establecida dentro del proceso en las formas preceptuadas por el Código Civil. De acuerdo con este ordenamiento, la prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se obtiene con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres; a falta de éstas, por la prueba de la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, admitiéndose, en defecto de esta posesión, la filiación por cualquier probanza legal, excepto la testimonial si no está apoyada en otras pruebas que la hagan verosímil (arts. 340 y 341 del Código Civil). La comprobación de filiación natural está reglamentada, principalmente, en las distintas formas del reconocimiento (arts. 360 y sigs. del Código Civil). Si en el curso de la instrucción se demuestra, conforme a las formas civiles, la ascendencia consanguínea en línea recta, sin dificultad alguna daremos por comprobado el segundo elemento constitutivo del parricidio. Para el caso contrario, Demetrio Sodi<sup>63</sup> opina: "Si el occiso no es padre a los ojos de la ley, no puede castigarse como parricida al matador. El padre o la madre que no haya registrado a sus hijos ni los haya reconocido legalmente, no puede presentar querella por estupro de sus hijas, como tampoco se puede invocar tal carácter para hacer aplicación del artículo 568 (parricidio en el Código Penal de 1871). Desde el 28 de julio de 1859, en que se estableció el Registro Civil, las actas respectivas del registro son las únicas que fijan el estado civil de las personas, tanto en materia civil como en asuntos generales." Diferimos de la respetable opinión del maestro Sodi, en atención a que el Derecho Penal atiende fundamentalmente a la realidad de los fenómenos y acciones humanas y no a las

<sup>62</sup> *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. 2ª ed. Madrid, 1912, tomo IV, pág. 384.

<sup>63</sup> *Nuestra ley penal*. Ob. cit., tomo II, pág. 296.

simples ficciones tan frecuentes en el Derecho Civil; por otra parte, sin exagerar la distinción existente entre esta rama del Derecho y el Penal —ambas componentes de un todo armónico—, es innegable que cada una de ellas, en sus manifestaciones positivas, tiene normas procesales distintas y, en cierto sentido, autónomas, especialmente las que se contraen a la reglamentación legal de la prueba; por tanto, si en ausencia de las formas civiles demostrativas de la filiación se obtiene prueba suficiente, conforme a la ley procesal penal, que demuestre plenamente la ascendencia consanguínea, se deberá declarar reunida la segunda constitutiva. Como demostración auténtica de que el legislador penal no ha constreñido la prueba de la filiación a las normas civiles en aquellos delitos en que la misma es constitutiva, puede observarse el caso de infanticidio *honoris causa* (art. 327 del Código Penal, ahora derogado), en el que se estatuye precisamente que el hijo no hubiere sido inscrito en el Registro Civil (véase más adelante núm. 136 de esta Primera Parte). Garraud <sup>64</sup> se inclina a la misma solución en lo que respecta a los hijos naturales. Cuello Calón <sup>65</sup> transcribe la jurisprudencia del Tribunal Supremo español aceptando que “la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal se extiende, por regla general, a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones de orden civil tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación, en cuyo caso se halla el vínculo de parentesco que media entre el ofensor y el ofendido, a los efectos de la sanción penal (establecida en parricidio)”.

112. Como tercera constitutiva se menciona que la muerte del ascendiente se registre *sabiendo el delincuente ese parentesco*; el conocimiento, no obstante ser un elemento subjetivo, es fácil de establecer observando los antecedentes personales y familiares del reo y sus preexistentes relaciones con el occiso. Cuando el sujeto activo hubiere causado la defunción en la ignorancia del vínculo filial, por ausencia de la constitutiva, deberá juzgársele como autor del homicidio genérico; igualmente, cuando siendo conocedor del vínculo y proponiéndose matar a un extraño, causa la muerte de los señalados en el artículo 323 por error en la persona o en el golpe, el delito cometido será simplemente homicidio, por ausencia del dolo especial del homicidio en razón del parentesco o relación (véase antes núm. 46).

113. Al que cometa el delito señalado en el artículo 323 ahora vigente se le aplicará prisión de 10 a 40 años de prisión, modificando la penalidad anterior del 29 de diciembre de 1988 que se señalaba en el artículo 324, ahora derogado. La reforma del 31 de diciembre de

<sup>64</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo IV, párrafo 1868.

<sup>65</sup> *Derecho Penal. Ob. cit.*, tomo II, pág. 435.

1954, cambió la métrica de la penalidad del parricidio, aumentando la latitud del mínimo y del máximo de la pena, la que en la redacción original era de 20 a 30 años de prisión, ahora con la reforma que por decreto del 29 de diciembre de 1988. (D. O. 4 enero de 1989), se agravó la máxima a cincuenta años de privación de la libertad. Esta penalidad, sustitutiva de la de muerte del antiguo Código de 1871 (véase antes núm. 100), es, por el elevado margen de la extrema impuesta actualmente en su máximo, por la comisión de un delito. Esta severidad legal se explicó porque la muerte causada al padre, la madre o los abuelos, es el síntoma externo, generalmente indubitable, de grave y monstruosa antisociabilidad; el parricida, carente de conciencia de especie con el núcleo social más sólido e inmediato, como lo es la familia, será un fácil transgresor de las otras normas de convivencia; por eso la historia de la penalidad del parricidio, salvo casos excepcionales, se reduce a la aplicación de la sanción más grave en cada época y país. La exageración y el prejuicio histórico han llevado al Derecho Francés a declarar al parricidio crimen inexcusable. Entre nosotros, conforme a la juiciosa conclusión de Sodi,<sup>66</sup> "puede ser excusable en los casos en que son procedentes las circunstancias exculpantes de responsabilidad". Además, sin dejar de ser verdad que objetivamente es el crimen más grave, no debemos olvidar en los casos concretos las causas determinantes del delito y los móviles más o menos antisociales de su agente; el parricidio puede haberse ejecutado: ante una grave provocación; ante una extrema injusticia del ascendiente; en circunstancias en que el sujeto activo no puede medir exactamente las consecuencias de su acción; en riña; por sentimientos pietistas, etc., etc. En ediciones de este libro anteriores a la reforma del art. 324, del año de 1954, manifestamos que nos parecía exagerado el término máximo de la prisión, pero sí el mínimo de 20 años antes vigente; recuérdese el caso de la hija que fatigada y exacerbada por la inicua explotación del padre, lo mata, no en legítima defensa por una agresión presente, pero sí ante una grave provocación ya consumada, resultando en este caso, el crimen relativamente excusable. Probablemente estos razonamientos nuestros, justificaron la reforma introducida por el legislador, al disminuir el *mínimum* de la pena aplicable.

Con las reformas en comento, el legislador acorde a la opinión del autor disminuyó la pena mínima de trece años que anteriormente se contemplaba en el artículo 324, ahora derogado a 10 años, modificando también la máxima de 50 años de privación de la libertad o 40 años.

114. La figura delictiva puede cometerse con premeditación, *alevosía*, ventaja o cualquier otra de las calificativas del homicidio;

<sup>66</sup> *Nuestra ley penal. Ob. cit.*, tomo II, pág. 296.

igualmente puede coincidir con las formas de atenuación de este delito: riña, duelo e infidelidad. Estas circunstancias, que en el homicidio son agravadoras o atenuadoras de penalidad, pueden ser tomadas en cuenta por el juez, no para aumentar o disminuir los términos de trece a cuarenta años de prisión, sino para normar su arbitrio en la fijación de la pena conforme el artículo 52 del Código Penal, porque el parricidio, dada su penalidad especial, no es calificable ni atenuable.

115. La penalidad aplicable a terceros partícipes en un parricidio está resuelta expresamente en el Código Mexicano. *Las circunstancias personales de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sean modificativas o calificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometen con conocimiento de ellas* el artículo 55 fue reformado en su totalidad por decreto del 30 de dic. 1983 (D. O. 13 ene. 1984), por lo que ya no es aplicable lo dicho en este numeral.

Posteriormente en dic. 1991, fue reformado el artículo 55, que al igual que la reforma del 83, ya no es aplicable a los partícipes o terceros.

116. Dado el elevado margen del máximo y mínimo de la sanción y que el ilícito no admite calificativas ni atenuaciones formales que cambien la métrica en que pueda moverse el arbitrio judicial, es menester que el juzgador, para un equitativo uso de las normas del artículo 52 del Código Penal, atienda, no exclusivamente al sentimiento de repulsión ética que inspira tan grave transgresión, ni al perjuicio histórico que ve en el parricidio crimen inexcusable, sino a la causación mediata o inmediata del delito y, fundamentalmente, a la personalidad del sujeto activo y a su conducta social precedente.

Como ejemplo práctico en que se ha hecho aplicación de diversas tesis sostenidas en este capítulo (prueba de la filiación, preterintencionalidad en el parricidio y uso del arbitrio), transcribimos a continuación algunas consideraciones, redactadas por el autor de este libro como juez ponente en sentencia de la Cuarta Corte Penal, partida 1138/32: "Aun cuando no fue posible obtener copia del acta de nacimiento de G. para la comprobación del parentesco de consanguinidad entre éste y la occisa, existe, sin embargo, como probanza plena del citado parentesco la declaración del inculcado en que manifestó ser hijo de la señora I., corroborada en iguales términos por su padre F. y su hermana M.; se desprende además de las actuaciones procesales, que el acusado tenía perfecto conocimiento de este parentesco (artículos 105, 106 y 121 del Código de Procedimientos Penales en relación con el artículo 323 del Código Penal). También quedó legalmente comprobada la responsabilidad criminal de G. por el delito de parricidio en los términos de su declaración, vertida fundamentalmen-

te en el sentido de que habiéndose iniciado un disgusto entre su madre y su padre, motivado por reproches que éste hacía a la primera por la fuga de su hermana M., y deseoso de sacar la cara por su padre y tal vez ofuscado, sacó la pistola que siempre porta e hizo algunos disparos, no recuerda cuántos, en contra de su madre. Esta confesión, asociada a lo que se deriva de los dichos de su padre y hermana, comprueba plenamente que privó intencionalmente de la vida a su madre, no obstante, lo aseverado por él en fecha posterior a su declaración inicial, en el sentido de que al disparar sobre su madre no había tenido intención de privarla de la vida, si se tiene en cuenta la presunción establecida en el artículo 9º del Código Penal, ya que la muerte de I. fue consecuencia necesaria y notoria del hecho realizado por el acusado, aun cuando éste afirme posteriormente en su defensa que no se propuso causar el daño que resultó (art. 249 del Código de Procedimientos Penales). Antes de entrar en las consideraciones de orden legal para fijar la sanción que corresponda, la Corte sentenciadora cree pertinente declarar que el caso a juicio no entraña para la misma un problema de moral, no obstante que el delincuente que ahora se juzga faltó gravemente a elementales preceptos éticos; pero a pesar de esto la Corte cree que el delito en sí, aun cuando de una gravedad máxima, pierde su importancia al lado de la personalidad del agente; aquél es apenas una de tantas manifestaciones de una naturaleza torcida y viciada; y éste, en cambio, representa una amenaza viva para la sociedad que lo guarda en su seno, y si la Corte se ve en la necesidad de comprender el caso, para fijar la sanción respectiva, dentro del elevado margen que establece el Código vigente en el capítulo de parricidio, de todos modos y en ausencia de este imperativo, tendría que juzgarlo severamente. Abandonamos, por tanto, los sentimientos para acometer el análisis de los actos y su reparación social, teniendo en cuenta el daño causado, y partiendo para ello de un examen preferente del acusado. Veamos ahora por qué la Corte afirma su criterio en el sentido de que G. es un individuo extremadamente peligroso y cuya segregación por un tiempo prolongado se impone, para intentar por una parte su corrección y para librar por la otra a la sociedad de una grave amenaza. Analizando los factores que generaron el delito, claramente se advierte que todos ellos tienen un mismo origen y obedecen a un mismo mal: la defectuosa educación recibida por G. desde su menor edad, que lo convirtió en un hombre con total ausencia del sentido moral. En el seno de su hogar se planteó desde sus primeros años uno de esos graves conflictos que se resuelven generalmente en crisis violentas, sobrevenidas después de vencer grandes resistencias, culminando en el caso presente con la muerte de uno de los protagonistas; desde niño es espectador del conflicto de sexos que

se desarrolla en su hogar: por una parte, su madre y sus hermanas, éstas aliadas de la primera, y por la otra el padre pretendiendo inútilmente imponer su autoridad de jefe de familia, mediante el empleo de un procedimiento torpe; la elección no fue difícil; pronto vio en este último un aliado para imponer un 'machismo' que ciertamente no tenía, pero el cual era necesario manifestar para amenguar en algo ese rezago y esa inferioridad de los que se sentía poseído ante el sexo femenino; entiende que el varón debe superar a la hembra; pero falto de resolución para acometer por sí solo ese absurdo problema de primacía, busca la protección del padre, y se convierte en su incondicional y apologista, con las graves consecuencias ya conocidas. Es necesario también atender al ambiente en el cual se desarrolla la niñez del homicida; ésta transcurre en un total alejamiento de la madre, ya que, según él mismo lo afirma, vivió desde los siete años de edad casi exclusivamente al lado de su padre, viendo a aquélla ocasionalmente una vez a la semana; esta situación se prolongó por espacio de varios años, pudiendo deducirse, en consecuencia, que aquella edad en que el niño tiene las percepciones más vivas y en que forma el caudal de sus afectos, que afirman después los años, transcurre en G. casi íntegramente al lado de su padre y, como consecuencia, se crea en él para su progenitor un afecto y un cariño desmedidos, con detrimento de secundario de la familia. G. tiene todavía el concepto de la familia patriarcal, en que el jefe de la misma impera como amo absoluto con los máximos atributos del poder; no concebía ni concibe que la madre tenga tanta ingerencia como el padre en el gobierno de la familia; los que debía sentir por su propia madre, a quien juzga un miembro sólo así se explica que admita hasta con entusiasmo, y con un convencimiento digno de mejor causa, que el segundo tenga el derecho de reclamar a la primera el mal comportamiento de las hijas y que llegue hasta a imponerle castigos corporales como medio de hacer valer su autoridad. El día de la tragedia asiste impasible a uno de esos actos injustificables realizados por el padre cuando éste toma una vara y con ella azota a su esposa; convencido de que su padre está realizando un acto de justicia, no interviene en favor de su madre, ni siquiera protesta; es más: se pone decididamente de parte de aquél, y cuando ésta amenaza con seguir una réplica por un asunto que considera injusto, G. interviene decididamente en favor de su padre, 'saca la cara por él', según su propia expresión, y no vacila en llegar a los peores extremos disparando en contra de su madre para castigar el desacato. Todavía después de acaecidos los hechos, cuando el Delegado del Ministerio Público le interroga sobre cuál sería su actitud en el caso de que su madre no hubiese muerto, contesta: 'la perdonaría, pues ya le habría dado una lección y sabría ella para qué sirven las armas'.

Claramente se advierte por estas palabras la profunda desviación psicológica del parricida, que le permite hasta burlar las leyes naturales, que hacen que el delincuente primario que acaba de cometer un delito, en una gran mayoría de casos, sea presa del abatimiento o de la desesperación; pero G. reacciona de modo diverso: todavía cree que hizo bien y que su madre, aun después de muerta; es acreedora a su perdón. Cabe concluir, después de analizar los anteriores hechos, que el delincuente que ahora se juzga es un rebelde y un inadaptado; no concibe la formidable transformación que ha sufrido la familia, sigue creyendo en el patriarca intocable de otros tiempos y cree ver en su padre un perfecto representante de aquellas lejanas épocas. No puede decirse, sin embargo, que sea un inmoral, ya que no puede, a sabiendas contravenir una disciplina espiritual aquel que ignora su existencia; es simplemente un amoral, un individuo que se ha criado y crecido con sólo un horizonte: la autoridad del padre —mal entendida y exagerada—, y de la cual quiere derivar todas las complejas relaciones familiares. Tampoco podría afirmarse que el homicida que ahora se juzga sea un hombre peligroso por la frecuente comisión de hechos delictuosos; por el contrario, sus antecedentes, abonados ampliamente por testigos insospechables, le retratan como un hombre honesto, trabajador y honorable, y este modo de proceder le ha acompañado en el interior de la prisión. Pero su peligrosidad no se deriva de lo que ha acontecido, sino de lo que pueda acontecer, para lo cual existen influjos poderosos que difícilmente desaparecerán en un hombre como él, ya en su perfecto desarrollo. G. representa un peligro grave para su propia familia, más inmediato todavía para su esposa e hija si pretende llevar a su hogar el equívoco concepto de autoridad paterna que tiene imbuído tan profundamente; representa también una grave amenaza para la sociedad en general; quizá no vacilaría en matar a cualquiera que tuviese con su padre la menor dificultad, como no vaciló en matar a su propia madre por un motivo intrascendente. Posiblemente no se repitan otra vez las circunstancias del caso presente; posiblemente también los años de reclusión alteren su estructura moral y le hagan reaccionar favorablemente; pero ante estas inciertas probabilidades, la Corte sentenciadora, atenta a la orientación del Código vigente, cree que se impone obrar con energía...

- preexistencia
- homicidio
- dentro de las 72
- por la madre
- por todas condiciones

## CAPÍTULO X

### INFANTICIDIO

Derogado en U.L.

(ARTS. DEL 325 AL 328 DEL C. P.)

NOTA: Habiéndose modificado por Decreto del 21 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994 el rubro del capítulo IV del título décimo noveno para denominarse HOMICIDIO EN RAZÓN DEL PARENTESCO O RELACIÓN, derogándose los artículos 325, 326 y 328 del Código Penal y por las razones que ya se han expuesto en el sentido de que esta obra es texto en las Escuelas y Facultades de Derecho, así como por razones históricas, se consideran dejar el capítulo tal y como aparece en ediciones anteriores, además de que Códigos Penales de los Estados de la República no han sido adecuados a la legislación penal para el Distrito Federal.

#### TEMARIO

117. Breve reseña histórica; razón de la atenuación; el infanticidio genérico y el especial en la legislación mexicana.—118. Evolución paralela de la penalidad en infanticidio y aborto; etiología común: razón de la mayor atenuación para el aborto; la solidaridad.—119. Proporción de frecuencia entre infanticidio y aborto; sustitutivos del delito.—120. Modos de comisión del infanticidio.—121. Infanticidio por acción u omisión.—122. El infanticidio en la legislación mexicana; sistemática de exposición.—123. Legislación de 1871; crítica.—124. Legislación de 1929; el filicidio; crítica.—125. Legislación vigente.—126. El infanticidio genérico; los ascendientes como sujetos activos; elementos constitutivos.—127. Primer elemento: muerte; naturaleza doctrinaria del infanticidio.—128. Segundo elemento: muerte dentro de las setenta y dos horas del nacimiento.—129. El nacimiento; su concepto.—130. El criterio de viabilidad no importa para la integración del delito.—131. Delito imposible de infanticidio; la tentativa.—132. Comprobación médico-legal de la muerte del infante.—133. Tercer elemento: relación de descendencia entre victimario y víctima; prueba de la filiación.—134. Filiación legítima o natural.—135. Penalidad del infanticidio genérico.—136. Infanticidio *honoris causa*; la madre como sujeto activo; requisitos legales.—137. Participación de terceros en el infanticidio; su penalidad; agravación especial para ciertos partícipes.

117. El infanticidio —muerte de un recién nacido— ha sido reprimido de muy diversas maneras dentro de su evolución histórica. Garraud<sup>67</sup> dice: “La clasificación de este hecho como un delito especial, ha obedecido, tanto a un sentimiento de severidad, de indignación contra el que mata a un ser débil y sin defensa, como a un sentimiento de piedad para la madre que mata al fruto de sus entrañas para ocultar su deshonor.” En las primitivas tribus se mataba a los infantes, en ge-

<sup>67</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo IV, párrafo 1876.



neral a los inútiles por su edad o enfermedades, para disminuir las cargas económicas y las molestias inherentes al conglomerado social en sus incesantes migraciones. En Cartago, se sacrificaban religiosamente menores a las crueles deidades; en Grecia —Esparta y Atenas— y en la Roma primitiva, se les eliminaba por frías razones de selección eugénica. Posteriormente, salvo el derecho del *pater* para disponer de la vida de sus hijos —entre ellos los recién nacidos—, se consideró el infanticidio como crimen merecedor de extrema severidad, involucrado dentro del concepto de parricidio. En la época de los emperadores Valentiniano y Valente se retiró a los padres de familia el derecho de vida o muerte de sus descendientes, derivado, según Mommsen,<sup>68</sup> del concepto de propiedad. Constantino, en sus constituciones, prohibió y castigó la muerte del descendiente. En tiempo de Justiniano se declaró la prohibición en forma definitiva. El antiguo Derecho Español —salvo el Fuero Juzgo (L. VI., tít. III, ley 7ª), que ordenaba pena de muerte o ceguera a los infanticidas— no establecía categoría especial para este delito, el cual debería juzgarse conforme a las reglas del homicidio o del parricidio, en sus casos. En Francia, Enrique II publicó un edicto imponiendo pena de muerte a la madre aun por simples presunciones, tales como la ocultación del embarazo.

Beccaria protestó contra las severas penas usadas en Europa, pero limitó sus argumentaciones al egoísta infanticidio ejecutado por la madre con propósito de ocultar su deshonor sexual, infanticidio *honoris causa*, diciendo que este delito “es efecto de una contradicción inevitable en que se ve colocada una persona que por debilidad o violencia había cedido; quien se halla entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir, ¿cómo no ha de encontrar preferible ésta a la miseria segura a que se verían reducidos ella y el infeliz fruto?” Por otra parte, agregamos nosotros, la penalidad exagerada resulta estéril, mejor dicho, se transforma en protectora del delito y del delincuente; recuérdese el típico ejemplo dado por los juzgadores franceses absolviendo sistemáticamente a las reas de infanticidio y de aborto, cuando la ley, en contra de la opinión humana de Beccaria, sancionaba estos delitos con la desproporcionada e injusta pena de muerte; cuando la ley no ha sido piadosa, lo han sido los jueces o jurados encargados de aplicarla, resultando así que la exagerada sanción, por curioso fenómeno, se transforma en fuente de impunidad para el delito, pues la pena monstruosa protege al reo. En comentario de este resultado, Garraud<sup>69</sup> dice: “El niño que viene al mundo, no tiene todavía lugar en la sociedad; vive ignorado; es fácil quitarlo del número de vivientes hasta el día en que su nacimiento es declarado. Se ha creído detener, por la amenaza de una pena terrible, a aquellos que se sienten inclinados a

<sup>68</sup> *El Derecho Penal Romano*. Ob. cit., tomo II, pág. 97.

<sup>69</sup> *Traité*. Ob. cit., tomo IV.

abusar de esta situación atentando contra la vida del recién nacido. ¿La ley consigue su objeto? ¿La exageración de la penalidad detiene el desarrollo de este crimen? Es un hecho conocido que en Francia el número de infanticidios tiende a aumentar, a lo menos antes de la Gran Guerra. De este crecimiento, continuo e inquietante, sus dos principales causas son la opinión que condena la maternidad fuera del matrimonio. La severidad del Código es impotente contra estas causas. Así, las condenas son raras, aunque los infanticidios sean numerosos. El jurado, asustado de la severidad de las penas, admite frecuentemente el motivo de justificación alegado ordinariamente por el acusado de que el infante nació muerto, o descarta la intención de matar, o, cuando lo declara culpable, le concede, 99 veces por 100, circunstancias atenuantes. Es que los jurados no pueden asimilar al asesinato una muerte de la que un sentimiento de pudor o de honor es a menudo el móvil."

La prédica de Beccaria encontró eco satisfactorio dentro de todas las legislaciones, las que crearon un delito especial disminuyendo las penas generales del homicidio para el infanticidio *honoris causa*. Penalidad bastante atenuada existe en Alemania, Hungría, Italia, Bélgica, Holanda, Portugal, España y en todos los países iberoamericanos.

El Código Mexicano, separándose un poco de la tradición general, estatuye un delito de *infanticidio genérico* (art. 325 del Código Penal, ahora derogado), en que la atenuación se concede cualquiera que sea el móvil de la muerte, y un infanticidio especial, *honoris causa* (art. 327 del Código Penal, ahora derogado), en que la atenuación es mayor. En siguientes párrafos estudiaremos estas dos figuras.

118. La evolución histórica del infanticidio, en lo que concierne a la atenuación de la penalidad, se trazó paralelamente a la del delito de aborto; el móvil que tiende a evitar una maternidad no deseada puede manifestarse, o suprimiendo la vida del feto en el decurso de la gestación (aborto), o suprimiendo la vida del infante al advenir el nacimiento (infanticidio). No obstante que infanticidio y aborto pueden reconocer las mismas causales inmediatas: ocultación de un desliz sexual, miseria económica, comodidad, propósito eugenésico, limitación de una familia numerosa, supresión de un ser para evitarse competencia económico-hereditaria, odio, etc., la atenuación en caso de aborto es superior a la de infanticidio. Entre nosotros éste se sanciona, en su forma genérica, con seis a diez años de prisión (art. 326 del Código Penal, ahora derogado), y el especial *honoris causa*, con tres a cinco años (art. 327 del Código Penal, ahora derogado); las sanciones del aborto son de uno a tres años o de seis meses a un año de

prisión, según que lo efectúen terceros o la propia madre, ésta con propósito de ocultar su deshonra (art. 330 y 332 del Código Penal. El abismo que existe entre la penalidad de una y otra infracción, especialmente en Francia, hizo exclamar a Destriveaux: <sup>70</sup> "entre el crimen de una mujer que se hace abortar en el séptimo u octavo mes de embarazo y el de la que mata a su hijo en el momento en que acaba de nacer, no existe una distancia tan grande como entre la pena de reclusión y la de la muerte". No obstante que reconocemos la etiología común del aborto y del infanticidio, nos parece falsa la hiriente observación del comentarista francés, y adecuada la menor penalidad reservada al aborto; en efecto, a pesar de que los propósitos y las consecuencias finales de ambos delitos pueden ser iguales, el bien jurídico protegido a través de la sanción tutelar penal es distinto; el feto o embrión, cuya muerte o disociación persigue el abortador, constituye una esperanza, una simple expectativa de vida humana, incierta todavía en su realización por estar sujeta a los peligrosos azares de la continuación del embarazo y del nacimiento; en cambio, la verdadera y completa personalidad humana, salvo ciertas ficciones del derecho privado, se adquiere biológica y jurídicamente en el instante mismo del nacimiento, en el que la fisiología del recién nacido, anteriormente tributaria, adviene ya en forma individual, autónoma, respecto de la fisiología materna; el recién nacido es un ser humano definitivamente individualizado por su diferenciación de la madre. En resumen, la vida del infante es un bien jurídico de mayor categoría que la vida en formación; la colectividad tiene mayor interés demográfico en el niño que en el feto. Por otra parte, examinando el problema conforme a un criterio rigurosamente positivo, independientemente de las consideraciones sentimentales, resulta que la conciencia de la especie, la conciencia social de convivencia humana, es más enérgica mientras mayor identidad existe con el ser a quien se dirige; a mayor semejanza corresponde mayor simpatía psíquica o moral; por eso la transgresión efectuada por el victimario de un infante es más grave que la del abortador. El infanticida, considerado objetivamente, representa mayor peligro para la comunidad que el abortador, porque viola normas superiores de solidaridad humana; eso explica el definido sentimiento de alarma pública que se siente vigoroso al descubrirse la frecuente muerte de los recién nacidos.

119. Desde el punto de vista de su frecuencia, el infanticidio y el aborto no son paralelos, sino, por decirlo así, complementarios; al aumentar los abortos disminuyen casi proporcionalmente los infantici-

<sup>70</sup> Cita de Garraud. *Traité. Ob. cit.*, tomo IV, párrafo 202.

dios. Sin embargo, no es el aborto el verdadero y correcto sustituto del infanticidio. Ante el innegable problema de la existencia de este delito, ante el irremediable fracaso de las normas represivas y ante lo complejo de su etiología, que reconocí como constantes preferentes el desprecio de la maternidad en las solteras y la imposibilidad en que se encuentran muchas madres para trabajar atendiendo al mismo tiempo sus deberes maternos, deberán favorecerse socialmente aquellas reformas tendientes a la obtención de una maternidad libre, consciente y preparada económicamente: educación sexual correcta y oportuna, uso voluntario de los anticonceptivos, posibilidad de investigación de la paternidad, supresión de la sanción penal para la exposición de menores (art. 342 del Código Penal), incremento de las instituciones benéficas para expósitos, estricto cumplimiento de las disposiciones del artículo 123 de la Constitución sobre trabajo de embarazadas y parturientas, y, sobre todo, equitativa organización económica e intensa propaganda contra el prejuicio de la maternidad extramatrimonial.

Sodi,<sup>71</sup> fiándose de los datos oficiales, parece negar importancia al problema: "En México el infanticidio es un delito muy raro, tanto que desde el año de 1899 hasta el 9 de julio de 1907 la estadística del Distrito Federal registró únicamente nueve casos bien comprobados"; pero no hay que olvidar que este delito, objetamos, es por su tendencia ordinaria muy misterioso y difícil de investigar; oficialmente se conoce de casos excepcionales; creer en las estadísticas judiciales nos llevaría a la conclusión de que el aborto, tan frecuente actualmente, es inusitado porque son muy contados los casos de consignación, según las estadísticas de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal. La práctica clandestina del aborto, muchas veces por manos inescrupulosas, alcanza cifras extraordinarias. Ante esta realidad y para evitar mayores daños, sin emitir juicios de valoración ética o religiosa, sería preferible el establecimiento de clínicas autorizadas para la práctica higiénica del aborto y, muy especialmente, una correcta educación sexual, y facilitar el uso y la explicación de los modernos métodos anticonceptivos.

120. A diferencia del aborto, que para efectuarse con éxito y sin exagerado peligro para la vida de la madre necesita generalmente de la ayuda de terceros y del conocimiento de su técnica mecánica o química de ejecución, el infanticidio es un delito primitivo por su sencillez y rudeza de comisión. Así se explica que, comparativamente con el aborto, sea más frecuente en los campos que en las ciudades y que, dentro de los perímetros urbanos, acudan a él individuos de las clases

<sup>71</sup> Nuestra ley penal. Ob. cit., tomo II, pág. 306.

sociales más bajas, porque su ignorancia o miseria económica les impide utilizar los servicios de un abortador profesional. En el infanticidio, la madre no expone en nada su propia vida, no necesita conocimientos ni ayuda externa, el delito se efectúa en un ser desamparado sin posibilidad de defensa, cuya desaparición es fácil.

Según Tardieu,<sup>72</sup> los diferentes géneros de muerte, en su orden de frecuencia, son: sofocación, inmersión en las letrinas, fracturas del cráneo, estrangulación, sumersión, falta de cuidados, heridas, combustión, exposición al frío, hemorragia umbilical, inanición y envenenamiento. La sofocación, procedimiento el más frecuente, se efectúa por la oclusión violenta de las vías respiratorias, aplicando la mano sobre la boca y las fosas nasales o taponándolas con lienzos o por cualquiera otro procedimiento que impida la respiración del recién nacido. La inmersión en las letrinas, modo muy usado en los infanticidios por las domésticas mexicanas, en ocasiones tiene lugar después de muerto el niño, como modo de ocultación del cadáver. La muerte por fractura del cráneo del infante se registra por su precipitación desde cierta altura o por su estrellamiento contra el suelo o por golpes o fuertes presiones. La estrangulación —presión de la parte anterior del cuello—, cuando es completa, causa la muerte por asfixia. La hemorragia umbilical es la consecuencia de la falta de sutura o del corte indebido del cordón umbilical. Las otras formas son muy poco frecuentes y, especialmente la combustión, se emplea para hacer desaparecer el cadáver y dificultar el posible conocimiento del delito.

121. Desde el punto de vista jurídico, la muerte del infante puede deberse: a acciones físicas positivas (sofocación, fractura del cráneo, ahogamiento, heridas, etc.), o a omisiones (abandono, falta de cuidado, ausencia de sutura del cordón umbilical, etc.). Para la integración de la figura delictiva de infanticidio poco interesa que éste sea efecto de acción o de omisión, dada la extensa fórmula del delito en general contenida en el artículo 7 del Código Penal. Por otra parte, lo importante para comprobar la transgresión es que la muerte sea causada por el ascendiente, cualquiera que sea el procedimiento adoptado por éste.

122. Adquirida ya la noción general del infanticidio, puede abordarse su estudio de acuerdo con la legislación mexicana. La sistemática de exposición que emplearemos comprenderá: 1. El infanticidio en la legislación de 1871; 2. El infanticidio y el filicidio en la legislación de

<sup>72</sup> *Étude médico-légale sur l'avortement*. París, 1881, pág. 4.

1929; y 3. El delito en el Código vigente: infanticidio genérico, constitutivas, posibles sujetos activos y pasivos; el *honoris causa*, sus requisitos y participación de terceros en el delito.

123. INFANTICIDIO EN LA LEGISLACIÓN DE 1871.—Martínez de Castro, en la *Exposición de Motivos al Código de 1871*,<sup>73</sup> justificaba la especial reglamentación del delito así: "Ninguna legislación castiga ya el infanticidio con la pena capital cuando lo comete la madre para ocultar su deshonor y en un instante acabado de nacer. Esto mismo establece el Proyecto, en el cual se han desechado las terribles disposiciones que contenían las leyes antiguas, que por su misma dureza han caído en desuso." Es decir, para la creación de un delito especial de infanticidio, nuestra legislación liberal tuvo en cuenta el propósito de honor de la madre homicida de su hijo y la necesidad de crear una pena atenuada distinta a la del homicidio en general. Sin embargo, en la redacción del articulado se olvidó el propósito, porque se definió el delito genérico de infanticidio sin tomar en cuenta el móvil de su comisión y sin mencionar la liga de descendencia entre victimario y víctima. *Llámase infanticidio la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las setenta y dos horas siguientes* (art. 581 del Código Penal de 1871). En este precepto se previó claramente la muerte *in ipso partu* y la inmediatamente posterior. Cuando el infanticidio era cometido por terceros y no por la madre, la penalidad se fijaba en ocho años, pena que se agravaba en un año más e inhabilitación cuando el responsable fuera médico, comadrón, partera o boticario. La única penalidad prevista para las madres infanticidas, existía en el *honoris causa*: cuatro años de prisión (arts. 584 y 586 del Código Penal de 1871).

Esta absurda e injustificable reglamentación fue comentada con severa maestría por Demetrio Sodi: <sup>74</sup> "Llamamos poderosamente la atención sobre los términos en que está redactado el artículo 584. Según este artículo, sólo se castigará el infanticidio cuando lo cometa la madre *con el fin de ocultar su deshonor*; de manera que, si lo comete con otro fin, no será aplicable el artículo 584, y como sólo el citado artículo es el que sirve de base para castigar a la madre infanticida, resultará que cuando ésta mate al infante por motivo que no sea el de ocultar su deshonor, no habrá pena que aplicar y el delito quedará impune." "La disculpa que la ley establece para la madre, y que consiste en la causal de 'por ocultar su deshonor', no tiene razón de ser para un extraño, el que debería responder de un homicidio calificado cuando ataca la vida

<sup>73</sup> *Exposición de Motivos. Ob. cit.*, pág. 57.

<sup>74</sup> *Nuestra ley penal. Ob. cit.*, tomo II, págs. 303 y 304.

de un infante. ¿Por qué aplicar al reo únicamente la pena de ocho años de prisión cuando su delito no puede tener las atenuaciones que, moral y jurídicamente, se reconocen y admiten en un homicidio que no es calificado? El que mata a un infante no sólo ejecuta un crimen monstruoso en un ser indefenso, sino que generalmente es impulsado a cometer el delito por causas de interés pecuniario, lo que le da tintes de mayor negrura al atentado."

124. INFANTICIDIO Y FILICIDIO EN LA LEGISLACIÓN DE 1929.—El efímero Código de 1929 —tan meritorio por haber introducido en la conciencia jurídica nacional nueva y vigorosa influencia—, tratándose de la reglamentación de los delitos en particular, cuando no copió literalmente las disposiciones del viejo Ordenamiento de Martínez de Castro, nos trajo mayor confusión por el desbarajuste de su articulado. En el infanticidio genérico conservó la anterior definición sin hacer referencia a los posibles sujetos activos del delito y sin mencionar los móviles para justificar la atenuación de la penalidad general del homicidio, e inmediatamente después creó una nueva figura delictiva, la del *filicidio*, definiéndola: *el homicidio causado por los padres, en la persona de alguno de sus hijos* (art. 994 del Código de 1929). En los artículos posteriores, existe contradicción gravísima entre las penalidades del infanticidio genérico, del *honoris causa* y del filicidio, delito que, dada su definición, puede cometerse en el descendiente dentro de las setenta y dos horas del nacimiento o después en cualquiera otra edad y en que, sin embargo, se atenuaban las penas del homicidio. El distinguido profesor de nuestra Facultad, José M. Ortiz Tirado,<sup>75</sup> inútilmente pretende resolver el logogrifo: "Dados los términos de nuestra ley, estimo que, no obstante que en el rubro del capítulo VIII se habla del 'infanticidio' y del 'filicidio', no se pensó con ello crear una figura delictiva diferente, y por lo mismo, el filicidio no es otra cosa que la muerte ejecutada por los padres en la persona de alguno de sus hijos, en el momento de su nacimiento, o dentro de las setenta y dos horas siguientes: a esta interpretación nos conducen los mismos términos de la ley: 1º El artículo 997 que habla de filicidio, en sus fracciones III y IV emplea la palabra infante, que, como ya dijimos, tiene la connotación del niño en los primeros días del nacimiento, y por otro lado, el supuesto de la fracción III sólo puede referirse al niño recién nacido; 2º El artículo 993, que igualmente sanciona el filicidio, vuelve a referirse al *infante*; 3º En el artículo 99 se dice: 'cuando no sea la madre la que cometa el *infanticidio*'; 4º En el artículo 995 sólo se habla

<sup>75</sup> *Apuntes. Ob. cit.*, págs. 108 y 109.

del infanticidio causado por imprudencia y no se dice nada del filicidio causado también por imprudencia; si fueran dos figuras delictivas diferentes, lógico sería que se hubiera previsto ese caso. Además, no se concibe sino atendiendo al verdadero criterio informador del infanticidio (la protección del niño en los tres primeros días de su existencia) que la sanción sea de diez o de cinco años de segregación, según el caso, cuando la razón y la justicia indican que la muerte que por ejemplo causara un padre en un hijo de quince años de edad fuera mayor que la impuesta al simple homicida; que, según nuestra ley, artículo 974, es de ocho a trece años; la fracción III del artículo 975 nos vuelve a dar la razón en el caso, ya que este precepto ordena que a las penas ordinarias se agreguen dos años más si el responsable comete el homicidio en un *descendiente*."

Si los autores del Código de 29 realmente quisieron erigir el delito especial de filicidio amparando al hijo cualquiera que fuese su edad, debemos convenir entonces en que fueron muy desafortunados en la redacción del capítulo o que se inspiraron en una mala técnica jurídica.

125. INFANTICIDIO EN LA LEGISLACIÓN DE 1931.—Ya hemos dicho que el Código Penal vigente, separándose en parte de las legislaciones de otros países, que limitan la noción de infanticidio y su penalidad disminuida al causado por la madre con propósito de ocultar su dishonestidad sexual, reglamentó una primera infracción que hemos venido denominando *infanticidio genérico* (art. 325 del Código Penal, ahora derogado), y una segunda, relativa al *infanticidio honoris causa* (art. 327 del Código Penal, ahora derogado); la nueva legislación tiene el mérito de haber evitado los errores de las anteriores codificaciones mexicanas de 1871 y 1929 a que en los párrafos anteriores nos referimos.

126. EL INFANTICIDIO GENÉRICO.—*Llámase infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos* (art. 325 del Código Penal). Esta definición legal del infanticidio genérico tiene el mérito de indicar, por primera vez en la ley mexicana, los posibles sujetos activos de la infracción: los ascendientes. El sujeto activo de la infracción ya no será cualquier persona, como en los viejos códigos, sino la madre, el padre o los abuelos. El precepto emplea una fórmula innecesaria: "ascendientes consanguíneos", porque el niño acabado de nacer no puede tener ni ascendientes por afinidad, ya que este parentesco se adquiere por el matrimonio y se establece entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, ni ascendientes civiles de adopción, puesto que dentro del término de setenta y dos horas es imposible que se



cumplan las formalidades legales para la adquisición de esta tercera forma de la ascendencia; el recién nacido no tiene sino una clase de ascendientes, los consanguíneos, resultando así innecesaria la mención de esta circunstancia.

Los elementos constitutivos de la forma genérica del delito, son: a) un hecho de muerte (homicidio); b) que la muerte se efectúe en el niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento; y c) que sea causada por alguno de los ascendientes.

127. a) El primer elemento es una acción de muerte, o sea un homicidio en el sentido doctrinario y amplio de la palabra; esta privación de la vida ajena, como constitutiva del infanticidio, establece el necesario entronque de esta infracción con la más general de homicidio. Por razones históricas, a que nos referimos en los párrafos primeros de este capítulo, la muerte de los infantes por sus ascendientes, fue desprendida del concepto general de homicidio, creándosele tipificación especial que permitió disminuir la penalidad en consideración a los móviles del infractor; de todas maneras, aun reconociendo que legalmente el infanticidio es un delito *sui generis*, su naturaleza doctrinaria —atenuación del homicidio— deberá recordarse en la aplicación de las reglas de este último delito para la comprobación de la primera constitutiva: muerte (véase antes núm. 40).

128. b) El segundo elemento —muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento— nos revela el sujeto pasivo de la infracción, un infante recién nacido. Es plausible la supresión en el Código vigente de la errónea figura de filicidio a que se refería el de 1929, porque tratándose de hijos de más edad no puede existir razón que atenúe la penalidad de los ascendientes que los privan de la vida; es más, dada la gravedad de la infracción, muchas legislaciones la involucran dentro del parricidio.

La muerte ha de tener lugar exactamente antes de que vengán setenta y dos horas, a contar desde el nacimiento. La elección del plazo de setenta y dos horas es netamente empírica; otras legislaciones fijan plazos distintos: el Código Italiano, los primeros cinco días; el peruano, cuarenta y ocho horas después del parto; el portugués y el brasileño mencionan el momento del nacimiento o los ocho días siguientes; el austríaco sólo admite infanticidio en la muerte realizada dentro del alumbramiento; los códigos alemán y belga exigen que tenga lugar durante el parto o inmediatamente después, sin fijar plazo; el Derecho Francés se refiere al recién nacido sin expresar lo que debe entenderse por éste.

Art. 129. El plazo de setenta y dos horas deberá contarse de momento a momento, a partir del instante del nacimiento; así, pues, el concepto de lo que debe entenderse por nacimiento es definitivo para la integración del delito y, además, establece la línea divisoria entre el infanticidio y el aborto. Este último delito consiste en la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (art. 329 del Código Penal); es decir, la posibilidad delictiva de aborto cesa con la conclusión de la preñez, o sea con el nacimiento del infante, acontecimiento en que se empieza a contar el plazo de setenta y dos horas del infanticidio. La legislación mexicana no nos dice lo que debe entenderse por nacimiento para los efectos legales; por otra parte, el Código vigente suprimió de la definición del infanticidio el realizado *in ipso partu* —momento del nacimiento— a que hacía referencia el Código de 1871. Según Cuello Calón,<sup>76</sup> la dificultad consiste en determinar cuándo el hijo ha de entenderse nacido, para distinguir este delito del aborto. Binding considera que el niño ha nacido cuando se haya separado en parte, aun cuando no sea por completo, de la madre, de modo que el influjo mortal pueda venir de fuera; análoga es la opinión de Holtzendorff, para quien basta que haya comenzado a vivir fuera del vientre de la madre, sin que obste que una parte del niño esté aún dentro; para Olshausen la señal de nacimiento son los dolores del parto; Liszt afirma que el nacimiento comienza con la cesación de la respiración placentaria y con la posibilidad de la respiración pulmonar; según Garraud, no es preciso que el niño haya vivido la vida extrauterina; la muerte ejecutada *in ipso partu*, todavía en el seno de la madre, sería seguramente un infanticidio; para Russell, no hay nacimiento hasta que el cuerpo ha salido del vientre de la madre; Kenny, dice que el nacimiento consiste en la expulsión completa del cuerpo del niño fuera de su madre, es decir, su entrada en el mundo; la expulsión parcial no basta.

En nuestro concepto, el elemento nacimiento por sus características técnico-biológicas, debe ser establecido por peritaje médico-legista, pudiéndose fijar como criterio en México, supuesta la supresión del infanticidio en el momento del nacimiento, el de que el niño ha nacido cuando definitiva o parcialmente expulsado del seno materno su fisiología es ya autónoma y no tributaria de la fisiología materna.

130. Para que se registre el infanticidio, conforme a su segunda constitutiva, menester es un hecho de muerte sobre el recién nacido, de lo que resulta que se supone la existencia previa de un ser nacido

<sup>76</sup> Derecho Penal. Ob. cit., tomo II, pág. 440, nota 8.

vivo, sin que para los efectos penales importe el concepto de viabilidad a que se refiere el artículo 337 del Código Civil (para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo en el Registro Civil), porque la norma penal atiende directa e inmediatamente a la realidad de los fenómenos humanos y no a las frecuentes ficciones del derecho privado; el recién nacido, por el hecho de vivir, independientemente del concepto de viabilidad, merece la protección legal a través de las normas represivas que sancionan su supresión; la viabilidad es la aptitud para la vida, pero no la vida misma que puede existir momentáneamente sin aquélla. Tardieu<sup>77</sup> dice: el infanticidio consiste en el hecho de privar de la vida a un niño recién nacido que ha salido vivo del seno de su madre; es indispensable que el niño haya nacido vivo, pero no es necesario que haya nacido viable.

131. Si el niño nace muerto y los padres, por ignorancia, pretenden su supresión del número de los vivientes, no puede existir la figura completa y acabada del delito de infanticidio; sin embargo, dado lo extenso de nuestra definición de la tentativa, creemos que el delito imposible de infanticidio será sancionable en aquellos casos en que se compruebe la temibilidad de sus autores por el empleo de medios idóneos para haber causado la muerte, es decir, de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito, no consumado por una causa ajena a la voluntad del agente, la previa defunción del nacido (art. 12 del Código Penal). Como opinión en contrario, podemos mencionar entre nosotros la de Ortiz Tirado,<sup>78</sup> quien manifiesta que no podrán reputarse como actos idóneos aquellos que se ejecutan para privar de la vida a quien no la tiene.

132. En lo que concierne al problema de la comprobación médico-legal de la muerte del infante, Tardieu<sup>79</sup> indica que "por corto que sea el intervalo que separe el nacimiento del niño salido a la luz vivo del en que pereció víctima de un infanticidio, la nueva vida deja huella en sus órganos, sobre todo en aquellos cuya función no empieza sino con la vida extrauterina, es decir, en los órganos respiratorios. Éstos, en efecto, son los primeros que se despiertan en el seno del nuevo medio en que el recién nacido debe vivir, y el primer grito que éste exhala, es la señal de la primera inspiración y, al mismo tiempo, de modificaciones profundas en el estado de los pulmones, donde el aire

<sup>77</sup> *L'infanticide*. pág. 48.

<sup>78</sup> *Apuntes*. Ob. cit., pág. 102.

<sup>79</sup> *L'infanticide*. Ob. cit., pág. 48.

ha penetrado por vez primera. Del examen de los pulmones surge el signo capital o la prueba de que el niño ha respirado o no ha respirado. Conviene ponerse en guardia contra un error cuyas consecuencias serían graves, y no sustituir como acontece a menudo en el lenguaje de los magistrados y hasta en el de los médicos, a la cuestión de saber si el niño ha vivido, la de saber si ha respirado. En efecto, el niño que ha respirado, ha vivido indudablemente, pero la recíproca no siempre es verdadera, porque el niño que no ha respirado puede no obstante haber nacido vivo, pues existen otras pruebas evidentes de la vida, por ejemplo, en el aparato circulatorio; así, en el niño recién nacido que no ha hecho ningún movimiento, que no ha gritado, puede la sangre circular llevando la vida a todo el cuerpo".

De todas maneras, la demostración más frecuente y más atendida en la práctica de que la víctima fue muerta después del nacimiento, es la *docimasia pulmonar hidrostática*, que consiste en probar la densidad de los pulmones, sumergiéndolos en un recipiente lleno de agua, en cuya superficie sobrenadan si han respirado, y a cuyo fondo caen si todavía se hallan en estado fetal. Según la Ordenanza austríaca, la técnica operatoria de la docimasia se verifica del siguiente modo: "después de haber comprobado el estado del diafragma, el grado de dilatación de los pulmones y su situación en el tórax, se sacan los pulmones con el corazón y el timo de la cavidad torácica; se toma nota del estado de la superficie pulmonar, del de sus bordes y su consistencia; se ponen después todos estos órganos en un vaso bastante profundo y lleno de agua fría, y se ve si sobrenadan; se separan después el corazón y el timo, haciendo la prueba de la sobrenatación con cada pulmón, examinando previamente el contenido de los bronquios. Hecho esto, se va cortando cada pulmón, se le examina, se le corta en pedazos, viendo si dichos pedazos se mantienen sobre el agua o si algunos se hunden o tienen tendencia a hundirse".

133. c) La relación de descendencia entre victimario y víctima es constitutiva del infanticidio. Cuando la muerte de un recién nacido es causada por extraños directamente, sin participación alguna de sus ascendientes, el delito consumado será, no el infanticidio, sino un homicidio calificado por la existencia a lo menos de la alevosía, ya que la víctima, por razón de su edad, está imposibilitada para defenderse; esta conclusión es equitativa, porque los extraños autores directos de la muerte no proceden en uso de los móviles o propósitos que han configurado históricamente el delito *sui generis* de infanticidio. Así, el Código vigente extirpó de nuestra legislación el vicio de no señalar

en el infanticidio genérico a los ascendientes como posibles sujetos activos de la infracción.

La prueba de la filiación del recién nacido no es tributaria de las normas contenidas en los artículos 340, 341, 360 y siguientes del Código civil, siendo suficiente que, dentro del proceso y conforme a las formas probatorias reglamentadas en el Código de Procedimientos Penales, se establezca dicha filiación como un hecho indudable. (En esta materia puede consultarse lo que al tratar de parricidio se explicó en el núm. 111.)

134. La filiación de la víctima puede ser legítima o natural, ya que el artículo 325 del Código Penal (ahora derogado), al hablar de ascendientes, no establece distinción alguna.

135. La penalidad del infanticidio genérico que hasta ahora hemos venido estudiando, es de seis a diez años de prisión (art. 326 del Código Penal, ahora derogado); es fácil observar que el máximo y mínimo de esta pena representan una atenuación si se les compara con los del homicidio simple, ocho a veinte años de prisión, y sobre todo con los del calificado, veinte a cuarenta años de prisión (arts. 307 y 320 reformados del Código Penal). El establecimiento de la penalidad atenuada en el infanticidio genérico evita imponer a los ascendientes la grave sanción del homicidio calificado por la existencia de alevosía y ventaja.

136. EL INFANTICIDIO "HONORIS CAUSA".—Nuestra legislación, después de reglamentar las normas y la penalidad del infanticidio genérico, crea un segundo tipo provisto de mayor atenuación. *Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya ocultado su embarazo; III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil; y IV. Que el infante no sea legítimo* (art. 327 del Código Penal, ahora derogado).

El legislador no ha mencionado expresa y literalmente que la causa de mayor atenuación en este caso sea el móvil de la madre de ocultar su deshonor suprimiendo el producto de sus amores ilícitos, pero se deduce este propósito de los requisitos señalados en las cuatro fracciones del precepto.

En el infanticidio *honoris causa*, la madre es el único sujeto directo de la comisión del delito; ni el padre ni los abuelos podrán gozar de la mayor atenuación, aun cuando demuestren que al cometer el infanticidio no persiguieron más objeto que el evitar la revelación de los

deslices eróticos de la parturienta. En este infanticidio, el Código Mexicano no se aparta de la tradición adoptada en otras legislaciones que lo reglamentan en forma muy semejante.

En primer lugar, se exige que la madre no tenga mala fama, porque cuando ésta, por su viciada conducta sexual precedente o por cualquier forma de degradación, no tiene ya interés en ocultar sus deslices, sería absurda la atenuación por el propósito de honor. Igualmente, es menester que haya ocultado su embarazo, ya que, si éste se ha hecho público por la exhibición de la previa gravidez, la muerte del infante podrá haberse inscrito en el Registro Civil, porque esta inscripción ha hecho público el misterio del nacimiento; éste debe ser clandestino; la penalidad de tres a cinco años está reservada a aquellas madres que cometen el homicidio de sus propios hijos para lograr se ignoren sus anteriores relaciones sexuales. Con el mismo objeto se exige que el infante no sea legítimo, pues cuando la concepción es matrimonial, el temor de la deshonra no puede existir en la madre; Garraud<sup>80</sup> afirma que al aplicar las leyes una sanción benigna en el infanticidio *honoris causa* cuando se trata de un hijo ilegítimo, lo hace como una protesta indirecta contra las leyes que dejan sin protección a la mujer engañada y abandonada, pues ningún legista ha pensado en justificar la atenuación de la pena por el solo hecho de que el recién nacido sea hijo ilegítimo. Sin embargo, Cuello Calón<sup>81</sup> manifiesta que no es preciso que la madre sea soltera, porque también se concibe la existencia del móvil de ocultar la deshonra en la mujer casada, verbigracia, la mujer que, largamente separada de su marido, ha concebido de adúlteras relaciones o la mujer casada que ha concebido antes de su matrimonio. Como el Código Mexicano expresamente menciona como requisito de este infanticidio la descendencia ilegítima, no podremos aceptar en todos sus extremos la justa observación del maestro español.

La llamada causa de honor para atenuar sensiblemente las penas a las madres infanticidas, sigue siendo necesario considerarla, especialmente dentro de grandes capas de la población. Sin embargo, no puede ignorarse que afortunadamente cada día la mayor libertad sexual, no sólo en los hombres sino en las mujeres, hace que no se vea necesariamente como un deshonor la maternidad de las solteras.

137. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS EN EL INFANTICIDIO.—Cuando la muerte de un recién nacido se ejecuta directa e inmediatamente por terceras personas extrañas al mismo, sin intervención alguna de sus ascendientes, según dijimos con anterioridad, el delito cometido será el

<sup>80</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo V, párrafo 1789.

<sup>81</sup> *Derecho Penal. Ob. cit.*, tomo II, pág. 439.

de homicidio con las calificativas que lo acompañen, dentro de ellas ineludiblemente la alevosía, consistente en emplear medios que no dan lugar a defenderse ni a evitar el mal que se quiere hacer. Pero cuando los terceros son simples partícipes en el infanticidio ejecutado por los ascendientes del recién nacido, entonces, de acuerdo con el artículo 13 del Código Penal y en atención al espíritu de los artículos 51 y 56 del mismo Ordenamiento, se les deberán aplicar las penas atenuadas del infanticidio genérico, pudiendo los jueces aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según sea su participación. La jurisprudencia española se inclina a una solución contraria a la que acabamos de expresar, porque considera a los que, no siendo ascendientes, cooperan en el infanticidio como cómplices de homicidio; no obstante, la legislación mexicana, en el Libro I del Código Penal, es explícita y ordena que a los partícipes del delito, que en este caso es infanticidio, se les aplique la pena dentro del mínimo y máximo fijado para el delito cometido, sin embargo, no siempre la aplicación, para los partícipes en el infanticidio, de la penalidad atenuada, nos parece equitativa, pues en ocasiones su participación es tan grave, que debería poderse aplicarles sanciones mayores.

*Si en el infanticidio tomare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de la libertad que les correspondan, se les suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión (art. 328 del Código Penal, ahora derogado).*

## CAPÍTULO XI

### ABORTO

(ARTS. DEL 329 AL 334 DEL C. P.)

#### TEMARIO

138. Breve exposición histórica del delito de aborto.—139. Tendencia de atenuación de la penalidad: su relación con el infanticidio.—140. Legislación comparada; proyectos legislativos.—141. La polémica del aborto; opiniones abolicionistas del delito.—142. Opiniones favorables a su conservación.—143. Opinión del autor: perdón judicial.—144. Conceptos de la palabra aborto.—145. Concepto obstétrico.—146. Concepto médico legal.—147. Conceptos jurídico-delictivos: delito de aborto propiamente dicho y delito de feticidio.—148. El aborto en la legislación de 1871.—149. El aborto en la legislación de 1929.—150. El aborto en la legislación vigente; definición; crítica a la denominación del delito; méritos de la noción del delito como feticidio.—151. Crítica de Emilio Pardo Aspe a la noción actual; hipótesis de la tentativa y del parto prematuro artificial.—152. Elementos del delito.—153. La muerte del producto durante la preñez como única constitutiva material; noción de la preñez; noción del nacimiento.—154. Presupuestos necesarios del elemento material; embarazo o preñez de la mujer y maniobra abortiva.—155. Elemento moral: intencionalidad o imprudencia criminales.—156. El aborto casual no delictuoso.—157. El aborto patológico no es delictuoso.—158. Hipótesis legales de abortos punibles; abortos practicados por terceros con o sin consentimiento de la madre; abortos procurados voluntariamente o consentidos por la madre; el *honoris causa*.—159. Abortos provocados no punibles.—160. Aborto por imprudencia de la mujer; derogación de las reglas generales.—161. Excusa absolutoria para el aborto en caso de violación.—162. Causa especial de justificación: aborto terapéutico.

138. El aborto provocado y su consecuencia ordinaria: muerte del feto, ha sufrido intensas transformaciones jurídicas en el transcurso del tiempo y en los distintos lugares; en un principio, impunidad absoluta; después, penalidad exagerada; posteriormente, atenuación de la sanción; en la época presente, vigorosa tendencia a declarar impunidad en los abortos efectuados a solicitud de la madre, en clínicas adecuadas, y por facultativos especialmente autorizados o, al menos, licitud de ciertos abortos por causas eugenésicas, de miseria, de familia numerosa, etc., siempre que se practiquen higiénicamente por especialistas facultados, no faltando quienes aboguen por estatuirlo como



obligatorio en algunos casos; estos son en esencia los grandes lineamientos de su evolución. En capítulo anterior hemos explicado cómo la tendencia de atenuación, mayor en este delito, se ha desarrollado paralelamente a la de infanticidio (Ver antes núms. 117 y 118).

En las leyes de la antigua India, Código de Manú, cuando una mujer de casta muy elevada caía en falta con un hombre de casta muy baja, se daba muerte al hijo, sea provocando el aborto o por el suicidio de la madre; este aborto obligatorio tenía el propósito de mantener la pureza de la sangre en las castas elevadas, castigando severamente la infidelidad de la mujer, cometida contra su casta; la creencia justificadora de este aborto era eugenésica. Salvo ciertas prohibiciones, en Grecia no se miraba el aborto como deshonesto; los filósofos hablaban de su práctica como un hecho natural. En Roma, según Mommsen,<sup>82</sup> durante los primeros tiempos fue considerado como grave inmoralidad el aborto provocado de un feto; sin embargo, ni en la época republicana ni en la primera del Imperio fue calificada de delito dicha acción; según las leyes regias, era permitido al marido practicar el aborto de su mujer como derivación del concepto patrimonial sobre los hijos. Hasta la época de Severo no se le sometió a sanción penal, y entonces se hizo así de hecho, por modo extraordinario, aunque invocando para ello la ley del envenenamiento; la pena que se imponía era la de confiscación y destierro, salvo el caso en que el aborto hubiese originado la muerte de la mujer, pues entonces se llegaba hasta la pena capital." En el Digesto la mujer era castigada con el destierro.

Con el cristianismo comenzó a verse en el aborto un verdadero delito, salvo que el Derecho Canónico, imbuido en las teorías anímicas, distinguió la muerte del feto vivificado, con alma, y la del feto en que no residía ésta; para establecer la distinción se decía que el embrión se animaba de seis a diez semanas después de la concepción, según el sexo; cuando el aborto causaba la muerte del feto provisto de alma, la penalidad era la muerte, porque la acción condenaba al limbo un ánima no redimida por las aguas del bautismo; en caso contrario, las penas eran inferiores, pecuniarias generalmente, salvo en las Partidas, en que se desterraba al abortador a una isla por cinco años. (Partida VII, tit. VIII, ley 8ª). Conforme el edicto de Enrique II de Francia, se castigaba con muerte a las mujeres por el solo hecho de ocultar su embarazo; este edicto fue renovado durante el siglo XVIII por los Luises.

En la antigua legislación de España, el Fuero Juzgo castigaba con muerte o ceguera a los que mataban a sus hijos antes o después del nacimiento, así como a los que proporcionaban hierbas abortivas (Libro

<sup>82</sup> *Derecho Penal Romano. Ob. cit., tomo II, pág. 115.*

VI, tít. III, leyes 1ª y 6ª). Las Partidas, como antes expresamos, siguieron la distinción canónica sobre la animación del feto, con penalidad de muerte o de destierro en sus casos. En las codificaciones españolas del siglo XIX no se establece distinción en cuanto a la edad intrauterina del producto de la concepción.

139. En el siglo XVIII se inició enérgico movimiento intelectual en contra de la severa penalidad del aborto. El pensamiento de Beccaria, protestando contra las penas del infanticidio, introdujo también en el aborto la atenuación. "Quien se halla entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir, ¿cómo no ha de encontrar preferible ésta a la miseria segura a que se verían reducidos ella y el infeliz fruto?" Todas las legislaciones actuales han aceptado con mayor o menor intensidad la disminución de la pena. La atenuación ha sido mayor en aborto que en infanticidio, porque, como expresábamos en el capítulo anterior, aun cuando ambos pueden reconocer las mismas causas, el bien jurídico protegido a través de la sanción tutelar penal es distinto; el feto o embrión, cuya muerte o disociación es el objeto deseado por el que hace abortar, pertenece a la especie humana, pero no es todavía un hombre sino una esperanza, una simple expectativa incierta en su realización por depender de los peligros de la continuación del embarazo y del nacimiento. En cambio, el nacimiento proporciona al producto de la concepción la verdadera personalidad humana biológica y jurídicamente considerada, porque la fisiología del recién nacido, tributaria de la madre durante la vida fetal, es ya autónoma respecto a la fisiología materna. La vida del infante es un bien jurídico de mayor categoría que la vida en gestación; la conciencia de la especie es más enérgica mientras mayor identidad existe con el ser a quien se dirige; por eso la transgresión efectuada por el infanticida es más grave que la del abortador; aquél representa mayor peligro para la comunidad que éste, porque viola normas superiores de solidaridad humana. Sin embargo no creemos que la impunidad del aborto debe ser necesariamente la mejor forma de impedir futuros infanticidios para maternidades no deseadas; preferible es en todo caso, para que la maternidad sea libre y conscientemente determinada, el uso de los modernos métodos anticonceptivos.

140. En Francia, se señalaba reclusión como pena del aborto (art. 317 del Código Penal Francés); la ley de 27 de marzo de 1923 sustituyó la reclusión por prisión de seis meses a dos años y multa para la mujer que practique sobre su persona o permita se le practique el aborto. En Alemania, la sanción de reclusión (art. 218 del Código

para la protección de sus intereses; pero la protección de intereses contra la voluntad del interesado encierra una contradicción.

142. Contra los anteriores argumentos abolicionistas, el mismo Cuello Calón<sup>84</sup> esgrime en esencia las siguientes razones: a) es cierto que el hombre tiene derechos sobre sí mismo, pero éstos no son ilimitados, no son absolutos, sino que se hallan más o menos circunscritos por los derechos de los demás hombres y por los de la colectividad; el derecho de disponer de sí misma que puede tener una mujer, no es absoluto y sin limitación alguna; se halla circunscrito por el respeto debido al fruto de la concepción, por ser éste una esperanza de vida, un ser, un hombre futuro; b) es cierto que el aborto muy pocas veces llega al conocimiento de la justicia, pero no nos es dado conocer el número de personas que, intimidadas por la pena, se hayan abstenido de practicarlo; c) la razón demográfica, impedir la despoblación de ciertos países, explica en ellos su sistema represivo del aborto; d) el aborto representa un serio peligro para la salud y la vida de la mujer, aun en aquellos casos en que se practique higiénicamente; e) la supresión del aborto como delito aumentaría considerablemente el número de abortos artificiales.<sup>85</sup>

Por su parte, Jiménez de Asúa,<sup>86</sup> en su ensayo *Aspectos jurídicos de la eugenesia y de la selección*, después de rápido y atrayente estudio, al preguntar si debe permitirse el aborto voluntario, se responde: "Las mujeres que no quieran ser madres pueden acudir a otros medios; pero, concebido el ser, no debe autorizarse su destrucción más que en los casos en que se reclame por una necesidad salutífera o por móviles sentimentales de poderosa índole." Álvarez García Prieto,<sup>86</sup> en las conclusiones de su monografía *El aborto, ¿es un crimen?*, propone una reglamentación en que se reprima la inducción al aborto hecha por anuncios, folletos, libros, conferencias, etc., y se declare legal el aborto consecutivo al caso de violación. César Ducharme,<sup>87</sup> con valiente criterio comunista, propone: amnistía para las mujeres condenadas por aborto; derecho a las obreras para hacerse abortar gratuitamente en los tres primeros meses del embarazo, a costa del Estado, en los establecimientos públicos y por médicos especialistas; enseñanza en las Facultades de los más modernos métodos de aborto; represión de los abortadores no autorizados legalmente; y termina reproduciendo las pala-

<sup>84</sup> *Cuestiones penales relativas al aborto*. Ob. cit., págs. 39 a 66.

<sup>85</sup> *Aspectos jurídicos de la eugenesia y selección. Libertad de amar y derecho a morir*. Ob. cit., pág. 100.

<sup>86</sup> *El aborto, ¿es un crimen?* Reus, Madrid, 1925.

<sup>87</sup> *L'avortement*. París, 1933.

bras del Comisario de Salubridad de la U.R.S.S.: "Queremos que los recién nacidos sean deseados, que los niños sean atendidos con placer y que sean bien venidos al banquete de la vida."

143. Cualquiera que sea la conclusión que se adopte en la polémica, lo que parece indudable es que el aborto es un mal social de extrema gravedad por su incesante acrecimiento y porque lesiona diversos intereses preciosos: la vida en formación, los derechos que a la maternidad tiene la mujer cuando el aborto se realiza sin su consentimiento, la esperanza de descendencia en el padre, el instinto de conservación demográfica en la colectividad. Además, el aborto revela generalmente en sus autores ausencia de sentimientos de piedad, en el sentido que otorga a esta palabra Garofalo. Sin embargo, siendo cada día más frecuente, se ha ido debilitando el sentimiento de repulsión que provoca, especialmente si se causa por sentimientos altruistas o por egoístas menos antisociales, como la razón de miseria, la de familia numerosa, la de ocultación de un desliz y la de propósito eugenésico por temor a taras hereditarias graves. Por otra parte, es innegable el fracaso del Derecho para prevenirlo por la represión; ésta fomenta la maniobra clandestina con sus peligros; la madre, ante el temor de la ley, acude a abortadores empíricos, poco escrupulosos y llenos de codicia, que exponen la vida de la mujer. En la imposibilidad presente de encontrar una fórmula que solucione *a priori* satisfactoriamente los problemas de los abortos egoaltruistas, especialmente los que reconocen como móvil la profunda miseria económica o un deseo piadoso de impedir el advenimiento de un nuevo ser con graves taras mentales o corporales, debería, a lo menos, hacerse más elástica la represión con instituciones, como la del perdón judicial, para casos humanos justificables. Sin embargo, insistimos en que ante el problema de las maternidades no deseadas es preferible al aborto el evitar la concepción, sea por la utilización de métodos mecánicos anticonceptivos, por el uso de los modernos fármacos también anticonceptivos y aun por la práctica de la esterilización masculina o femenina. En último caso, sin emitir juicios de valoración ética, es preciso admitir ante la impunidad en que de hecho se encuentra en general el delito de aborto, la licitud de su práctica en clínicas o por médicos autorizados para su realización con todas las precauciones profilácticas adecuadas. Todas estas medidas son preferibles a la inmensa cantidad de abortos clandestinos que con grave riesgo de la mujer se realizan constantemente. En todo caso se trata de males menores que los del aborto clandestino. Pero, tal como ya lo expresamos al examinar el delito de infanticidio, sería plausible, para evitar este delito y el aborto, favorecer socialmente aquellas reformas

tendientes a la obtención de una maternidad libre, consciente y preparada económicamente: educación sexual correcta y oportuna, uso voluntario de los anticonceptivos, posibilidad de investigación de la paternidad, supresión de la sanción penal para la exposición de menores, incremento de las instituciones benéficas para expósitos, estricto cumplimiento de las disposiciones del art. 123 de la Constitución sobre trabajo de embarazadas y parturientas, y sobre todo, equitativa organización económica e intensa propaganda contra el prejuicio de la maternidad extramatrimonial.

144. CONCEPTOS DE LA PALABRA ABORTO.—Tres diversas significaciones puede tener la palabra aborto: a) la obstétrica; b) la médico-legal; y c) la jurídico-delictiva.

145. a) En obstetricia, por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea hasta el final del sexto mes del embarazo; la expulsión en los tres últimos meses se denomina parto prematuro, por la viabilidad del producto. Desde cierto punto de vista, el concepto médico obstétrico es más amplio que el concepto jurídico-delictivo, porque aquél no toma en cuenta como éste la causa del aborto; el ginecólogo denomina aborto, tanto al espontáneo por causas patológicas, como al provocado: terapéutico o criminal. Desde otro punto de vista, el lenguaje obstétrico es más restringido, porque se refiere a la época de no viabilidad del feto. Este concepto médico no tiene aplicación jurídica.

146. b) La medicina legal —disciplina que pone al servicio del Derecho las ciencias biológicas y las artes médicas— limita la noción del aborto a aquéllos que pueden ser constitutivos de delito, es decir, a los provocados, a los que se originan en la conducta intencional o imprudente del hombre; la medicina legal no atiende ni a la edad cronológica del feto ni a su aptitud para la vida extrauterina o viabilidad. Garraud<sup>88</sup> dice: "El aborto es la expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción." Tardieu,<sup>89</sup> en definición que se ha hecho clásica, expresa: "El aborto es la expulsión prematura, violentamente provocada, del producto de la concepción, independiente de todas sus circunstancias de edad, de viabilidad y aun de formación regular." Estas definiciones son incompletas, porque no prevén la muerte del feto dentro del claustro materno. Lacassagne<sup>89 bis</sup> basa el delito en "la intervención voluntaria que determina la muerte

<sup>88</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo V, párrafo 2018.

<sup>89</sup> *Étude médico-légale sur l'avortement*. Paris, 1881, pág. 4.

<sup>89 bis</sup> Definición tomada de su *Précis de médecine légale*. Paris, 1906.

o la expulsión del producto, modifica o suspende el curso normal del embarazo". Cuello Calón,<sup>90</sup> para comprender la expulsión prematura del feto y su muerte dentro del claustro materno, enseña: "La destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos de la preñez."

147. c) La noción del delito en las diversas legislaciones presenta variantes: algunas definen o reglamentan la infracción, entendiendo por ella la maniobra abortiva (delito de aborto propiamente dicho), sin fijarse directamente en que dé o no por consecuencia la muerte del feto. Este era el sistema del Código Mexicano de 1871. Otras legislaciones, entre ellas la mexicana vigente, definen el delito por su consecuencia final, por la muerte del feto (delito de aborto impropio o delito de feticidio); la maniobra abortiva es apenas un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista: aniquilamiento de la vida en gestación. Este es el sistema más sincero y racional, porque lo que desean teleológicamente el abortador o la abortada, salvo casos de excepción, es la muerte del feto; es ese el objeto del delito, en él radica la intencionalidad y no en la maniobra abortiva, que es simplemente el modo de ejecución del propósito. Nótese que en esta explicación hemos empleado la palabra feto en su significado amplio (embrión, huevo o feto).

148. EL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN DE 1871.—El Código Penal de 1871 era el único en el mundo que proporcionaba una definición del delito de aborto. Entendía por tal, no el feticidio o muerte del producto, sino la maniobra abortiva (delito de aborto propiamente dicho). *Llábase aborto en Derecho Penal: a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad. Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas del aborto* (art. 569 del Código Penal de 1871).

"Como no falta —dice Martínez de Castro<sup>91</sup> en la *Exposición de Motivos*— quien crea lícito hacer abortar a una mujer cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, que es a lo que se da hoy el nombre de parto prematuro artificial, se creyó necesario declarar expresamente que ese caso está comprendido bajo el nombre de aborto y sujeto a las mismas penas, porque siempre hay peligro de que perezca la madre, el hijo o ambos. Pero en atención a que el delito se dis-

<sup>90</sup> *Cuestiones penales relativas al aborto. Ob. cit.,* pág. 68.

<sup>91</sup> *Exposición de Motivos. Ob. cit.,* pág. 57.

minuye mucho cuando se logra salvar a la madre y al hijo, se consulta en el Proyecto que entonces se reduzca la pena a la mitad."

Dentro del sistema del mismo Código, por disposición expresa, sólo era punible el aborto consumado; se declaraban no punibles el efectuado por necesidad y el causado sólo por imprudencia de la mujer. El *honoris causa* se penaba en forma atenuada; en el causado por terceros no se distinguía si éstos obraban o no con consentimiento de la madre (arts. 70 y siguientes del Código Penal de 1871).

149. EL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN DE 1929.—Se conservó la antigua definición, agregándole un nuevo elemento eminentemente subjetivo, consistente en que la extracción o expulsión se hiciera "con objeto de interrumpir la vida del producto". De esta manera se iniciaba la transición al delito de feticidio; pero la reforma resultó inútil porque agregaba: "Se considerará siempre que tuvo ese objeto el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo" (art. 1000 del Código Penal de 1929). El aborto no era punible ni en grado de tentativa ni cuando se debía a imprudencia de la mujer.

Reforma importante era la de que no se señalaba sanción alguna para las mujeres abortadas. Probablemente los legisladores de 29 quisieron conseguir con este sistema que las mujeres denunciaran a sus coautores, o probablemente, imbuidos de la moderna teoría, consideraron que el aborto consentido por la madre no es delito. Sin embargo, es de dudar que éstos hayan sido los objetivos, porque conforme a la juiciosa información crítica de Carlos Franco Sodi,<sup>92</sup> más bien se trata de uno de los frecuentes olvidos de la Comisión Redactora, ya que en el artículo 1003 se declaraba no sancionable el aborto causado sólo por imprudencia de la embarazada; esta regla, redactada en forma de excepción, hacía esperar la pena para la mujer en los demás casos. Además, si el aborto consentido no es punible para la mujer, resulta injusto reprimir a los partícipes de un delito inexistente.

150. EL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.—El Código Penal, en relación con este capítulo correspondiente al aborto, fue reformado, en parte, por el Artículo Primero del Decreto publicado en la "Gaceta Oficial" del D. F. de fecha 24 de agosto del 2000, en vigor al día siguiente.

El delito no se define, como en los Códigos anteriores, por la maniobra abortiva (delito de aborto propiamente dicho), sino por su consecuencia final: muerte del feto (delito de aborto impropio o delito de feticidio). *Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez* (art. 329 del Código Penal).

<sup>92</sup> *El aborto*. (Estudio inédito.)

Desde luego, la denominación de aborto dada al delito es falsa, porque no responde a su contenido jurídico; hubiera sido preferible emplear la lexicografía precisa: delito de feticidio. Independientemente de este error en la nomenclatura, la noción actual es preferible por clara, racional y sincera; en efecto, el objetivo doloso de la maniobra no es otro que atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad; los bienes jurídicos protegidos a través de la sanción, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la madre, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. La acción antijurídica puede reconocer como posibles sujetos pasivos, aparte del huevo, embrión o feto, a la madre cuando no ha prestado su consentimiento, al padre y a la sociedad; el atentado consiste en la supresión de la maternidad en gestación, es decir, en la muerte del producto de la concepción. Para la integración del delito no interesa cuál haya sido el vehículo de esa muerte, ni interesan las maniobras de expulsión o de extracción o de destrucción del feto (huevo, embrión o feto propiamente dicho); la consecuencia de muerte es el fenómeno importante. Estos fueron los razonamientos por los que el autor de este libro propuso esta definición a la Comisión Redactora del Código Penal de 1931.

151. Como respetable opinión en contra de la noción legal de aborto (feticidio) en el Código de 31, podemos citar la del profesor de nuestra Facultad, Emilio Pardo Aspe, quien critica la actual definición por no comprender aquellos abortos en que el producto se logra para la vida externa. Sin embargo, objetamos, la casi totalidad de los abortos provocados criminalmente acontecen en los seis primeros meses del embarazo, muriendo indefectiblemente el producto por no ser viable; además, cuando los agentes del delito, con propósito de suprimir la vida del feto viable en los últimos meses de la preñez, efectúan las operaciones químicas o mecánicas y consiguen su expulsión, naciendo el nuevo ser vivo por causas ajenas a su voluntad, como la intervención de terceros que impiden su muerte, se reúnen los requisitos de la tentativa, resultando el hecho punible conforme a los artículos 12 y 63 del Código Penal; esto es posible, porque el Código vigente, con gran acierto, suprime la antigua regla que limitaba la punibilidad del delito a la figura consumada; ahora pueden aplicarse las reglas generales del grado de tentativa. Por otra parte, es cierto que la intención de matar al producto es un elemento subjetivo difícil de comprobar si no es por sus manifestaciones externas. El mismo profesor Pardo Aspe propone un caso en que su crítica es incontrovertible: una embarazada, sin propósito de causar la muerte del feto, es más, to-



mando todo género de precauciones para asegurar su vida externa, se provoca un aborto prematuro con vida del niño; el único objeto de la acción expulsora era evitarse las molestias de la continuación del embarazo; el niño, por no ser de término, adolece de debilidad, que, si no le causa la muerte en la primera infancia, lo acompañará toda su vida, y el hecho resulta impune a pesar del perjuicio individual y colectivo. Así es, en efecto, pero la contraria, la sanción del parto prematuro por sí mismo, nos llevaría a impedir los partos a hora fija, reconocidos actualmente como útiles en el mundo médico.

(152. Los elementos del aborto-feticidio, son: a) el externo o material: muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez; y b) el interno o moral: culpabilidad intencional o imprudente del sujeto activo.)

153. a) La única constitutiva material del delito es la muerte del producto durante la preñez. El fenómeno biológico de la preñez o gestación se inicia en el instante mismo de la concepción, por la fecundación que hace el espermatozoide del óvulo femenino, y termina con el nacimiento regular del producto o con su expulsión o destrucción prematura. En la práctica no es posible determinar con exactitud la iniciación de la preñez, hasta en tanto que pueda establecerse un verdadero diagnóstico clínico por la observación, auscultación y palpación de la mujer, o las pruebas de laboratorio. La primera manifestación clínica importante es la cesación de las reglas, pero este dato se presta a equivocaciones. Para el estudio del nacimiento véase antes en el capítulo de infanticidio el número 129.

En la integración de esta constitutiva poco interesa la edad cronológica del producto de la concepción: huevo, embrión o feto; tampoco interesan las circunstancias de su formación regular o irregular o su falta de aptitud para la vida externa; Tardieu, en su definición anteriormente inserta, lo ha hecho notar con gran claridad de expresión. Basta comprobar médico-legalmente que el producto vivió y fue muerto.

154. Pero si la muerte del producto es la única constitutiva material del delito, ella implica lógicamente los siguientes presupuestos necesarios:

1. Embarazo o preñez de la mujer. La maniobra de pretensión abortiva practicada por error en mujer no preñada, constituye el delito imposible de aborto, sancionable como tentativa si se reúnen los

requisitos de ésta (véase antes núm. 131 en el capítulo de infanticidio, exactamente aplicable al aborto). Si dichas maniobras alteran la salud o causan la muerte de la mujer, puede estarse en presencia de los delitos de lesiones u homicidio.

2. Maniobra abortiva, en el amplio significado médico-legal de la frase, en otras palabras, la mecánica de realización del delito, que puede consistir en la extracción violenta y prematura del producto, su expulsión provocada o su destrucción en el seno de la madre. El aborto puede cometerse por la ingestión de sustancias abortivas, tales como cornezuelo de centeno, ruda, sabina o ciertos venenos minerales que producen profundos trastornos en la fisiología materna; o por maniobras físicas, como dilatación del cuello de la matriz, sondeos, punción de las membranas del huevo o desprendimiento de las mismas, etc.

155. c) El elemento moral del delito: intencionalidad o imprudencia criminales, se regula conforme a los artículos 8 y 9 del Código Penal. En lo que concierne a la intencionalidad, es exactamente aplicable al aborto-feticidio lo que anteriormente se dijo en los números 11 y 42 de los capítulos de lesiones y homicidio.

156. El aborto casual, en que se destruye la presunción de intencionalidad y no se obtiene prueba alguna de un estado culposo imprudente, no es punible por ausencia del elemento moral; es cierto que la fracción X del artículo 15 del Código penal menciona como excluyente de responsabilidad causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas; pero, en puridad técnica, más que de una excluyente se trata de inexistencia del delito por ausencia del elemento subjetivo.

157. Por las mismas razones, el llamado aborto patológico, o sea aquel efectuado espontáneamente como resultado de la especial constitución física de la madre o de sus enfermedades, sífilis, tuberculosis, afecciones renales, etc., es un fenómeno ajeno a las disciplinas del delito.

158. El Código vigente en la reglamentación de los abortos punibles, sigue este orden:

a) Aborto practicado por tercero con consentimiento de la madre. De acuerdo con la primera parte del artículo 330 del Código Penal, se aplicará al abortador, sea cual fuere el medio que empleare, de uno a tres años de prisión.

b) Aborto practicado por tercero sin consentimiento de la madre. La segunda parte del mismo artículo 330 señala como pena de tres a seis años de prisión.

c) Aborto practicado por tercero mediando violencia física o moral. La parte final del citado precepto señala sanción de seis a ocho años de prisión. Aquí, el delito se comete, no por sorpresa, no sólo en ausencia de la voluntad de la madre, sino forzándola corporalmente o por la intimidación para realizar la maniobra abortiva.

Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las anteriores sanciones, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión, conforme al artículo 331 del Código Penal.

d) Aborto procurado voluntariamente o consentido por la madre. Se aplicará a ésta, como regla general, de uno a tres años de prisión (art. 332 del Código Penal).

e) El delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado (art. 333 del Código Penal).

159. ABORTOS NO PUNIBLES.— El Código Penal, dentro del capítulo de aborto, enumera cuatro distintas formas provocadas declarándolas no punibles, a saber:

160. a) Aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial no consentida (art. 334, fracción I del Código Penal). Durante la Gran Guerra, en Francia fueron absueltas varias mujeres reos de aborto, y aun de infanticidio, que alegaron como motivo del delito su previa violación por soldados enemigos. Según Jiménez de Asúa,<sup>93</sup> en la interrupción del embarazo para librar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental; hasta noble, pero egoísta, es decir, personal: "esta especie de aborto va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consciente". En este caso, en el de violación —dice Cuello Calón—, yo no dudo en admitir

---

<sup>93</sup> *Libertad de amar y derecho a morir. Ob. cit.,* pág. 94.

la legitimidad del aborto. "Nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida."

La excusa absolutoria del aborto por violación previa supone la demostración evidente de atentado sexual; pero éste debe establecerse, para los efectos de la no punibilidad del aborto, por el juez que conoce de la causa, sin que se necesite previo juicio de los responsables del delito de violación. Este comentario es aplicable, por razones obvias a la inseminación artificial no consentida.

161. b) Aborto por estado de necesidad o terapéutico. *No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora* (art. 334, fracción II del Código Penal).

La causa especial de justificación del aborto por un estado de necesidad, deriva de un conflicto entre dos distintos intereses protegidos ambos por el Derecho: la salud e incluso la vida de la madre y la vida del ser en formación. Cuando la embarazada, víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación, como ciertas formas de la tuberculosis, vómitos incoercibles, afecciones cardíacas o males renales, se encuentra en peligro de perecer de no provocarse un aborto médico artificial con sacrificio del embrión o del feto, la ley mexicana resuelve el conflicto autorizando al médico para que, a su juicio, y oyendo el dictamen de otro facultativo, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, provoque el aborto.

La iglesia católica se opone a la embriotomía por estado de necesidad, imponiendo a la mujer como obligación una maternidad heroica con peligro de su misma vida si es menester, fundándose originalmente en consideraciones espirituales sobre la redención del nuevo ser. El Derecho, ante el conflicto de bienes, ante lo inevitable de sacrificar una vida para que la otra se conserve, ante este estado de necesidad, debe resolverlo protegiendo la vida más importante para la sociedad, que objetivamente es la de la madre, de la que generalmente necesitan otras personas, como sus anteriores hijos o familiares.

Algunos opinan que el aborto terapéutico no debe practicarse sin que el médico obtenga previamente el consentimiento de los padres. La ley mexicana claramente confía la solución del conflicto al juicio de la única persona capacitada por sus conocimientos técnicos, el médico. "Demandar —dice Jiménez de Asúa—<sup>94</sup> el consentimiento de los

<sup>94</sup> *Libertad de amar y derecho a morir. Ob. cit.,* pág. 91.

padres para la práctica del aborto científico me parece un escrúpulo exagerado y casi contraproducente. El desmedido amor maternal puede hacer que la madre prefiera morir ella a que impidan el nacimiento de su hijo, y un móvil concupiscente puede guiar al marido, que, para asegurar la transmisión de una cuantiosa herencia de su esposa, opte por la muerte de ella mejor que por el despedazamiento del futuro sucesor. Cuando el médico constate un verdadero caso de peligro para la vida de la madre y no haya medio hábil para practicar una pubiotomía o una cesárea sin riesgo, debe apelar al otro procedimiento, sin previa autorización de los padres. Lo que hace el médico es dirimir un estado de necesidad, en que no es preciso consentimiento alguno de las partes cuando se salva un interés superior, como es la vida de la madre, que prepondera sobre la existencia del feto." A estas claras razones podemos agregar otra de índole psíquica; si se confía a los padres la resolución del conflicto, cualquiera que sea su determinación, gravarán permanentemente su consciencia con la cruel decisión tomada de sacrificar a un ser familiar.

162. c) No se aplicará sanción: cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presente alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada (art. 334 fracción III del Código Penal).

Aquí se debe de considerar dos situaciones: que quede debidamente sustentado el diagnóstico de los dos médicos especialistas y que se compruebe fehacientemente que la mujer embarazada otorgó su consentimiento para llevar al cabo el aborto correspondiente.

163. d) No se aplicará sanción cuando el aborto sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada. (art. 334, fracción IV)

Esta causa especial de impunidad derogativa de las reglas generales aplicables para los delitos por imprudencia, se funda en la consideración de que cuando la mujer por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría inequitativo castigarla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al cancelarse, sus esperanzas de maternidad.

Por último, en los casos contemplados en las fracciones I, II y III los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

## CAPÍTULO XII

### ABANDONO DE PERSONAS

(ARTS. DEL 335 AL 343 DEL C. P.)

#### TEMARIO

163. Enumeración de los delitos de abandono de personas.—164. Rasgo común y diferencias.—165. Crítica a su clasificación como delitos contra la vida e integridad corporal.—166. Los abandonos de personas como delitos de peligro.—167. Concurrencia de los abandonos con lesiones y homicidio.—168. Imposibilidad, de hecho, de la tentativa de abandono.—169. Abandono de hogar; crítica a su denominación.—170. Abandono de hijos, español, y abandono de familia, francés.—171. El abandono de hogar en la ley de relaciones familiares; crítica.—172. El mismo en el Código Penal de 1929; crítica.—173. Legislación vigente; sujetos activos y pasivos; elemento material del abandono de hogar; forma de persecución; perdón condicionado.—174. Abandono de niños o enfermos; sujetos pasivos y activos; crítica; materialidad de la infracción; otros delitos especiales de abandono.—175. Omisión de auxilio a los que se encuentran en peligro.—176. Abandono de víctimas por atropellamiento.—177. Exposición de menores; dos formas de delito.—178. Exposición por ascendientes o tutores; crítica.—179. Exposición por personas a quienes hubiere sido confiado el menor.

163. Cinco diversas formas de delito están contenidas en el capítulo VII, título XIX, Libro II del Código Penal, bajo la denominación general de "Abandono de personas". Las cinco figuras delictivas, enumeradas por razón de método en orden diverso al adoptado por el texto vigente, son: 1. Abandono de hogar; 2. Abandono de niños o enfermos; 3. Omisión de auxilio a los que se encuentran en peligro; 4. Abandono de víctimas por atropellamiento; y 5. Exposición de menores.

164. El rasgo común de los distintos delitos de abandono es la situación de desamparo más o menos grave en que se coloca a ciertas personas en estado de necesidad. Las diferencias entre los tipos enumerados se establecen examinando los posibles sujetos activos o pasivos de la infracción, la forma de realización de cada uno de los delitos, la

posibilidad de sus consecuencias lesivas y, sobre todo, observando las distintas clases de desamparos previstos en las especiales definiciones; en abandono de hogar, el desamparo de los familiares es primordialmente económico: incumplimiento de las prestaciones alimentarias; en el abandono de niños o enfermos, el desamparo consiste en la violación de los deberes de custodia; en los abandonos de personas en estado de peligro y de atropellados, el desamparo radica en la ausencia de oportuno auxilio personal; por fin, en la exposición de menores, el desamparo es moral.

165. La clasificación de los abandonos como delitos contra la vida e integridad corporal, es incorrecta, porque si bien algunos de ellos pueden producir como consecuencia final del desamparo una alteración de la salud y aun la misma muerte, los daños de lesiones u homicidio no son constitutivos de los abandonos. Estos se sancionan formalmente, por sí mismos, cuando reúnen los elementos especiales de sus distintas definiciones, sin esperar a que, como resultado final, se registre un daño fisiológico a la integridad de las personas. Es más, uno de estos delitos, la exposición de menores, presupone la entrega del niño en una casa de expósitos, excluyendo toda posibilidad de daño corporal al sujeto pasivo, por recibir éste inmediata asistencia, en ocasiones superior a la que le daban sus incumplidores padres o custodios (véase antes núm. 3).

166. Por la ausencia de daño inmediato y por la posibilidad grave de que éste se origine, los delitos de abandono caben dentro del grupo denominado *delitos de peligro*. Binding —según el comentario de Eugenio Florian—,<sup>95</sup> desde el punto de vista de las relaciones entre el acto punible y los bienes jurídicos penalmente protegidos, clasifica en tres grupos las normas prohibitivas según la finalidad de la tutela realizada mediante las mismas: prohibiciones de violación; prohibiciones de peligro y simples prohibiciones (a cuya violación corresponden los delitos lesivos o de daño, los delitos de peligro y las faltas). “Las primeras vedan el que se produzca una variación en el mundo exterior dañino a los bienes jurídicos; las segundas prohíben determinadas acciones en cuanto éstas entrañan el peligro de convertirse en causas de un determinado resultado lesivo. Tal distinción corresponde precisamente al concepto de que los bienes jurídicos penalmente protegidos pueden, mediante los delitos, resultar directamente lesionados o simplemente colocados en una condición de peligro. La lesión es un daño efectivamente causado al bien jurídico. El peligro es la posibilidad de daño.”

<sup>95</sup> *Parte general del Derecho Penal. Ob. cit.,* tomo I, pág. 390.

167. Los abandonos de personas, potencialmente peligrosos, se sancionan en sí mismos con el propósito de prevenir males posteriores en la persona de los abandonados. Para una mejor explicación distinguiremos en ellos dos diversas clases de consecuencias: a) unas inmediatas, apreciables rápida y fácilmente, que, según el tipo del abandono, pueden ser el desamparo económico, el desamparo moral o la omisión de auxilio; todas ellas revelan por sí solas los propósitos del autor y son suficientes para integrar el delito; y b) otras teleológicas, finalistas, como las lesiones consecutivas al abandono, que, a la inversa de las anteriores, pudieron no ser *queridas* por el sujeto activo. Además, el artículo 339 previene que si del abandono de niños o enfermos o del abandono de hogar *resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan.*

La tarea del juzgador deberá limitarse, cuando no se cause un daño constitutivo de otra infracción, a investigar y comprobar las constitutivas características del tipo del delito de abandono de personas de que se trate, aplicando la sanción formalmente y regulando su arbitrio por el menor o mayor peligro corrido por la víctima. Pero cuando el sujeto pasivo del abandono sufre una consecuencia lesiva catalogada también como delito —lesiones u homicidio—, entonces la pesquisa judicial deberá encaminarse a buscar las constitutivas de la nueva infracción y a aplicar en sus casos las reglas del artículo 339 y las de acumulación o concurrencia de infracciones a que se refieren los artículos 58 y 64 del Código Penal.

168. Los delitos de abandono de personas, de hecho, son de aquellos que no pueden realizarse en grado de tentativa, porque es muy difícil averiguar la intención finalista, el propósito definitivo, que anima al transgresor, y porque siendo los actos preparatorios en las omisiones oscuros y confusos, sería muy aventurado determinar a través de ellos una definida intención criminal.

169. ABANDONO DE HOGAR.—Este delito, abandono de hogar, ha sido tradicionalmente mal denominado en las legislaciones mexicanas. El nombre es impropio, porque ni el bien jurídico protegido ni el sujeto pasivo de la infracción pueden ser el simple concepto de hogar. El delito lesiona directamente al cónyuge o a los hijos abandonados, o sea aquellos en quienes se produce el desamparo que les causa uno de los titulares de la familia. La denominación adecuada sería: abandono



de familiares, puesto que éstos son los sujetos pasivos de la infracción. Sin embargo, en el curso de esta exposición, seguiremos la denominación legal que, aunque impropia, es ampliamente conocida.

Afortunadamente, el legislador, acorde con la opinión del autor, ha modificado la denominación, por el de abandono de cónyuge e hijos. (Véase el 173 siguiente).

170. En el Código Español de 1870 reformado, el artículo 578, apartado 5º, como falta contra las personas, se reprime con cinco o quince días de arresto o represión a los padres de familia que abandonaren a sus hijos, no procurándoles la educación que sus facultades permitan. En Francia, con posterioridad a nuestra Ley de Relaciones Familiares, por ley de 7 de febrero de 1924, reformada en 3 de abril de 1928, se creó un delito especial denominado abandono de familia, destinado a reprimir a los que violen sus obligaciones alimentarias para con los esposos, ascendientes o descendientes, en los casos legales; la principal diferencia con el Derecho Mexicano estriba en que, en el francés, para la imposición de la penalidad es menester una previa declaración judicial que decrete la pensión por alimentos, debiendo el incumplimiento efectuarse por más de tres meses.

171. En el cuerpo de leyes mexicano el abandono de hogar es un delito de creación relativamente reciente; el Código de Martínez de Castro no lo incluyó en su catálogo de delitos. El primer antecedente lo encontramos en la Ley de Relaciones Familiares, de fecha 12 de abril de 1917, que en su artículo 74 reprimía con prisión de dos meses a dos años al esposo que abandonase a su esposa y a sus hijos sin motivo justificado, dejando a aquélla o a éstos o a ambos en circunstancias afflictivas; el mismo precepto creaba una especial causa de extinción de la acción penal y de la pena en el caso de que el esposo pagase todas las cantidades que dejó de ministrar y diese fianza para lo sucesivo. El único sujeto activo posible del delito era el esposo; las víctimas podían ser o la esposa o los hijos, pero como, tratándose de estos últimos, el abandono debía ser causado por el esposo como sujeto activo, resultaba que sólo gozaban de protección legal los hijos nacidos de matrimonio, es decir, los legítimos. El imprevisto desamparo de los hijos naturales representaba una contradicción con el espíritu de la ley que tendía a equipararlos con los legítimos. Además, el cónyuge varón era el único reprimido por el incumplimiento de sus obligaciones familiares, siendo así que la mujer tenía y tiene obligación subsidiaria alimenticia; esta

nueva contradicción no se compadecía con las consideraciones preliminares de la ley: "Los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos." Por otra parte, no será nunca suficientemente criticada la costumbre legislativa mexicana de incluir delitos especiales dentro de ordenamientos de carácter civil y de encomendar su redacción a personas no especializadas criminológicamente.

172. El Código Penal de 1929 trasladó el abandono de hogar a su catálogo de delitos, sin destruir del todo sus evidentes incongruencias; en su artículo 886, ambos cónyuges, hombre y mujer, podían ser sujetos activos en atención a la obligación subsidiaria de esta última en las cargas económicas de la familia; pero se conservó el error de designar como agente del delito a una persona casada, perpetuándose así el injusto olvido de los hijos naturales, que representan un alto coeficiente en la población mexicana, donde el matrimonio no es la forma más frecuente de las uniones sexuales. En cuanto a la persecución del delito, era necesaria querrella del cónyuge ofendido; pero "en el caso de que los hijos sean los abandonados, el Ministerio Público podrá ejercitar de oficio la acción correspondiente" (art. 888 del Código Penal de 1929). La persecución de oficio en el abandono de hijos daba en la práctica resultados opuestos a los deseados por el legislador, porque no era posible obtener el excarcelamiento del padre a pesar de que éste quisiera pagar sus prestaciones alimentarias, persistiendo así el desamparo de los menores.

173. Una más correcta integración del delito de abandono de hogar, se ha logrado en el Código en vigor. *Al que sin motivo justificado abandone a sus hijas, hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando posteriormente cuente con el apoyo de familiares o terceros, se aplicarán de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días multa, privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.* Art. 336 (texto vigente a partir del 1 de oct. de 1999).

Los sujetos pasivos pueden ser cualquiera de los cónyuges y los hijos legítimos o naturales, estos últimos debido a que el precepto no indica que el agente del delito sea persona casada, colocando así en condiciones iguales a todos los vástagos.

La acción antijurídica consiste en el incumplimiento de los deberes familiares de asistencia; el elemento material del delito radica en el desamparo económico, en la situación afflictiva en que se deja al otro cónyuge o a los hijos, por no suministrarles recursos para atender sus necesidades de subsistencia. Por supuesto, es menester que el agente esté

obligado a las prestaciones alimentarias para con sus familiares. Según el Código Civil, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos; el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios o desempeñase algún trabajo o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella. Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad; respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (arts. 164, 303 y 308 del Código Civil).

Con la reforma última, se establece penalidad alternativa por lo que, no da lugar a detención preventiva del sujeto activo del ilícito.

Ante los continuos abusos de los obligados a proporcionar alimentos a la cónyuge o a los hijos, en que se declaraban falsamente insolventes para que cesare la obligación alimentaria, se advirtió en la necesidad de crear una nueva figura delictiva para sancionar, en forma específica, aquellos casos en que deliberadamente algunas personas se colocan en estado de insolvencia para eludir este cumplimiento, adicionado el Código con el artículo 336 bis, ahora reformado y que señala: *Al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de uno a cuatro años reformado por (Decreto 30 octubre 1999). El juez resolverá la aplicación del producto del trabajo que realice el agente, a la satisfacción de las obligaciones alimentarias de éste.*

La misma pena se aplicará a aquellas personas que estando obligadas a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los artículos anteriores, incumplan con la orden judicial de hacerlo.

De nueva cuenta, con la reforma de 1999, se contempla la pena de prisión.

La forma de persecución también ha variado en el Código vigente. *El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el*

*procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del juez para la subsistencia de los hijos* (art. 337 del Código Penal). El delito se persigue por querrela necesaria, pero cuando los hijos no tienen representante, el Ministerio Público instaura provisionalmente el procedimiento, en tanto que el juez nombra un tutor especial; de esta manera el Código Penal ha creado una nueva forma de tutela para los efectos del proceso penal, distinta de las reglamentadas en el Derecho Privado.

El abandono de personas, es un delito continuo en que la infracción se prolonga sin interrupción todo el tiempo que dure la actitud omisa del abandonador. La clasificación del delito como continuo es importante para fijar las reglas de la prescripción de la acción penal. La regla general para los delitos continuados consiste en que el término para la prescripción se contará desde que cesó el delito (art. 102 del Código Penal); pero como el abandono de hogar se persigue por queja de parte, la acción penal prescribirá en un año, contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, independientemente de esta circunstancia (art. 107 del Código Penal).

El perdón, como causa de extinción de la acción penal en delitos de querrela necesaria, generalmente se limita a la expresión de la voluntad del ofendido sin ningún otro requisito adicional. En el abandono de hogar, para que produzca efectos de extinción, el perdón está condicionado a que el agente pague todas las cantidades que hubiere dejado de suministrar por concepto de alimentos y dé fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que le corresponde (art. 338 del Código Penal). \*

\* Acorde al Comentarista, el Legislador ha modificado los Artículos 336 y 337 eliminando el delito de "Abandono de hogar" considerando que la familia constituye en nuestro sistema es el núcleo más importante de la sociedad, que ésta debe ser objeto de tutela, cuidado y respeto tanto en su conjunto, como para cada uno de sus integrantes; en forma especial los hijos menores que son los que, sin duda, por su naturaleza indefensa, requieren mayor protección del Estado y ha contemplado el supuesto de abandono de menores, de hijos y de cónyuge.

El Artículo 336 establece una paridad en cuanto a la pena cuando exista el supuesto de abandono de hijos o del cónyuge que carezca de recursos para subsistir. El Artículo reformado establece un aumento en el máximo de la pena, de 6 meses a 5 años, dando una mayor congruencia al sentido de protección, además de la privación de los derechos de familia en atención, a que los abandonados se encuentran sin recursos de subvenir a sus necesidades, estableciendo la reparación del daño, consistiendo esto en el pago de las cantidades no suministradas oportunamente. La confieren un triple carácter para que se sancione corporal, moral y económicamente consolidando aún más el ámbito de protección a la familia.

El Artículo 336 modificado, quedó como sigue: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado" (D. O. 26 de diciembre de 1977).

Con relación a la reforma del Artículo 337, contiene estas modalidades: a) Esta-

**174. ABANDONO DE NIÑOS O ADULTOS INCAPACES.**— *Al que abandone a un niño o adulto incapaz de cuidarse a sí mismo, a un adulto mayor o una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido* (art. 335 del Código Penal vigente a partir del 25 de agosto del 2000).

Los sujetos pasivos pueden ser: a) un niño o adulto incapaz de cuidarse a sí mismo; y b) un adulto mayor o una persona enferma.

a) Por niño se entiende la persona humana desde su nacimiento hasta la iniciación de la edad púber. En este delito no se señala una edad especial para limitar la protección legal a los niños, empleando el legislador la frase "niño incapaz de cuidarse a sí mismo", que permite mayor elasticidad en la aplicación de la norma sancionadora. No basta que la víctima sea un menor impúber; es menester que esté imposibilitado para atenderse a sí mismo; así, el legislador ha excluido el caso de los menores, tan frecuente en México, que pueden por sí propios cubrir sus necesidades y atender a su personal resguardo. El juez, atentas las circunstancias personales del menor, tales como su pequeña edad calendárica, su edad de escolaridad, su precario desarrollo físico o mental, sus condiciones patológicas, etc., deberá fijar en cada caso particular el concepto de incapacidad del niño para el propio cuidado.

b) Al incluir la reforma del artículo 335 del Código Penal a los adultos incapaces y adultos mayores, resulta aplicable el comentario reiterado del autor de esta obra que a la letra dice: "no ha comprendido a los que, sin padecer dolencias patológicas, están también

blece que el abandono de hijos se perseguirá de oficio, eliminando con ello las limitaciones que la querrela necesaria representa. b) Establece que cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de un Tutor especial que represente al sujeto pasivo del delito ante el Juez de la instrucción. c) En el supuesto de abandono de hijos se declarará extinguida la acción penal, previa garantía de audiencia cuando el procesado cubra los alimentos vencidos y otorgue la garantía suficiente que el Juez estime para el sostenimiento, y por otra parte, mantiene la querrela para la persecución del delito cuando la parte agraviada sea la cónyuge.

Se considera que las Reformas que han modificado los Artículos 336 y 337 son efectivas pues independientemente de agravar la pena, tienden a la reparación económica del daño causado y garantizan la sucesiva manutención. En consecuencia, al agravar la sanción, previene la realización del delito. La modificación del Artículo 337 quedó como sigue: "El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio, y cuando proceda el Ministerio Público promoverá la designación de un Tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el Juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos" (D. O. 26 de diciembre de 1977).

incapacitados para atenderse por sí mismos, por ejemplo: los ancianos decrepitos que, sin trastornos patológicos, están impedidos por su natural senectud para resguardarse; las parturientas, cuyo estado no puede calificarse de enfermedad por deberse al fenómeno fisiológico natural de la gestación, salvo complicaciones; y los inválidos por graves amputaciones de miembros ya sanos de sus anteriores dolencias o heridas. La legislación española, con mayor ilación jurídica, comprende dentro de la posibilidad de abandono a los incapacitados y a las personas desvalidas a causa de su edad o estado.

El sujeto activo del delito debe ser una persona obligada jurídicamente a cuidar del niño o enfermo. Esta obligación de asistencia o cuidado al incapacitado por su edad o dolencias puede provenir: *a)* de un mandato legal, como la que tienen los ascendientes respecto de sus menores descendientes, los tutores respecto de sus pupilos, los hermanos subsidiariamente respecto de sus hermanos menores, etc.; y *b)* de un acto voluntario, unilateral o contractual, tácito o expreso, como el médico que se obliga a atender a un enfermo, el director de una escuela, hospicio, hospital o manicomio, al recibir como interno a un incapacitado por su edad o enfermedades, etc.

La materialidad de la infracción consiste en el desamparo consecutivo a la omisión de los deberes de asistencia, de custodia, de alimentación, de curación o de sostenimiento del niño o enfermo. El acto de abandono debe consistir en un simple incumplimiento de los citados deberes, porque, como afirma Garraud,<sup>96</sup> "si el lugar, el tiempo, las circunstancias del abandono de un adulto, revelan con certidumbre la intención de los culpables de hacer perecer a la víctima o de perjudicarla, habrá, según el caso, homicidio, tentativa de homicidio o lesiones voluntarias, de suerte que esas incriminaciones generales parecen suficientes para proteger a los adultos contra un abandono criminal". Con anterioridad se ha explicado cómo las omisiones pueden ser causa de lesiones u homicidio (véase antes núm. 9).

Debemos fijarnos en que el Código Penal, en el Título de "Responsabilidad profesional", artículos 229 y 232, fracciones II y III, reglamenta tres especiales abandonos de personas, para los que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento; para los que abandonen la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado, y para los defensores de un reo, que sólo se concreten a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa. Estos abandonos fueron erigidos en delitos, a proposición nues-

<sup>96</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo V, párrafo 2230.

tra, para combatir la inicua explotación que profesionistas o agentes de negocios hacen con personas relacionadas en los procesos: reos y lesionados.

175. OMISIÓN DE AUXILIO A LOS QUE SE ENCUENTREN EN PELIGRO. *Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrá de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal* (art. 340 del Código Penal). No encontraremos en ningún otro texto legal un precepto que directa o indirectamente imponga a los particulares un deber de asistencia general hacia los que se encuentran en peligro, salvo los casos de custodia a que nos referimos en los párrafos anteriores. El artículo 340, al definir el delito de omisión de auxilio, crea indirectamente la norma obligatoria de asistencia para los que encuentren a menores, heridos, inválidos o personas en peligro. De todas maneras, como la asistencia a los necesitados siempre se ha estimado más como un deber moral que legal, la sanción prevista es muy baja. Del delito se excluye el caso en que el abandonador omitiere el auxilio por haber podido correr riesgo. La mención legal de los posibles sujetos pasivos, niños, incapacitados, heridos, inválidos o amenazados de un peligro cualquiera, es más amplia y certera que la empleada en el delito de abandono de niños o enfermos.

Con la reforma del 21 de diciembre de 1993, la sanción pasó de alternativa por jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

176. ABANDONO DE VÍCTIMAS POR ATROPELLAMIENTO.—La fuente inmediata de este delito la encontramos en el artículo 537 del derogado Código Español de 1928, relativo a casos de omisión de asistencia a las víctimas del tránsito por parte de sus atropellantes. Jiménez de Asúa<sup>97</sup> criticó la pésima redacción del precepto español, porque comprendía como delito la ausencia de auxilio del lesionador a la persona a quien mató, creyendo ingenuamente el legislador en la posibilidad de asistencia personal a los muertos.

*"Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite asistencia que requiere, pudiendo hacerlo, se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa".* (artículo 341 reformado por dec. 21 dic. 1993).

Anterior a la reforma, la pena era alternativa, prisión o multa, por lo que no procedía la prisión preventiva; ahora, queda establecida la penalidad, por días de trabajo en favor de la comunidad, pero además

<sup>97</sup> *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Ob. cit., tomo II, pág. 158.*

de ésta, se sancionará con la pena que proceda por el delito que se comete con motivo del atropellamiento, (lesiones, daños etc.)

Aparte de la redundante e innecesaria enumeración de los posibles sujetos activos del delito, el Código Mexicano remedio los otros defectos del precepto español en que se inspiró. En la *Exposición de Motivos* del Código Español se justificaba la inclusión de esta figura del delito con las siguientes palabras: "la frecuencia con que automovilistas, autores de accidentes imputables a su imprudencia, dejan en estado de abandono a sus víctimas; hecho revelador de una peligrosa ausencia del sentido moral y determinante de la muerte o agravación de los lesionados, quienes, a no haber sido abandonados, tal vez habrían podido conservar su vida o se habrían atenuado probablemente las lesiones sufridas".

Es menester fijarse en que el artículo 341 exige como requisito del delito que el conductor "deje en estado de abandono" al atropellado, es decir, se exige que éste quede en una situación objetiva y material de desamparo; si por cualquier circunstancia, por ejemplo, la intervención de terceros, el lesionado es atendido inmediatamente, no se configurará el delito, porque éste no consiste en la acción de huir del chofer sino en la situación real de desamparo en que quede la víctima. En las Delegaciones del Ministerio Público se cometía el frecuente error de consignar como autores de abandono de atropellados a los conductores de vehículos que, al registrarse el accidente, huyen del lugar de los hechos, no obstante que en las actas de consignación se hacía constar que el lesionado fue inmediatamente atendido por los servicios médicos de policía. Es difícil que en los distritos urbanos los atropellados queden en situación de abandono por la inmediata asistencia que reciben de las instituciones de beneficencia o de los servicios médicos de policía. El precepto mexicano no prevé el caso de que las lesiones inferidas por atropellamiento hayan sido intencionales, en consideración a que en estos casos el propósito doloso de causar perjuicios a la salud de las víctimas ya está tomado en cuenta en la punición de los delitos de lesiones u homicidios intencionales.

Ahora, con ésta última reforma, el conductor, que no solamente prestare auxilio a la víctima, sino que además, no solicite asistencia, pudiendo hacerlo, será responsable del delito.

177. EXPOSICIÓN DE MENORES.—Dos diferentes casos comprende la legislación mexicana en el delito de exposición de menores: a) la exposición por ascendientes o tutores; y b) la exposición por personas a quienes hubiere sido confiado el menor.



178. a) *Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese solo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito* (artículo 343 del Código Penal). Al tratar en capítulo anterior los posibles substitutivos legales del delito de infanticidio (véase antes número 119), indicamos que debería favorecerse la institución de hospicios y casas de expósitos, que representan para el menor un refugio contra sus incumplidos ascendientes, y que debería suprimirse la sanción penal para los ascendientes expositores. Es cierto que la penalidad en este primer caso de exposición se limita a la pérdida de los derechos sobre la persona y bienes del expósito; pero esta sanción debería ser de naturaleza puramente civil a efecto de impedir la secuela de un proceso criminal contra los ascendientes, ante cuya amenaza muchas madres preferirán el aborto o el infanticidio cometidos ocultamente.

179. b) *Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión y multa de cinco a veinte pesos* (art. 342 del Código Penal). Las condiciones de este segundo caso de exposición, penado corporal y pecuniariamente, son: primera, que el menor de siete años haya sido confiado al que lo expone; los padres o tutores quedan excluidos del precepto; segunda, que, según expresión de Garraud,<sup>98</sup> por una "especie de abuso de confianza", el tulpable entregue al menor en una casa de expósitos o en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona. La penalidad es bastante baja, porque, a pesar de la transgresión, el menor no resiente más desamparo que el moral. Si el niño es abandonado por los que lo tenían en custodia, en la vía pública o en lugares distintos de los enumerados legalmente, el verdadero delito cometido no será el de exposición, sino el más grave de abandono de niños, porque el infractor lo coloca en situación de verdadero peligro.

<sup>98</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo V, párrafo 2232.

SEGUNDA PARTE

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS  
EN SU PATRIMONIO.

## CAPÍTULO XIII

# GENERALIDADES DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO

(TÍTULO XXII DEL LIBRO SEGUNDO DEL C. P.)

### TEMARIO

180. Denominación empleada por el C. P. de 1871; crítica.—181. Denominación del C. P. de 1929; crítica.—182. Las amenazas, amagos o violencias físicas no son delitos patrimoniales.—183. Enumeración de los delitos contra las personas en su patrimonio.—184. Méritos de la denominación empleada por el Código vigente; la protección penal no se limita al Derecho de Propiedad.—185. Derechos patrimoniales que pueden ser violados por los distintos tipos de delitos.—186. Protagonistas activos y pasivos de los delitos patrimoniales.—187. Sujeto activo: la persona física; problema de las personas morales como sujetos activos.—188. Sujetos pasivos: personas físicas y morales.—189. Repercusión en el Derecho Penal de la transformación social del concepto de propiedad.—190. Los delitos en el patrimonio entrañan siempre una violación a los derechos civiles, pero no toda violación civil es delictiva.—191. Problema de la distinción entre lo ilícito penal y lo ilícito simplemente civil en materia patrimonial; diferentes criterios y opiniones.—192. Rasgo común a todos los delitos patrimoniales: el perjuicio.—193. Diversos procedimientos para causar el perjuicio patrimonial, según se trate de robo, abuso de confianza, fraudes, delitos cometidos por comerciantes quebrados, despojos y daño en propiedad ajena.—194. Clasificación de los delitos patrimoniales según sus efectos en el sujeto activo.—195. Delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido: robo, abuso, fraudes, delitos de quiebra y despojo; estos delitos no admiten su comisión por imprudencia.—196. Delitos patrimoniales de simple injuria: los daños en propiedad ajena; éstos pueden ser intencionales o imprudentes.—197. Clasificación de los delitos patrimoniales según la naturaleza de los bienes en que recaen.—198. Diferencias específicas entre los distintos delitos patrimoniales. Reenvío.

180. En el Código de 1871 los delitos de robo, abuso de confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, despojo de cosa inmueble o de aguas, amenazas, amagos, violencias físicas y destrucciones o deterioros causados en propiedad ajena por incendio, por inundación o por otros medios, se comprendían en el Título I del Libro Tercero llamado "Delitos contra la propiedad", denominación equívoca por dar a entender, a primera vista al menos, que el único

derecho protegido a través de las normas represivas de estas infracciones lo era el de propiedad, cuando es evidente que por la vía del robo, del abuso, del fraude, del despojo o del daño, pueden lesionarse algunos otros patrimoniales, por ejemplo, los derechos de un poseedor, de un usuario, de un usufructuario, de un acreedor o, en general, de cualquier titular de derechos sobre los bienes en que recaiga el delito.

181. El Código Penal de 1929, no obstante que pretendió hacer revisión completa de nuestra anterior legislación clásica, conservó la deficiente denominación "Delitos contra la propiedad", despreciando la elemental observación positiva de que esos delitos no se realizan contra una simple institución jurídica abstracta, la propiedad, sino se vierten concretamente en contra de las personas, lesionando sus derechos patrimoniales.

182. Al catalogar como delitos contra la propiedad los de amenazas, amagos o violencias físicas, el viejo Código de 1871 olvidó la extensa gama de móviles con que el agente activo puede realizarlos; cierto es que estos delitos se cometen frecuentemente con finalidad de causar un perjuicio económico en los bienes del ofendido; pero también lo es que la intimidación amenazante o el amago físico o moral pueden perseguir una finalidad no patrimonial, como cuando se requiere al ofendido para que ejecute un acto cualquiera contrario a su voluntad. Lo erróneo de la antigua clasificación se desprende de la reglamentación de detalle que se hacía de los referidos delitos, así como de las mismas palabras empleadas por Martínez de Castro<sup>99</sup> en la *Exposición de Motivos*, en las que reconoce los diversos móviles que pueden impulsar al autor: "Uno de los males que nos ha traído la última guerra extranjera es el de haber venido a introducir aquí delitos que no se conocían, y tal es el de valerse de amenazas en un escrito anónimo para obligar a alguno a que entregue una cantidad de dinero o a que ejecute un delito o cualquier otro acto que no hay derecho de exigir. De esto se han dado ya algunos ejemplares, y como este crimen es desconocido en nuestras leyes y, por consiguiente, no le señalan pena, quedarán impunes los delincuentes si no se dictan las disposiciones necesarias..."

El Código vigente, con mejor fortuna, menciona las amenazas en el Título "Delitos contra la paz y seguridad de las personas". Los amagos o violencias físicas, según su diversa naturaleza, se resuelven en distintos preceptos.

<sup>99</sup> *Exposición de Motivos al Código Penal de 1871*. (Edición del Código Penal de 1871.) Bouret, México, 1907, pág. 53.

183. El Título XXII del Libro Segundo del Código Penal vigente, bajo la denominación genérica de "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", enumera en capítulos especiales los siguientes: I.—Robo; II.—Abuso de confianza; III.—Fraude; III Bis.—Extorsión; IV.—Delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, actualmente delitos de quiebra; V.—Despojo de cosas inmuebles o de aguas; y VI.—Daño en propiedad ajena.

184. Para comprender los méritos relevantes de la moderna designación —delitos en contra de las personas en su patrimonio— se requiere breve análisis de su alcance jurídico.

La denominación es certera y clara; desde luego nos recuerda que las personas, tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas, y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino, en general, la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona. En otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que puedan ser estimables en dinero, o sea que formen su activo patrimonial, ya que el patrimonio es "el conjunto de derechos y de cargas de una persona, apreciables en dinero".

Como hace notar con su acostumbrada claridad Marcel Planiol,<sup>100</sup> existe una liga íntima entre la persona y el patrimonio. "La noción de patrimonio es inseparable de la noción de persona en derecho." Precisa recordar esta capitular idea jurídica, porque los atentados que enumera el Título que estamos comentando no se cometen lesionando una entidad abstracta, como lo es el patrimonio aisladamente considerado, sino se realizan directa y únicamente contra las personas, salvo que en sus bienes patrimoniales.

art 364  
(185. El robo, que en esencia es, el apoderamiento ilícito no consentido de una cosa ajena, mueble) puede cometerse en perjuicio no sólo del posible propietario, sino de cualquier otro tenedor de derechos patrimoniales sobre la cosa en que recae el delito; por ejemplo: los poseedores a título propio, los usufructuarios legales o contractuales, etc. De la misma manera, el abuso de confianza —disposición indebida y perjudicial del bien mueble que se ha recibido a título de precaria tenencia—, puede efectuarse en perjuicio de persona no propietaria del bien, como cuando un comodatario, con permiso del comodante, concede a otra persona el uso de la cosa, de la cual dispone ésta ilícita-

<sup>100</sup> *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11<sup>a</sup> ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. París, 1928. Tomo I, párrafo 2148.

mente. En lo que concierne al fraude, es más fácil apreciar que la tutela penal no se limita al derecho de propiedad que ahora sufre tan intensa evolución, sino que se extiende a toda clase de derechos patrimoniales; basta que, por medio del engaño o del aprovechamiento del error, el agente del delito se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido para que se integre un fraude perfecto. Estas observaciones son también aplicables a los delitos de despojo y de daño en propiedad ajena.

186. Las anteriores nociones generales permiten estudiar quiénes pueden ser los protagonistas activos y pasivos del delito, posibilidades que examinaremos por separado.

187. **SUJETO ACTIVO DEL DELITO.**—Salvo ciertas aberraciones esporádicas, consistentes en estimar como posibles sujetos responsables de cualquier delito a los animales, las cosas o las fuerzas de la naturaleza, cuando son inconscientes causas de daños, se ha estimado históricamente que la responsabilidad criminal es individual, es decir, que los únicos posibles sujetos activos de delito y susceptibles de medidas repressivas son los seres humanos individualmente considerados, o sea, las personas físicas. Esta conclusión es obvia dentro de nuestro Derecho Penal sustantivo, según se desprende de la redacción de los artículos 13 y 14 del Código Penal, que ligan la responsabilidad a la concepción, preparación o ejecución del delito o al auxilio por concierto previo o posterior, en la inteligencia de que si varios delincuentes toman parte en la realización, todos ellos serán responsables, debiéndose aplicar las penas según la participación de cada delincuente. De esta manera queda sin efecto toda ulterior posibilidad de considerar, dentro de nuestro derecho positivo, las entidades o personas morales como posibles sujetos activos.

Sin embargo, como el artículo 11 del Código Penal vigente faculta a la jurisdicción penal para suspender o disolver a las personas morales cuando se estime necesario para la seguridad pública y se hayan cometido ciertos delitos por sus miembros o representantes con los medios proporcionados por las entidades, han surgido diversas interpretaciones de la norma, que es necesario esclarecer para evitar innecesarias confusiones.

Actualmente y desde distintos puntos de vista, diversos autores—Gierke, Mestre, von Listz, Prins, etc.—sostienen la urgencia de establecer, aparte la responsabilidad individual, la de las personas morales. Entre nosotros, Francisco Trueba Lanz<sup>101</sup> afirma: "Es un hecho

<sup>101</sup> *La responsabilidad penal de las personas morales*. Tesis. México, 1941.

incontrastable que las personas morales constituyen un grupo con visible poder de capacidad para ejecutar determinados actos, se entiende, por medio de sus órganos; actos que se ejecutan para provecho del grupo. Quién puede dudar de la capacidad delictiva de las personas morales, cuando a simple vista observamos el engrandecimiento de aquellas entidades, como consecuencia de la ejecución de actos antisociales; por ejemplo, cuando la sociedad acuerda la introducción de un contrabando, con franca violación de leyes de la materia. Es claro que a nadie puede ocultarse que tales actos tienen por objetivo el beneficio individual de sus componentes; pero esto cede en importancia ante la supremacía del grupo que oculta a los individuos. Además, es la persona moral la que juega el papel más importante, por cuanto que, escudadas tras de ella las personas físicas, sólo aparece en el escenario de la realidad la actuación del ente colectivo. De no admitirse la capacidad penal del ente colectivo, resultaría que éstos subsistirían eternamente, no obstante su actuación antisocial. El castigo de las personas físicas que la dirijan nada significaría. Y es por esto que los tratadistas modernos aceptan francamente su capacidad delictiva."

Como inmediato antecedente del artículo 11- de nuestro Código Penal, el Código Español de 1928, en su artículo 44, introdujo nuevos conceptos: *Cuando los individuos que constituyen una entidad o persona jurídica o forman parte de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, cometieren algún delito con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social o en beneficio de la misma, los tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que correspondan a la administración, pueden decretar en la sentencia la suspensión de las funciones de la entidad o persona jurídica, sociedad, corporación o empresa o su disolución o suspensión, según proceda.*

Cuello Calón,<sup>102</sup> comentando esta norma del Código Español derogado al advenimiento de la República, afirma que "se ha querido introducir, sin duda, una apariencia de responsabilidad colectiva; mas si se fija la atención en el precepto y se penetra en su contenido, se verá claramente que la verdadera responsabilidad criminal, la que exigida sobre la base de la intención o de la culpa determina la imposición de penas propiamente dichas, es la individual, mientras que la colectiva, más que un carácter penal, tiene un sentido de medida puramente preventiva, que sólo da lugar a la imposición de una medida de seguridad. Por otra parte, esta responsabilidad colectiva no existe sin la previa de una responsabilidad individual; mientras los individuos que

<sup>102</sup> *El nuevo Código Penal Español*. Bosch, Barcelona, 1929, Tomo I, pág. 162.

forman parte de una persona colectiva no delincan valiéndose de los medios que ésta les proporcione, no hay responsabilidad criminal colectiva, así que ésta no tiene existencia sin aquélla de que es una consecuencia”.

El Código Mexicano de 1929, en su artículo 33, después de declarar que la *responsabilidad penal es individual*, alentado por el precedente español, lo copia casi literalmente. Para Almaraz,<sup>103</sup> así quedó establecida la responsabilidad de las personas morales.

Sin juzgar de su conveniencia o inconveniencia, examinando íntegramente las disposiciones contenidas en la actual legislación penal mexicana, de 1931, se puede concluir categóricamente que no se acepta el principio de la responsabilidad penal de las personas morales.

En efecto, conforme a las normas generales de nuestro Derecho sustantivo, sólo el hombre, en el sentido genérico de la palabra, sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito, cualquiera que sea la especie de éste. Esta conclusión se desprende de la redacción de los artículos 13 y 14 del Código, ya que en los mismos la responsabilidad penal se liga a una *actividad humana*; tales como son: las actividades de *concepción, preparación o ejecución* del delito o el *auxilio* por concierto previo o posterior. Esto no quiere decir que la *actividad humana* sea necesariamente singular, es decir, realizada por un solo hombre, porque se admite la participación plural, es decir, de varios responsables en el mismo delito; por eso se determina en los mismos preceptos que si varios delinquentes toman parte en la realización de un delito determinado, todos ellos serán responsables, debiéndose aplicar las penas según la participación de cada delincuente. De esta manera —repetimos— queda sin efecto toda posibilidad de considerar a las entidades o personas morales como posibles sujetos activos.

Para robustecer la anterior conclusión, puede observarse que al describirse en el Libro II del Código Penal los distintos tipos de delitos en particular, el legislador siempre se refiere a una acción u omisión efectuadas por la actividad de un hombre.

Es cierto que el artículo 11 del mismo Código prescribe que: *Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente, especifica-*

<sup>103</sup> Exposición de Motivos del Código Penal de 1929. México, 1931, pág. 54.



*dos por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.*

Sin embargo, el anterior precepto apenas contiene una simple apariencia de responsabilidad colectiva y no contraría la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser en nuestro Derecho posibles sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica, es decir, un hombre, el que comete el delito, ello sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación a los demás colaboradores y de que se decrete la suspensión o disolución de la agrupación.

En nuestro concepto, las sanciones de suspensión o disolución, más que el carácter de penas, tienen el de medidas de seguridad, a simple título preventivo de nuevas actividades criminales. No siendo penas, a pesar de que recaen en una persona —la moral—, distinta a los ejecutores directos —hombres—, creo que no tienen carácter de trascendencia prohibida en el artículo 22 de la Constitución, porque nada impide que el legislador señale en sus normas nuevos casos de disolución anticipada de las personas morales, ya que esta clase de medidas son con frecuencia tomadas dentro del Código Civil y de la Ley de Sociedades Mercantiles.

Los casos expresos en que se autoriza la medida son los mencionados en los artículos 195 (relativo a delitos contra la salud), 253 (delitos contra el comercio y la industria), y 258 (juegos prohibidos) del citado Código de 1931.

En cuanto al procedimiento adecuado para la imposición de la medida suspensiva o disolutoria, puesto que el proceso no se sigue contra la persona moral, para no violar la garantía de juicio previo del artículo 14 constitucional, deberá oírse procesalmente a la persona moral, dentro de un incidente no especificado (arts. 546 y sigs. del Código de Procedimientos Penales).

188. **SUJETOS PASIVOS DEL DELITO.**—De antemano se sabe que en cualquier especie de delito sólo las personas son posibles sujetos pasivos; pero en algunos delitos, como en los que atañen a la vida y a la integridad corporal, que estudiamos en la Primera Parte de este libro, nada más pueden serlo las personas físicas, los hombres en el sentido genérico de la palabra, pues las entidades ficticias llamadas personas morales no tienen vida ni integridad corporal orgánica. En cambio, en los delitos patrimoniales, objeto concreto de nuestro actual estudio, además de las personas físicas, las morales pueden ser pacientes del delito. En efecto, unas y otras tienen un patrimonio, ya que el principal efecto de la personalidad moral es el que la agrupación pueda tener

por sí misma derechos y obligaciones estimables en dinero, o sea un patrimonio propio, distinto al de las personas físicas que la integran.

En consecuencia, aparte de las personas físicas, pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra las personas en su patrimonio: la Nación, los Estados y los Municipios; las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; las sociedades civiles o mercantiles; los sindicatos; las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; las sociedades cooperativas y mutualistas y las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley (art. 25 del Código Civil).

189. La Comisión redactora del Código vigente, imbuida de las doctrinas socialistas que aseguran en nuestro país una rápida evolución del viejo concepto liberal de propiedad, tuvo el singular acierto de proveer al Título XXII del Libro Segundo del Código Penal con una designación —delitos en contra de las personas en su patrimonio— llena de elasticidad y extensión, que permite amparar gran variedad de derechos, individuales o colectivos, sobre los bienes. Nuestro Código Penal, dictado en plena época de transformación social del país, tomó en cuenta, como el autor de este libro tuvo el honor de expresarlo <sup>104</sup> ante el XI Congreso Penal y Penitenciario reunido en Berlín en 1935, la intensificación del control del Estado sobre la riqueza para distribuirla más equitativamente, para desterrar privilegios y para coordinar las energías productivas del país, facilitando la organización de la fuerza humana del trabajo y el aprovechamiento de los recursos naturales.

Tan vertical transformación en materia de organización agraria e industrial tuvo necesariamente que repercutir en el campo del Derecho Penal, evitando que sus normas fueran un instrumento utilizable por las clases explotadoras del trabajo humano. En términos generales, el arbitrio judicial ha venido a permitir que se adopte en forma más racional y justa la penalidad en los delitos contra las personas en su patrimonio, llegando, en algunos casos, hasta a dejar sin sanción ciertas infracciones, como el robo del famélico, y en otras a proteger indirectamente instituciones básicas de la nueva organización social, como el sindicato, el ejido, el salario, etc. Tal y como lo hace notar José Ángel Ceniceros, "la ley penal mexicana ha sido hecha para la defensa de la sociedad mexicana en su nueva coordinación de valores colectivos, le-

<sup>104</sup> *La reforma de las leyes penales en México*. Extracto de obras y ensayos de Ceniceros, Teja Zabre, Garrido, Carranca y Trujillo y González de la Vega. (Edición del Código Penal Comentado.) México, 1939, pág. 62.

jos del dominio de un grupo social privilegiado por su riqueza o su filiación política, pues el problema jurídico penal consiste fundamentalmente en formar el catálogo de los delitos, de acuerdo con la moral de cada época y de cada país”

La Constitución Federal vigente y las nuevas leyes en materia agraria e industrial han ido debilitando rápidamente el antiguo concepto liberal de propiedad. Aun en el caso de que nuestra evolución social llevara a la colectivización de ciertos bienes, por ejemplo, los instrumentos de producción, la elasticidad y el extenso alcance de la denominación “delitos contra las personas en su patrimonio” —salvo necesarias reformas de la reglamentación de detalle—, aseguran en esta materia al Código Penal larga vida, pues en cualquiera organización será menester proteger los derechos sociales de uso y disfrute de las cosas conforme los consagran las normas jurídicas.

190. El perjuicio resentido por la víctima en todos los delitos que afectan el patrimonio de las personas, constituye directamente una lesión a los derechos civiles sobre sus bienes que, por la infracción, se ven de hecho disminuidos; en otras palabras, todo delito patrimonial constituye un ataque ilícito contra los derechos civiles del ofendido, sobre sus bienes patrimoniales. Esto no quiere decir que la proposición contraria sea verdadera, pues no todo acto violatorio de los derechos civiles constituye un delito patrimonial; para que el atentado a los derechos patrimoniales merezca una sanción penal es menester tenga *tipicidad delictiva*, o sea, que la acción lesiva reúna los requisitos de cualesquiera de los delitos patrimoniales que hemos enumerado, según su descripción legal.

Como todo delito patrimonial entraña una lesión económica más o menos completa, más o menos permanente, momentánea o definitiva, el juez que conoce del proceso respectivo deberá, en primer término, restituir al ofendido en el goce de sus derechos civiles violados, esto de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales; en segundo lugar, deberá preocuparse de la estimación pecuniaria de los perjuicios causados, para los efectos de la reparación del daño al dictarse la sentencia, sin olvidar que la reparación comprende la restitución, o, en defecto de ella, la indemnización del daño, más el pago de los perjuicios.

191. La distinción entre lo ilícito penal y lo ilícito simplemente civil en materia patrimonial, da lugar a muy interesantes estudios.

a) Pragmáticamente, desde el punto de vista de la aplicación de las leyes vigentes a casos concretos, es decir, desde el aspecto extrínse-

co del problema, el criterio de diferenciación entre las acciones ilícitas penales y las simplemente civiles lo proporciona de antemano la misma ley, al ordenar que ciertas acciones típicas que ella describe, los delitos contra las personas en su patrimonio, se sancionen penalmente.

b) Pero el anterior criterio pragmático, derivado exclusivamente del aspecto extrínseco del problema, en que se considera como regla de diferenciación entre los ilícitos penal y civil el sistema jurídico ya vigente en la ley, no puede ser utilizado ni para una correcta interpretación doctrinaria del espíritu de la legislación ni por el legislador al momento de redactar las normas jurídicas; éste, en su tarea de redactar un catálogo de delitos, necesita adoptar un sistema de distinción intrínseco, de más hondura, para determinar concretamente cuáles acciones u omisiones antijurídicas deben producir como consecuencia sanciones exclusivamente civiles, como las de resarcimiento, restitución o nulidad, y cuáles, aparte de la reparación del daño, deben dar nacimiento a la represión pública, aplicando penas propiamente dichas al autor de lo injusto.

Diversos autores han emitido sus opiniones. El insigne Carrara,<sup>105</sup> en su *Programma*, para la existencia de la noción del delito, en sentido penal, exige que el daño producido sea *social*, esto es, de tal naturaleza que, para proveer a la defensa del orden externo, no haya otro medio como no sea el de someterlo a la represión de la ley y *no reparable*; si el daño es puramente personal o reparable por un medio directo, el legislador se excedería en el ejercicio de sus poderes considerando como delito el acto que lo ha causado. Merkel <sup>106</sup> consideró que “tanto la coacción puramente civil como la coacción penal tienen por objeto el interés general y son formas de reacción contra los hechos antijurídicos, establecidas con el fin de hacer desaparecer el desacuerdo entre la voluntad general y la voluntad individual; la reacción penal tiene un carácter subsidiario; es un medio más enérgico al que se acude cuando el otro es insuficiente”. Garraud <sup>107</sup> manifiesta que “la reparabilidad o irreparabilidad del perjuicio no es el signo cierto para reconocer los daños punibles y los que no lo son. El punto de vista que parece haber dominado siempre en la evolución de las legislaciones positivas es, más bien, el de la insuficiencia de los medios ordinarios de previsión o de defensa individuales. Si el patrimonio es atacado por

<sup>105</sup> *Programma del Corso di Diritto Criminale*. 11ª ed. Firenze, 1924. Tomo I de la *Parte Generale*, párrafo 14. Citado también por Florian. *Ob. cit.*, tomo I, pág. 8.

<sup>106</sup> Citado por Florian. *Parte general del Derecho Penal*. Trad. esp. Habana, 1929. Tomo I, pág. 9.

<sup>107</sup> *Traité Théorique et Pratique du Droit Penal-Français*. 3ª ed. Recueil Sirey, Paris, 1935. Tomo VI. párrafo 2358.

procedimientos que la prudencia común es impotente para evitar, si se trata, por ejemplo, de robo, de estafa, de abuso de confianza, etc., sintiéndose cada uno individualmente impotente para ponerse al abrigo de semejantes violaciones del Derecho, la colectividad social interviene, toma el asunto por su propia cuenta y castiga el atentado contra la seguridad y los derechos de todos”.

Por su parte, el ilustre Florian<sup>108</sup> dice: “Intrínsecamente considerado el acto ilícito civil, parece lesionar de modo principal los intereses del individuo o del grupo sobre el cual recae el acto; decimos de un modo principal, ya que las sanciones de las normas desde el punto de vista civil tienen por objeto no sólo proteger al individuo en el caso concreto, sino también defender la integridad del ordenamiento jurídico entero, por lo que el acto ilícito civil puede llamarse privado solamente en un sentido relativo. Por el contrario, desde el punto de vista intrínseco, el acto ilícito penal representa en modo principal un daño o peligro público de carácter más general, o al menos un daño o peligro público más vasto y más intenso que el del acto ilícito civil, y ésta es la única razón que determina la pena como consecuencia jurídica. No se puede ir más adelante: sería arbitrario y erróneo el determinar *a priori* qué hechos deben considerarse como ilícitos penales y cuáles como ilícitos civiles. En resumen, las sanciones del Derecho Penal se aplican cuando resulten insuficientes las del Derecho Privado (y aun se puede añadir las de cualesquiera otras ramas del Derecho); el Derecho Penal llena las lagunas e insuficiencias del Derecho Privado. Comprueba la exactitud de este concepto el ejemplo clásico del Derecho Romano. Por consiguiente, el criterio que rige en esta materia es absolutamente relativo; la extensión del hecho punible con respecto al acto ilícito civil varía en los distintos pueblos y en las diversas épocas de acuerdo con las necesidades sociales. La esfera del Derecho Penal es esencialmente variable, y así vemos que se amplía continuamente y en grado paralelo con el progreso y con el aumento de las relaciones jurídicas en el seno de la sociedad. Tan pronto como una forma de acto ilícito lesiona más vivamente los intereses generales y la vida de la sociedad, surge con mayor eficiencia y se afirma en relación con ella la sanción penal, o en otras palabras, ésta se extiende a ciertas condiciones de la vida individual o colectiva a medida que en ella se va encontrando un interés público.”

Jiménez de Asúa<sup>109</sup> expresa: “No toda infracción jurídica contra la propiedad es infracción criminal. Es aquí donde aparece más arduo

<sup>108</sup> Parte General del Derecho Penal. Ob. cit., tomo I, págs. 4 y 5.

<sup>109</sup> Derecho Penal conforme al Código de 1928. Reus, Madrid, 1929. Tomo II, página 292.

el problema de distinguir el hecho ilícito civil del ilícito penal. Los diversos criterios diferenciales señalados por los escritores no han podido resistir a la crítica. Últimamente ha prevalecido la idea de ser ésta una cuestión de política criminal y que son únicamente razones históricas las que pueden aconsejar la incriminación de un hecho cuando es imposible aplicarle sanciones civiles, o éstas son inadecuadas, o el particular es impotente para defenderse por sí, o el hecho ilícito se repite con gran frecuencia. Es cierto que, en efecto, existe una frontera movible entre una y otra ilicitud, y que circunstancias variables obligan en algunos momentos a añadir una sanción penal o a prescindir de ella."

A nosotros, dada la relatividad del delito y de sus circunstancias de reparabilidad o de previsión, nos parece más eficiente un criterio derivado del examen de la peligrosidad social de los hechos ejecutados; deberán estimarse por el legislador como delitos aquellas violaciones a los derechos patrimoniales que entrañen daño o peligro para los intereses colectivos.

192. Considerando sus efectos en la persona que resiente la acción ilícita, todos los delitos patrimoniales tienen un rasgo común, una semejanza, consistente en el perjuicio patrimonial resentido por la víctima. La consecuencia directa de los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, despojo o daño en propiedad ajena, es la injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo; para la integración de los delitos poco interesa que dicha disminución sea total o parcial, reparable o irreparable, momentánea o definitiva. Garraud<sup>110</sup> afirma que el carácter común radica en que disminuyen la utilidad que procuran a un individuo los elementos activos de su patrimonio. "Esta disminución del valor puede tomar formas diversas, ser realizada por medios distintos, pero es un elemento común de todos los delitos contra el patrimonio, cuyos efectos se caracterizan por un perjuicio." Siguiendo la clasificación de Binding a que nos referimos con anterioridad en el número 166 de la Primera Parte, podemos catalogar estas infracciones como "delitos de daño", porque su consecuencia necesaria es la lesión, el perjuicio en el bien patrimonial afectado.

193. Lo que varía en los distintos tipos de delitos patrimoniales son los procedimientos de ejecución efectuados por el infractor para causar la disminución patrimonial.

A reserva de estudiar en los siguientes capítulos, por separado, las constitutivas materiales y normativas específicas de cada tipo de delito,

<sup>110</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 2357.

nos conformaremos ahora con señalar las diversas acciones perjudiciales disminuidoras del patrimonio ajeno:

a) En el robo, la acción lesiva del agente radica en el *apoderamiento*, violento, astuto o subrepticio, de la cosa mueble objeto del delito (véase adelante núm. 207).

b) En el abuso de confianza, en la *disposición indebida*, cambio ilícito de destino, del bien mueble confiado previamente al agente en precaria tenencia (véase adelante núm. 298).

c) En los fraudes, salvo casos especiales, en el *engaño* o en el *aprovechamiento del error* para lograr la entrega del bien o la obtención de un lucro cualquiera (véase adelante núm. 331).

d) En los delitos de comerciantes quebrados, el perjuicio a los acreedores causado mediante la suspensión de pagos por actos culpables o fraudulentos. (véase adelante núms. 363 y 364.)

e) En los despojos, por la *ocupación* violenta, furtiva, amenazante o engañosa, del inmueble o de las aguas (véase adelante núm. 371).

f) En el daño, por la destrucción total o parcial de la cosa (véase adelante núms. 379 y sigs.)

g) Por último en la extorsión, el lucro que se obtenga obligando a otro a hacer, tolerar o dejar de hacer algo.

194. Considerando los efectos de los delitos patrimoniales en el sujeto activo, ejecutante de la infracción, pueden clasificarse en dos grupos:

a) Delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido; y

b) Delitos patrimoniales de simple injuria.

195. a) Entre los primeros se incluyen el robo, el abuso de confianza, los fraudes, el despojo, la extorsión y los de quiebra, es decir, salvo el daño en propiedad ajena, todos los delitos que componen el Título. En ellos los efectos del delito no se limitan al perjuicio resentido por las víctimas al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen, de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho.

Esta apropiación, que puede ser en el propio provecho del autor o de una tercera persona, se logra: por la vía del *apoderamiento* en el robo; por la *disposición indebida* en el abuso; por el *engaño* en el fraude, por la *ocupación* en el despojo o por el lucro en la extorsión.

Los llamamos delitos de enriquecimiento indebido porque su efecto es, repetimos, la apropiación ilícita, y porque, generalmente, el móvil de su comisión radica en el afán de beneficiarse o de lucrar en cualquier forma, *lucri faciendo causa*. No obstante, puede existir el caso de apropiación delictiva sin afán subjetivo de beneficio o codicia, como cuando por simple venganza se roba el bien ajeno para después abandonarlo, destruirlo o perderlo.

El ánimo especial con que se efectúan estos delitos del primer grupo hace que únicamente puedan registrarse como delitos intencionales; su comisión por imprudencia queda excluida de toda posibilidad.

196. b) El segundo miembro de esta clasificación está constituido por un solo delito patrimonial, el llamado daño en propiedad ajena, con sus diversas variedades legales. En él, la acción se limita a perjudicar los bienes ajenos por su destrucción total o parcial, *damnum injuria datum*. Por regla general, el delincuente no se beneficia con el delito, cuyo efecto inmediato y directo es la injuria, el simple perjuicio, la lesión al patrimonio extraño.

Por vía de excepción puede acontecer que el dañador, al cometer la destrucción o el deterioro de la cosa ajena, se proponga mediatamente lucrar; por ejemplo, un comerciante para evitarse la competencia de un rival mercantil le incendia su establecimiento. De todas maneras, estos casos especiales en que el beneficio económico se obtiene indirectamente no son suficientes para destruir la tesis general que hemos apuntado (véase adelante núm. 380).

Precisamente porque el daño en propiedad ajena no supone especial propósito subjetivo de beneficiarse; precisamente porque, a diferencia de los del primer grupo, se define exclusivamente por el perjuicio a la cosa, sin considerar si el agente obtiene en ello alguna ventaja; precisamente porque el daño es delito de simple injuria, es por lo que es la infracción patrimonial que puede admitir la forma de comisión por imprudencia.

197. Desde el punto de vista de la naturaleza mueble o inmueble del bien objeto del delito, podemos distinguir tres diferentes grupos, a saber:

a) El robo y el abuso de confianza, según la descripción que de ellos hace la ley, se pueden cometer únicamente en bienes muebles.

b) El despojo, como su nombre completo lo indica, recae en inmuebles. El despojo de aguas igualmente, porque la ley se refiere indudablemente a las destinadas al servicio de los predios.

c) Los fraudes, quiebras delictuosas, daño en propiedad ajena y extorsión, pueden reconocer como objeto material indistintamente los bienes muebles o los inmuebles.

198. Para estudiar en detalle las diferencias entre los diversos tipos de delitos patrimoniales véanse adelante núms. 208, 223, 254, 293, 294, 303, 320, 321, 332 y 381.



## CAPÍTULO XIV

### ROBO EN GENERAL

(ARTS. 367, 369 y 369 BIS DEL C. P.)

#### TEMARIO

199. Antecedentes históricos utilizables.—200. El *furtum* del Derecho Romano.—201. Elementos del *furtum* la cosa mueble, la *contrectatio*, la defraudación y el perjuicio.—202. Derecho Francés: primitivo y Código de 1810.—203. Elementos franceses del robo: cosa mueble, sustracción fraudulenta y que la cosa pertenezca a otro; diferencia con el sistema mexicano.—204. Derecho Español: división entre hurto y robo.—205. El robo en nuestra legislación; definición.—206. Elementos del delito.—207. El apoderamiento.—208. El apoderamiento es la constitutiva típica del robo.—209. El apoderamiento es la acción consumativa del robo; su diferencia con la sustracción.—210. La cosa mueble; diversas significaciones.—211. Muebles según su naturaleza material intrínseca.—212. Muebles o inmuebles por ficción del Derecho Privado.—213. Para determinar si una cosa es mueble, en materia de robo, debe atenderse a su real naturaleza.—214. La cosa ajena; diversas hipótesis.—215. Robo de bienes del dominio público; competencia de los tribunales comunes y de los federales.—216. Apoderamiento de bienes mostrencos; caso de fraude.—217. Apoderamiento de bienes indivisos por un copropietario; problemas.—218. Fraude que comete el condueño que dispone indebidamente del bien común.—219. Robo que puede cometer el condueño.—220. Caso no punible de apoderamiento de un bien indiviso.—221. Delito equiparado al robo que puede cometer el condueño.—222. El apoderamiento sin derecho, elemento de antijuridicidad.—223. El apoderamiento sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley; ausencia de consentimiento en los robos violentos, astutos o subrepticios; diferencia con el fraude.—224. Reenvío a capítulos siguientes para el estudio de: el robo ordinario (simple y calificado); el robo con violencia; las reglas especiales del robo y delitos que se le equiparan.

199. Los antecedentes históricos que pueden ser utilizados para la explicación retrospectiva de nuestros preceptos legales vigentes en materia de robo son, principalmente, los principios del Derecho Romano acerca de las diferentes sustracciones de la propiedad (*furtum*) y las reglamentaciones francesa y española, la primera relativa al delito de robo y la segunda referente a hurto y robo.

200. Resumiendo las explicaciones de Mommsen<sup>111</sup> en su *Derecho Penal Romano*, podemos decir que los juristas latinos llamaban en general *furtum* a los delitos consistentes en apropiarse las cosas ajenas, distinguiéndose las siguientes clases: 1. Hurto en general y, sobre todo, de bienes privados; 2. Hurto entre cónyuges; 3. Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*); 4. Hurto de cosechas; 5. Hurtos cualificados de la época imperial (para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los fracturadores, para la circunstancia de nocturnidad, etc.) ; y 6. Hurto de herencias. El hurto violento, sin quedar excluido del concepto general de *furtum*, se consideraba como un delito de coacción.

Dentro de la noción amplísima del hurto romano se incluían, sin tipificarlas especialmente, las modernas nociones diferenciadas de robo, abuso de confianza, fraudes y ciertas falsedades, por estimarse su elemento común el ataque lucrativo contra la propiedad. Según sentencia del jurisconsulto Paulo, recogida por el Digesto y las Institutas, *furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve*.

201. Los elementos del *furtum* eran:

a) La *cosa*, que debería ser mueble, incluyéndose los objetos desprendibles de los inmuebles; también quedaban comprendidos los esclavos, y en la época antigua, ciertos hombres libres por estar sometidos a la potestad doméstica. La causa de haberse limitado el concepto del *furtum* a las cosas muebles derivaba de que en un principio no era conocida la propiedad privada de los inmuebles.

b) La *contrectatio*, o sea el manejo, tocamiento o, en tiempos posteriores, la sustracción de la cosa. Cuando se hacían manejos sobre la cosa de otro con ánimo de apropiación, se cometía el *furtum rei*. Cuando, teniendo un derecho sobre la cosa, se cometía un manejo que sobrepasaba ese derecho, sin ánimo de hacerse propietario, se cometía el *furtum usus*. Cuando el propietario violentaba derechos de otro, que había consentido sobre sus cosas, el manejo se llamaba *furtum possessionis*. Se reputaba haber apropiación de una cosa, cuando se apoderaba alguno de las que se hallaran en posesión legítima de otro, y también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que le correspondiera; por eso las modernas nociones de abuso de confianza y de ciertos fraudes quedaban involucrados en el *furtum*.

<sup>111</sup> El *Derecho Penal Romano*. Trad. esp. Madrid, sin fecha. Tomo II, págs. 199 y sigs.

c) La *defraudación*, consistente en que la apropiación había de ir encaminada al enriquecimiento ilegítimo del que la llevaba a cabo, tomándose la idea de enriquecimiento en un sentido amplio. Siempre que la apropiación se hubiese efectuado sin la debida consciencia de que era ilegítima, aun por error, quedaba excluido el hurto.

d) Por último, el *perjuicio*; la apropiación indebida no era punible sino cuando hubiese causado algún daño en los bienes de otro.

El hurto en Roma era, en términos generales, un delito privado; la acción de llevar ante los tribunales al autor se concedía únicamente al perjudicado, pudiendo ser éste el propietario, el poseedor o el que tuviere interés en que no se distrajera la cosa.

202. Debido a la influencia romana, el primitivo Derecho Penal francés no pudo definir específicamente un especial delito de robo, involucrando en él otros delitos de distinta naturaleza jurídica. En el Código Penal de 1810 ya se tipificó claramente el delito especial diferenciado de otros que, como el abuso de confianza y las estafas, tienen como elemento de semejanza la apropiación indebida.

El Código Napoleónico divide los delitos que llama contra las propiedades en tres grupos: el primero constituido por el robo, el segundo incluyendo las estafas, las quiebras y otros fraudes, y dentro de éstos el abuso de confianza, y el tercero las destrucciones o perjuicios a las cosas, definiendo en cada delito las maniobras o acciones materiales que les son constitutivas.

El artículo 379 del Código Francés citado describe el delito de robo así: *Qui conque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol.* "Cualquiera que sustrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo." De esta manera el Derecho galo disminuyó la extensión del antiguo *furtum* romano. El robo se limitó a un único caso, el de la sustracción fraudulenta, el del manejo por el cual se quita una cosa a su legítimo tenedor o propietario sin su consentimiento

203. La jurisprudencia y la doctrina francesas descomponen la infracción en tres elementos: la cosa mueble, la sustracción fraudulenta y el hecho de que la cosa sustraída pertenezca a otro.

El sistema francés difiere del mexicano especialmente porque el concepto de sustracción es más restringido que el elemento "apoderamiento" de nuestro Código. En efecto, entre nosotros, para la consumación del robo es suficiente que el ladrón realice la aprehensión de la cosa, aun cuando inmediatamente la abandone o lo desapoderen de ella; en cambio, la sustracción fraudulenta, elemento del delito en

Francia, supone dos movimientos sucesivos pero distintos: en primer lugar, el apoderamiento, es decir, la aprehensión, el manejo o la maniobra sobre la cosa, y en segundo lugar, el *enlèvement*, o sea el desplazamiento de ésta, su movilización, que da por resultado la consumación del cambio de la posesión del legítimo detentador al autor del delito.

204. Tanto el derogado Código Español de 1928 como el de 1870 reformado, mencionan al robo y al hurto como dos infracciones distintas, en consideración a la diversidad de procedimientos empleados para lograr el apoderamiento de las cosas. *Son reos del delito de robo los que con ánimo de lucrarse se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas* (art. 493 del Código Penal Español). *Son reos de hurto: los que con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño* (párrafo primero del art. 505 del mismo Código Penal Español).

La distinción española entre hurto y robo proviene de las Partidas, en las que el robo consistía en el apoderamiento por la fuerza y el hurto en la sustracción astuta. La diferencia con nuestro Derecho consiste principalmente en la nomenclatura, ya que en los Códigos mexicanos de 1871, 1929 y el vigente de 1931 el robo en general presenta dos modalidades según sus circunstancias de realización; será robo ordinario el realizado sin violencia física o moral; será robo con violencia aquel en que se logra el apoderamiento por la fuerza física o por intimidaciones morales, según estudiaremos en capítulo posterior (véanse adelante núms. 234 y 260).

205. Con las anteriores nociones históricas y de Derecho comparado, procederemos al estudio del delito en nuestra legislación.

La Comisión Redactora del Código de 1871,<sup>112</sup> queriendo acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desechó, admitiéndose en la redacción de la ley únicamente la denominación de robo. El Código vigente conservó el mismo sistema.

*Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley* (art. 367 del Código Penal vigente, igual al 368 del Código Penal de 1871).

<sup>112</sup> *Exposición de Motivos. Ob. cit.,* pág. 51.

206. Los elementos materiales y normativos del delito de robo, según su estructura legal, son: I. Una acción de apoderamiento; II. De cosa mueble; III. Que la cosa sea ajena; IV. Que el apoderamiento se realice sin derecho; y V. Que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley. Examinaremos por separado cada uno de estos elementos jurídicos en la inteligencia de que se necesita la reunión de todos los enumerados para la existencia del robo.

207. I. *El apoderamiento*.—Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal. En el robo, la cosa no se entrega voluntariamente al autor; éste va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo. La noción de apoderamiento en el delito de robo se limita a la acción de aprehender o tomar directa o indirectamente la cosa. Habrá aprehensión directa, cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente, se adueña de la cosa; así diremos que existe robo por apoderamiento directo cuando el ladrón toma en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento. El apoderamiento es indirecto cuando el agente por medios desviados logra adquirir, sin derecho ni consentimiento, la tenencia material de la cosa; por ejemplo, cuando la hace ingresar a su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amaestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión. La tangibilidad de la cosa por el ladrón no es, en consecuencia, requisito indispensable del robo.

Por dos razones diversas el apoderamiento es el elemento principal del delito de robo, a saber: a) el apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos de enriquecimiento indebido; y b) la acción de apoderamiento es la consumativa del delito de robo.

208. a) El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido. En efecto, en el abuso de confianza, al cometerse la infracción, no existe un apoderamiento de la cosa, puesto que el autor la ha recibido previamente y en forma lícita a título de tenencia; la infracción abusiva radica, no en el acto material del apoderamiento, puesto que ya se tiene la posesión, sino en la disposición indebida, es decir, en el cambio ilícito del destino de la cosa en provecho del autor o de tercera persona. En el

fraude tampoco el apoderamiento es el elemento constitucional; porque la infracción se efectúa por la entrega voluntaria que el defraudado hace de la cosa al defraudador, como resultado de engaños, maquinaciones, artificios o del simple aprovechamiento del error. No es menester establecer diferencia con la quiebra culpable o fraudulenta, porque éstas en el fondo no son sino defraudaciones obtenidas por las ocultaciones, maniobras, arbitrios, o malos manejos causantes de la suspensión de pagos. Como excepción, existe la de aquel delito de despojo de inmuebles o de aguas en que el agente consuma su propósito en la forma de ocupación violenta o subrepticia del bien, en cuyo caso existe un verdadero apoderamiento; por eso los despojos en que la ocupación no se obtiene por el engaño se llaman en la doctrina robo de inmuebles (véanse más adelante núms. 367 y sigs.).

209. b) En nuestro Derecho el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo. *Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella.* (Primera parte del art. 369 del Código Penal).

Al redactarse el anterior precepto del Código vigente, se mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada". Como esta última disposición limitaba literalmente el robo a aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón asía la cosa con sus propios órganos corporales de aprehensión, el Código vigente, con mejor técnica, sustituyó esa frase por la de "tiene en su poder la cosa robada", que permite incluir los apoderamientos desviados o indirectos.

La redacción del artículo 369, anteriormente transcrito, revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para que se consume el delito, por supuesto, siempre que estén reunidos los demás elementos de la infracción. Este sistema mexicano es diferente, según expresamos en párrafos precedentes, al del Código Francés, en el que el elemento sustracción fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia, se descompone en dos movimientos sucesivos: la aprehensión o apoderamiento de la cosa y el *enlèvement*, o sea el desplazamiento o movilización de la cosa que trae como consecuencia hacerla salir materialmente de la esfera de acción del legítimo tenedor, para hacerla ingresar dentro de la esfera de acción del autor. Usando el lenguaje jurídico francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligado directamente a su aprehensión, sino aquel movimiento mecánico que retira la

cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón.

Según Garraud,<sup>113</sup> la sustracción fraudulenta es la maniobra por la cual un individuo quita o se lleva un objeto cualquiera contra la voluntad de su legítimo propietario; la sustracción es, pues, a la vez, una aprehensión y un desplazamiento. En otras palabras, "la aprehensión no es una manifestación completa de la voluntad del ladrón sino hasta que por el desplazamiento se consuma el acto material incriminado". La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de casos sobre el momento preciso en que se consuman determinados robos; los límites entre la tentativa y el delito completo son imprecisos por la ambigüedad del criterio de *enlèvement*. Nuestra legislación, desde 1871, tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre la forma incompleta y la completa de la infracción; por eso, de acuerdo con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento inmediato de la cosa no destruyen la consumación del delito.

Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí, privarle de ella, claro está que la mecánica de la acción implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto; no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero este movimiento de posesión en nuestro derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien.

En resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aun en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar de donde la tomó, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desapoderado del objeto antes de todo posible desplazamiento. Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas.

210. II. *La cosa mueble*.—Por determinación expresa del artículo 367 del Código Penal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede recaer la acción delictiva de robo. La palabra "mueble" puede tener diversas significaciones según se la examine: a) desde el punto de vista puramente material o gramatical; o b) de

---

<sup>113</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo IV, párrafo 2373.

acuerdo con la clasificación, en muchos casos utilitariamente ficticia, que el Derecho Privado hace de los bienes en general dividiéndolos en muebles e inmuebles. Precisa examinar por separado estas dos significaciones para determinar con exactitud lo que el legislador penal quiso entender por cosas muebles al describir el delito de robo.

211. a) De acuerdo con la naturaleza física intrínseca de las cosas, es decir, atendiendo exclusivamente a su naturaleza material, se llaman muebles —movibles— a las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar a otro sin que se altere su sustancia; en otras palabras, las cosas muebles no tienen fijeza y son susceptibles de moverse de un espacio a otro por sí mismas, como en el caso de los animales semovientes; o por la aplicación de fuerzas extrañas. A contrario imperio, según su naturaleza material, serán inmuebles —inmóviles— las cosas fijas, permanentes en el espacio, no transportables, de un lugar a otro, tales como los terrenos y las edificaciones asidas fijamente a los mismos.

212. b) De acuerdo con el Derecho Privado, son bienes muebles, en primer lugar, los que tienen esa naturaleza física, o sea los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior. En segundo lugar, son bienes muebles, por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (arts. 753 y 754 del Código Civil). De estas reglas del Derecho Privado deben exceptuarse aquellos bienes que, aun cuando tienen naturaleza mobiliaria, son estimados legalmente como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado su propietario, o sea por simple disposición de la ley, tales como las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo; los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y forinando parte de ella de un modo permanente; las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente a la industria o explotación de la misma; los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en las tierras donde hayan de utilizarse; las semillas necesarias para el cultivo de la finca; los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario; los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados



total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras estén destinados a ese objeto, y el material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radio-telegráficas fijas (fracs. IV, V, VI, VII, VIII, X y XIII del art. 750 del Código Civil). De acuerdo con el mismo Derecho Privado, estos inmuebles por ficción —verdaderos muebles por su naturaleza— recobrarán su calidad legal de muebles cuando el mismo dueño (y no otra persona) los separe del edificio o heredad.

213. Algunos de nuestros tribunales han aplicado indebidamente el criterio ficticio de distinción entre muebles e inmuebles del Derecho Civil, fundándose en que el Código Penal, al no hacer una explicación de lo que entiende por cosa mueble, ha remitido el problema a la solución del Derecho Privado. Conforme a esta opinión habría que considerar a los apoderamientos de frutos pendientes de recolección, de ganados pie de cría o de ciertos objetos destinados al servicio de un inmueble, como lavabos, hornillas, tinacos, llaves de agua, etc., no como constitutivos del delito de robo, sino, en todo caso, como integrantes de delitos de daño en propiedad ajena o de despojo de inmuebles, resultado absurdo, puesto que estas últimas infracciones presentan características diametralmente opuestas a las de la verdadera acción ejecutada por el delincuente. La sensibilidad jurídica de Jacinto Pallares<sup>114</sup> lo hizo exclamar que “el Código Civil no es un criterio de la legislación penal respecto de la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, pues si lo fuera, resultarían monstruosidades jurídicas, como la de que no hay robo de sementeras, de estatuas de los edificios, de ganado”. Demetrio Sodi,<sup>115</sup> en el mismo sentido, protesta contra el trasplante al campo penal de la clasificación civil entre muebles e inmuebles.

Carrara, en el párrafo 2027 de su *Programma*, dice: “Aunque la cosa sea inmóvil en manos de su propietario, puede haber hurto cuando el culpable moviliza una parte. ¿Qué cosa más inmóvil que la tierra? No obstante es hurto sustraer del campo ajeno piedras o arenas para usarlas en provecho propio.”

Por nuestra parte, con ocasión del informe rendido por el autor de este libro al XI Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín acerca de “La reforma de las leyes penales en México”,<sup>116</sup> ex-

<sup>114</sup> Estudio citado por Demetrio Sodi, *Nuestra ley penal*. 2ª ed. Bouret, México, 1918. Tomo II, pág. 13.

<sup>115</sup> *Nuestra Ley Penal*, citada, tomo II, pág. 15.

<sup>116</sup> González de la Vega, *El Código Penal Comentado*. México, 1939, pág. 50.

presamos: "Otro de los propósitos que presidió la reforma, fue el de eliminar sistemáticamente del Código los conceptos ficticios, los valores convencionales, las definiciones abstractas alejadas de la realidad, que en muchas legislaciones suelen traducirse en artificiosas creaciones, tan frecuentes en el Derecho Privado. Se pretendió hacer del Código Penal un manual legislativo sencillo y sincero en que se atendiera preferentemente a la realidad del delincuente, a la realidad del delito y a la realidad de sus repercusiones antisociales, eliminando fórmulas ficticias. Especialmente en el Libro Segundo del Código, destinado a la enumeración de los elementos constitutivos de los delitos en particular y a sus sanciones, se tuvo presente el criterio de eliminación de lo convencional." Aplicando la anterior doctrina al problema que nos ocupa debe concluirse que la única interpretación posible para la frase "cosa mueble" empleada en la descripción del delito de robo, es la de atender a la real naturaleza del objeto en que recaiga el delito. Todos los bienes corpóreos de naturaleza intrínseca transportable pueden servir de materia a la comisión de un robo. En cambio los bienes o cosas incorpóreos, tales como los derechos, créditos, acciones jurídicas, pensamientos, como no pueden ser susceptibles de apoderamiento o aprehensión, no pueden servir de objeto material de robo; pero cuando esos derechos se hacen constar en documentos, entonces deben incluirse entre las cosas corpóreas, posible materia de apoderamiento, como en el caso de actuaciones judiciales, títulos de crédito y demás documentos con obligatoriedad jurídica.

Por otra parte, nuestro Máximo Tribunal, la H. Suprema Corte de Justicia, en tesis visible en el Tomo XXVII, pág. 1525, Quinta Época, ha establecido: "Robo.—Tratándose del apoderamiento de una cosa que se encuentra adherida al suelo y que forma parte del mismo, como lo es el yeso, aun cuando materialmente se arranque, no puede esto considerarse como el apoderamiento de una cosa mueble".

214. III. *La cosa ajena*.—Que la cosa sea ajena es un elemento del delito de robo indispensable de demostrar en los procesos, aun cuando sea por pruebas indiciaria o confesional, porque el robo, como los otros delitos de enriquecimiento indebido, constituye en su esencia jurídica un ataque dañoso a los derechos patrimoniales de cualquiera persona.

Nadie puede robarse a sí mismo; nadie puede cometer robo en sus bienes propios; estas conclusiones son evidentes, a pesar de que en el mismo capítulo de robo la fracción I del artículo 368 sanciona la disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutadas por el dueño, si la cosa se encuentra dada en prenda o en ciertos depósitos obligatorios; pero este atentado cometido por el dueño en sus propios bienes no es

propriadamente un robo, sino, como se expresa en el encabezado del precepto que lo define, un delito que "se equipara al robo y se castiga como tal". Más adelante haremos el estudio de este especial delito (véanse números 278 y sigs.).

La locución "cosa ajena", empleada por la ley al tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional: la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se dé por comprobado este elemento normativo e imprescindible del robo, basta que se demuestre por cualesquiera de los sistemas probatorios procesales que el objeto mueble materia de la infracción no pertenece al autor. Para la configuración del delito, poco interesa determinar con exactitud quién es su legítimo propietario o poseedor; este dato tendrá sumo interés para determinar quiénes son los perjudicados a los que se deba reparar el daño causado por el ladrón, pero no es necesario para la demostración del delito.

De todas maneras, conviene examinar algunas hipótesis que pueden registrarse con motivo del apoderamiento de cosas ajenas, porque de ellas derivan especiales reglas jurídicas:

215. a) Existen ciertos bienes pertenecientes a la Federación, a los Estados o a los Municipios que se denominan bienes del dominio del poder público, y se dividen en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios del poder público (véanse arts. 765 y sigs. del Código Civil). Generalmente los bienes del dominio del poder público son inmuebles, pero también pueden formar parte de ellos cosas muebles en las que recaiga un posible delito de robo, tales como libros, manuscritos, documentos, cuadros, estatuas, objetos de arte de los archivos, bibliotecas o museos del Estado, mobiliario y enseres de los establecimientos o servicios públicos, dinero o títulos del tesoro de las entidades públicas, etc., etc. Si del robo resulta perjudicada la Federación, el asunto será de la competencia del orden federal, de acuerdo con el inciso "e" de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. A contrario imperio, dado nuestro sistema constitucional en que las facultades que no están expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados, si el robo recae en bienes muebles pertenecientes a las Entidades Federativas o a los Municipios, la competencia será de los tribunales comunes (arts. 104 y 124 de la Constitución).

216. b) El apoderamiento puede efectuarse en bienes mostrencos que, de acuerdo con el artículo 774 del Código Civil, son los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignora.

Indudablemente las cosas mostrencas son ajenas al autor de su ha-

hallazgo porque no le pertenecen en propiedad; sin embargo, creemos que su apoderamiento no puede estimarse como constitutivo del delito de robo por ausencia del elemento antijuridicidad, ya que el mismo Código Civil lo autoriza indirectamente al imponer como obligación al autor del hallazgo entregarlo dentro de tres días a la autoridad municipal, lo que hace imprescindible la aprehensión de la cosa. El que se apodere materialmente del bien mostrenco y no cumpla el mandato legal, habrá incurrido en un incumplimiento simple de sus obligaciones civiles; pero si posteriormente procede como dueño de la cosa y la enajena, empeña o grava, podrá estimarse el caso como constitutivo del delito de fraude a que se refiere la fracción II del art. 387, reformado, del Código Penal, por haber dispuesto de la cosa con conocimiento de que no tenía derecho a ello. Por supuesto, las anteriores observaciones sólo serán aplicables cuando se demuestre plenamente que el bien era mostrenco y no cuando el imputado alegue esta circunstancia como un simple pretexto. Tampoco serán aplicables al caso en que el autor del apoderamiento lo realiza en bienes que él ignora a quién pertenecen, pero sabe, por la naturaleza misma de los hechos, que no están perdidos definitivamente ni abandonados.

El Código Penal de 1871, en la fracción II del artículo 378, prescribía expresamente que la pena correspondiente al valor de lo robado se reduciría en una tercera parte: *Cuando el que halle en lugar público una cosa que tenga dueño sin saber quién sea éste, se apodera de ella y no la presenta a la autoridad que corresponda dentro del término señalado en el Código Civil.* Esta útil regla fue suprimida indebidamente en el Código vigente. Su existencia solucionaba satisfactoriamente los casos a que nos referimos en el párrafo anterior.

217. c) Problema muy interesante y difícil de dilucidar es la posibilidad de existencia del delito de robo entre copropietarios de un bien mueble corpóreo indiviso. La jurisprudencia francesa, en forma casi constante, se ha resuelto por la afirmativa al examinar casos concretos de "sustracción fraudulenta" por copropietarios entre sí, tales como las cometidas por un heredero antes de la división de bienes; por un copropietario que se adueña los frutos de un inmueble indiviso o del título de propiedad del mismo; por el inventor de un tesoro que se apropia la parte del dueño del terreno en que efectúa el hallazgo; por el aparcero que se lleva los frutos depositados en el almacén común, etc., etc. La opinión de los tribunales franceses puede resumirse en la clara frase de Garraud:<sup>117</sup> "Al apropiarse la cosa común, el copropietario comete robo respecto de la porción indivisa de esa cosa que no le pertenece." En sentido contrario, el español Groizard,<sup>117 bis</sup>

<sup>117</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 2384.

<sup>117 bis</sup> *El Código Penal. Ob. cit.*, tomo IV, pág. 60.

manifiesta que "las cosas poseídas en común de que un socio violentamente se apodera, las que pertenecen a un caudal hereditario y de que un albacea o un coheredero con fuerza en las cosas se posesiona, no tienen el carácter de ajenas para dar vida al delito de robo".

Ante tan encontradas opiniones, y si bien es cierto que la cosa indivisa es parcialmente ajena para cada uno de sus propietarios y que, por tanto, pudiera estimarse reunido el tercer elemento del delito de robo, se hace necesario un examen integral del problema para encontrar su justa solución conforme a las normas del Derecho Mexicano, tanto en su rama civil aplicable al problema, porque es la que define los diversos derechos patrimoniales reconocidos y tutelados legalmente, como en su rama penal, que describe las acciones delictivas perjudiciales al patrimonio de las personas.

Existe indivisión cuando una cosa pertenece al mismo tiempo a varios copropietarios y el derecho de cada uno de ellos existe sobre el conjunto, y no sobre una porción determinada, de la cosa común. Planiol <sup>118</sup> dice: "La parte de cada propietario no es una parte material, sino una parte proporcional que se expresa por una cifra; una tercera, una cuarta, una décima parte. La cosa no está dividida, es el derecho de propiedad el que se divide. Se puede representar el derecho de cada propietario como refiriéndose a cada molécula de la cosa, en la cantidad proporcional que corresponde a cada uno." *Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenece pro-indiviso a varias personas* (art. 937 del Código Civil). La copropiedad se establece con tendencia transitoria, pues los que tienen el dominio común no pueden ser obligados a conservarla indivisa, y si el dominio no es divisible o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición del precio (véanse arts. 939 y 940 del Código Civil).

En términos de generalidad, cuando un partícipe de la cosa indivisa se apodera materialmente de la misma aun sin consentimiento de los otros copropietarios, no puede estimarse el hecho como constitutivo de robo, porque el artículo 796 del Código Civil autoriza indirectamente a los diversos copropietarios a la toma de posesión —apoderamiento— del bien. *Cuando varias personas poseen una cosa indivisa podrá cada una de ellas ejercer actos posesorios sobre la cosa común, con tal que no excluya los actos posesorios de los otros coposeedores.* Así pues, por regla general, no es ilícito el acto de posesionarse de la cosa común cometido por uno de los titulares de su dominio; podrá si acontecer que al realizarse este acto lícito el copropietario abuse de

---

<sup>118</sup> *Traité de Droit Civil. Ob. cit.,* tomo I, párrafo 2497.

su derecho, por lo que es menester examinar las diversas hipótesis de extralimitación penal posiblemente realizables.

218. 1. Si el copropietario tiene de antemano la tenencia material de la cosa, toda posibilidad de robo se desvanece por ausencia manifiesta del elemento apoderamiento; pero si el poseedor del bien común abusa de su derecho y dispone de la cosa indebidamente, sin consentimiento de los otros titulares, y la enajena, arrienda, empeña o grava de cualquier modo, obteniendo un lucro, habrá cometido el fraude descrito en la fracción II del art. 387, reformado del Código Penal, por haber dispuesto de la cosa con conocimiento de que no tenía derecho suficiente para ello. Por supuesto, esta solución no se aplica al caso en que el partícipe se limita a efectuar las citadas operaciones en su parte proporcional, porque a ello tiene derecho legal.

219. 2. Cuando el partícipe no tiene la posesión material o virtual de la cosa indivisa y, para hacerse de ella, la toma sin consentimiento del que la tenía en su poder, evitando así intencionalmente y de hecho la posibilidad de que los otros propietarios efectúen sus actos posesorios, cometerá un robo liso y llano, porque conforme al artículo 796 del Código Civil el apoderamiento resulta ilícito. Aquí sí sería de estricta aplicación la frase: "Al apropiarse la cosa común, el copropietario comete robo de la porción indivisa de esa cosa que no le pertenece."

220. 3. En el caso de que el copropietario teniendo plenos derechos posesorios no tenga de hecho la posesión material de la cosa indivisa y la tome, aun sin consentimiento del detentador, pero respetando íntegramente los actos o derechos posesorios de sus copartícipes, el apoderamiento no habrá sido en sí mismo ilícito, en atención a que el Código Civil le concede derecho a ejercer actos posesorios, no existiendo, consecuentemente, el delito de robo por ausencia del elemento "sin derecho". Pero con motivo de esta forma de apoderamiento, puede el agente cometer otros tipos de delito, como en el caso de que para realizar actos posesorios se valga de un allanamiento de morada, un daño en propiedad ajena, amenazas, lesiones o violencias físicas sobre las personas o cualquier otro episodio delictivo, en cuyos casos deberá incriminársele, no por el robo, sino por la infracción emergente. Además, por el hecho de hacerse justicia por sí mismo, podrá incurrir en el delito de privación de garantías previsto en la fracción II del artículo 364 del Código Penal, en relación con el artículo 17 de la Constitución.

221. 4. Por último, el partícipe no tiene la posesión material de la cosa, en virtud de una disminución obligatoria de sus derechos, como si la cosa se encuentra secuestrada, dada en prenda o depósito, mediante obligación legal o contractual, y transgrediendo esas limitaciones obligatorias que disminuyen sus facultades, se apodera ilícitamente del bien, dispone del mismo o lo destruye. El hecho constituirá el delito previsto en la fracción I del artículo 368 del Código Penal, que se equipara al robo y se sanciona como tal (véanse adelante números 278 y sigs.).

222. IV. *El apoderamiento sin derecho.*—La mención que hace nuestro Código al describir el robo exigiendo para su integración que el apoderamiento se realice sin derecho es innecesaria y, en cierto sentido, tautológica, puesto que la antijuridicidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie; así como el apoderamiento para ser constitutivo de robo necesita ejercitarse sin derecho o antijurídicamente, así también la muerte de otro para ser delito de homicidio requiere que el acto sea ilícito, etc., etc. Jiménez de Asúa,<sup>119</sup> al tratar de definir el delito en general según su sustancia jurídica, llega a la conclusión de que “es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad”. Aparte de la tipicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, la antijuridicidad es elemento *sine qua non* de la infracción criminal cuando el acto imputable a un hombre está tipificado especialmente en la ley y provisto de penalidad y no será delito si el agente lo ha ejecutado lícitamente; tal es el caso de las lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir, en los deportes, o en ejercicio de la profesión médica (véanse en la Primera Parte de esta misma obra núms. 17 y sigs.). Igual acontece en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero con derecho, por ejemplo, en virtud de un secuestro legal.

223. V. *El apoderamiento sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley.*—La acción de apoderarse de las cosas sin consentimiento de la persona que puede disponer de ellas con arreglo a la ley puede manifestarse en tres diversas formas, según los procedimientos de ejecución empleados por el autor, a saber:

a) Contra la voluntad libre o expresa del paciente de la infracción, lográndose el apoderamiento por el empleo de la violencia física o moral contra el sujeto pasivo. En esta forma de rapiña puede acon-

<sup>119</sup> La teoría jurídica del delito. Discurso inaugural del Curso Universitario 1931-1932.

tecer que la víctima, por el estado de miedo que la sobrecoge, entregue los bienes, pero esta voluntad ficticia de entregar la cosa no destruye el apoderamiento ilícito, si que agrava legalmente su penalidad.

b) Contra la voluntad indudable del paciente de la infracción, pero sin el empleo de violencias personales, como en el caso en que la víctima contempla el apoderamiento sin poderlo impedir por la rapidez o habilidad de la maniobra de aprehensión o circunstancias análogas.

c) Por último, en ausencia de la voluntad del ofendido, sin conocimiento ni intervención de éste, cuando el robo se comete furtiva o subrepticamente.

Las tres anteriores hipótesis de procedimientos de ejecución del apoderamiento tienen como rasgo común el de que se cometen *sin consentimiento* del paciente del delito, que es el elemento exigido por la ley. Cuando el apoderamiento se realiza con el consentimiento libre, tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparece la figura delictiva del robo por faltarle el elemento normativo a que nos estamos refiriendo.

Si el agente obtiene la entrega voluntaria de la cosa como resultado del aprovechamiento que hace del error del que la tiene, o mediante engaños, mentiras, falacias o maniobras y artificios dolosos, surge el delito de fraude (encabezado del art. 386 reformado del Código Penal). Carrara<sup>120</sup> dice que, siendo la propiedad un derecho alienable, puede intuirse que el consentimiento tácito o expreso, prestado libre y espontáneamente, para la toma del bien, elimina el hurto; y lo elimina al grado de que, cuando se ha prestado el consentimiento como consecuencia de un engaño, desaparece también el hurto, sin perjuicio de que el hecho sea punible bajo otro título (fraude).

224. Aparte de la descripción del delito y de la regla para determinar el momento de su consumación, ya comentadas, el capítulo de robo en el Código Penal contiene diversas disposiciones, unas relativas a su penalidad ordinaria o agravada y otras a fijar normas especiales para ciertos casos de robo.

En este libro estudiaremos en capítulos separados: la penalidad del robo en general; el robo ordinario: simple y calificado; el robo con violencia, y las reglas especiales del robo y delitos que se le equiparan.

---

<sup>120</sup> *Programma. Ob. cit.*, tomo IV de la *Parte Speciale*, párrafo 2034.



## CAPÍTULO XV

### PENALIDAD DEL ROBO

#### TEMARIO

225. El polifasismo del robo dificulta la solución de su penalidad.—226. Diversos derechos tutelados.—227. Compleja causación preferentemente económica del robo.—228. Matices de sus móviles.—229. Diversos modos de ejecución.—230. Distintas circunstancias personales de sus autores.—231. Variedad en la cuantía.—232. Sistema de penalidad: paralelismo entre la pena y el importe de lo robado y agravaciones por circunstancias de modo o lugar de comisión o personales del infractor.—233. Cuadro analítico de la penalidad del robo.

225. Grave problema ha sido para todas las legislaciones, presentes y pretéritas, encontrar adecuado sistema punitivo para el delito de robo. El acentuado polifasismo de éste ha dificultado grandemente la solución del problema, independientemente de que las tácticas adoptadas no pueden reputarse definitivas, por la constante variación de las circunstancias que la motivan. Variados y complejos son: *a)* los derechos protegidos por la sanción del robo; *b)* las causas del delito; *c)* los móviles y finalidades que lo presiden; *d)* las formas de su comisión; *e)* las circunstancias personales del infractor y las de modo y lugar; *f)* los efectos dañosos que puede producir en la víctima.

226. *a)* La represión de todos los delitos contra las personas en su patrimonio ha sido estatuida para proteger, en general, cualquiera especie de derechos patrimoniales (véase antes núm. 184). Ahondando el tema concretamente para el robo, el análisis jurídico de sus constitutivas conduce a insistir en que la tutela penal del patrimonio no se limita a la propiedad, sino alcanza a cualquier derecho posesorio sobre las cosas muebles. Puede ser ofendido por el robo todo poseedor de la cosa (usuario, usufructuario, depositario, acreedor prendario, etc.); es, pues, un delito contra los muy variados derechos de posesión en el sentido más amplio del concepto, que se ven afectados injustamente por el apoderamiento ilícito.

227. b) El robo es una manifestación material de la circulación ilícita de la riqueza mobiliaria en perjuicio de la colectividad. Se observa su evidente naturaleza económica porque, a pesar de que su etiología es muy compleja, reconoce como causa muy constante y preferente la desproporción patrimonial entre un escaso número de privilegiados y la masa de miserables, obteniéndose los primeros en no ser desalojados, en mantener un feudalismo económico, mientras sobre la vida de millones de seres pesan la ignorancia, la insuficiencia de los alimentos, las habitaciones malsanas, el salario exiguo frecuentemente defraudado, el alcoholismo y la drogadicción, que producen como infortunadas consecuencias los fenómenos de la mendicidad, de la vagancia y del crimen. La explosión demográfica, las grandes crisis económicas, tan frecuentes en el mundo entero después de las grandes guerras, el acaparamiento de las fuentes de trabajo, la invasión del maquinismo y la especialización cada vez más acentuada en las diversas industrias, excluyen a un gran número de individuos aptos de todo trabajo, por lo que buscan la satisfacción de sus necesidades en la detentación del caudal ajeno.

Ante la Convención Nacional contra la Delincuencia, diversos colaboradores en los trabajos de redacción de la legislación vigente expresamos:<sup>121</sup> "No se puede intentar en forma simplista disminuir la acción represiva en contra de los delitos que atacan el patrimonio, porque se podría perjudicar a los pequeños propietarios que gozan de un patrimonio familiar, o dejar sin garantía el goce del producto del trabajo, o la propiedad comunal de los ejidos. Y aun la misma propiedad privada, según el concepto más radical, conserva la garantía de la defensa jurídica por medios penales, porque la socialización se refiere en primer término a los instrumentos de producción, y la sanción penal no es propiamente la defensa jurídica de la propiedad, sino una reprobación subjetiva, porque indica un estado peligroso de quien a su vez trata de convertirse en propietario individual por medios ilegítimos."

Dada la compleja causación del robo, preferentemente económica, la profilaxis social sólo puede obtenerse a través de la descomunal tarea de una más equitativa distribución de la riqueza. Actualmente, precisa reconocerlo, los intereses de clases del proletariado no pueden considerarse como suficientemente resguardados con las disposiciones de leyes preventivas o represivas que se aplican en casos de excepción y de anormalidad. En este terreno la acción social sólo puede ser efectiva, en primer lugar y para contribuir a la profilaxis de los delitos

<sup>121</sup> *La unificación de las leyes penales en México y el Congreso contra la Delincuencia*. (Estudio presentado por Ceniceros, Teja Zabre, Luis Garrido, Carrancá y Trujillo y González de la Vega.) *Criminalia*, año III, núm. 1º, pág. 3.

patrimoniales, por el esfuerzo de los Departamentos y de las leyes especiales, y principalmente por la acción directa e inmediata de las autoridades supremas que tienen a su cargo la obra de renovación y de transformación revolucionaria de las instituciones. Como medidas legalistas complementarias debe favorecerse la inclusión en nuestros textos penales de nuevas figuras de delito tuteladoras de los derechos industriales de las clases laborantes, tal y como se ha propuesto con diferencias de detalle por Raúl Carrancá y Trujillo y Carlos Franco Sodi.<sup>122</sup>

228. c) Entre los móviles o motivos inmediatos que impulsan a los diversos ladrones, se encuentran variados matices, que van desde el simple deseo de satisfacer ocasionalmente necesidades más o menos imperiosas, hasta la exagerada codicia.

229. d) Las formas o modos mecánicos de comisión, son también muy diversos. Todos los robos suponen la ausencia de consentimiento de la víctima para el apoderamiento ilícito; pero esta ausencia de consentimiento se manifiesta de distintas maneras: en el atraco o robo violento, por el empleo depredatorio de la fuerza física o del constreñimiento moral; en el robo astuto, por la habilidad o destreza en la maniobra y en el robo subrepticio, por el empleo de procedimientos furtivos que no permitan al ofendido la menor intervención ni conocimiento de los hechos (véase antes núm. 223)

230. e) De la misma manera, pueden ser diversas las circunstancias personales del infractor o las de modo y ocasión objetiva del delito. El robo puede ser cometido aprovechando ciertas ligas personales entre la víctima y el ladrón, tales como el parentesco, la confianza, relaciones contractuales de prestación de servicios, etc.; puede cometerse en variadas ocasiones: de día o por la noche, en tiempos normales o en épocas de calamidad pública; en diferentes lugares: poblado o despoblado, lugares de acceso público o de acceso privado, como edificios, casas habitadas o lugares cerrados; puede lograrse empleando instrumentos o medios mecánicos que faciliten la tarea: llaves falsas, ganzúas, escalamiento, fractura, etc.

231. f) Por último, examinando objetivamente el importe del daño causado a la víctima, éste puede consistir en: desde la comisión de simples raterías de objetos de ínfimo valor, hasta los apoderamien-

---

<sup>122</sup> *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 2ª ed. México, 1941, pág. 27.

tos ilícitos de objetos preciosos; subjetivamente, también varía la importancia del daño causado a la víctima según el bienestar económico en que se encuentre, o el valor de uso que tengan las cosas de que se ve desposeído.

232. Las legislaciones de los distintos países, ante el complejo polifasismo del delito de robo a que nos hemos venido refiriendo —dado lo variado de su cuantía y de sus circunstancias concurrentes—, han optado, para regular la penalidad, por un sistema minuciosamente objetivo y casuista en que la pena se mide más o menos en proporción paralela al importe de lo robado y se agrava por la concurrencia de calificativas derivadas de circunstancias de modo o lugar de comisión o personales del infractor.

Este paralelismo métrico es el que, en general, sigue nuestro Código Penal vigente, que, aun cuando disminuyó notablemente las reglas detalladas y meticulosas del clásico Código Penal de 1871, conservó como base de la penalidad una métrica relativamente casuista. Afortunadamente, dada la amplitud de márgenes de la pena establecida para cada caso concreto, el uso prudente del arbitrio judicial puede dar un contenido elástico y subjetivo a las sanciones.

233. Ya hemos explicado con anterioridad que la legislación mexicana desde el Código Penal de 1871 no reconoce distintos nombres para el hurto (caracterizado por la ausencia de modos violentos en su comisión) y el robo o rapiña (caracterizado por la violencia) como en diversas legislaciones. Por eso puede afirmarse, como nos sugiere Franco Guzmán, que el robo violento es simplemente un robo calificado. En su Exposición de Motivos al Código de 1871, Martínez de Castro se refiere a que: “Queriendo la Comisión acomodarse al lenguaje común, en el cual no se conoce la distinción legal entre hurto y robo, la desechó de su proyecto...” Jiménez Huerta<sup>122 bis</sup> afirma que “la cuestión no reviste otra importancia que la meramente formal, pues la diferenciación tiene también trascendencia penalística en aquellas legislaciones que, como en la de México, no admiten dicha formal dualidad típica”.

Por nuestra parte y desde las primeras ediciones de este libro, sin negar importancia a otras interpretaciones, la especial complejidad del robo violento en que se reúnen o pueden coexistir diversos tipos de graves atentados jurídicos, la coacción fundamentalmente nos lleva a

---

<sup>122 bis</sup> *Derecho Penal Mexicano*, tomo IV, pág. 30.

considerarlo más que como un delito calificado, como un tipo especialmente destacado con lineamientos propios (distinto a los que para distinguirlos llamamos en general robos ordinarios), en que se yuxtaponen, para integrar la nueva figura, diversas infracciones formales, conforme al cuadro analítico siguiente:

PENALI-  
DAD DEL  
ROBO EN  
GENERALROBO  
ORDINARIO  
O NO  
VIOLENTO

## SIMPLE

1. *Por valor que no exceda de cien veces el salario.*—Penalidad: hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario. (Art. 370, primer párrafo.)
2. *Por valor que exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas.*—Penalidad: de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario. (Art. 370, segundo párrafo.)
3. *Por valor que exceda de quinientas veces el salario.*—Penalidad: de cuatro a diez años y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario. (Art. 370, párrafo tercero.)
4. *Por valor no estimable en dinero.*—Penalidad: de tres días hasta cinco años de prisión. (Art. 371, primer párrafo.)

Por cir-  
cunstan-  
cias de  
lugar

1. Lugar cerrado.
2. Edificio, vivienda, aposento o cuarto habitados o destinados para habitación.
3. Vehículos estacionados y no ocupados.
4. Vehículos particulares o de transporte público.
5. Aprovechando confusión o catástrofe.
6. Oficina bancaria, recaudadora o que guarde caudales.

Por cir-  
cunstan-  
cias per-  
sonales

1. Dependientes.
2. Domésticos.
3. Obreros.
4. Artesanos.
5. Aprendices.
6. Discípulos.
7. Huésped o comensal.
8. Dueño o sus familiares contra sus dependientes, domésticos u otras personas.
9. Dueños, dependientes, encargados o criados contra huéspedes o clientes.

CALIFICADO  
PENALIDAD: Se aumentará de tres días a tres años a las penas del robo simple. (Art. 381), o de tres días a diez años o hasta las dos terceras partes (Art. 381 bis).

ROBO  
CON  
VIOLENCIA  
(arts. 372 y  
373)

1. *Violencia que no constituya otro delito.*—Penalidad: a la del robo ordinario se agregará de seis meses a tres años de prisión.
2. *Violencia que constituya otro delito.*—Penalidad: se aplicarán las reglas de acumulación.

## CAPITULO XVI

### ROBO ORDINARIO: SIMPLE Y CALIFICADO

(ARTS. 370, 371, 381 Y 381 BIS DEL C. P.)

#### TEMARIO

234. Robo ordinario o no violento; su división en simple y calificado.—235. Robo simple; razones y crítica de su penalidad según la cuantía.—236. El valor intrínseco de lo robado.—237. Valor que no exceda de cien veces el salario.—238. Valor que exceda de cien veces el salario pero no de quinientas.—239. Valor cuando exceda de quinientas veces el salario.—240. Robo de cosas no estimables en dinero, en que no fuere posible fijar su valor o cantidad.—241. Penalidad de la tentativa en que no se pueda determinar el monto.—242. Robos calificados; agravaciones en razón del lugar y en razón de cualidades personales.—243. Robos calificados por circunstancias de lugar; su división.—244. Lugar habitado o destinado para habitación.—245. Las dependencias de edificios habitados, problema.—246. Lugar cerrado; interpretación gramatical del concepto; los edificios no habitados ni destinados para habitación son lugares cerrados.—246 bis. Robo de vehículos estacionados.—247. El abigeato en campo abierto o paraje solitario.—248. Robos calificados por circunstancias personales; su clasificación en robos cometidos por trabajadores, dueños, huéspedes o comensales.—249. Razón de la agravación; crítica general.—250. Robo de trabajadores; clasificación.—251. Robo de domésticos; requisitos; crítica.—252. Robo de dependientes.—253. Robo de obreros, artesanos, aprendices o discípulos.—254. Distinción entre el robo cometido por trabajadores y el abuso de confianza cometido por los mismos.—255. Robos cometidos por ciertos dueños; enumeración.—256. Primer caso.—257. Segundo caso.—258. Robo de huéspedes o comensales.

234. Se llama robo ordinario, por exclusión, al que no se ejecuta con violencia física o moral. En el siguiente capítulo estudiaremos destacadamente la figura del robo violento y, al hacerlo, podrá observarse que su penalidad especial se limita a los casos en que la violencia física o moral se realiza en las personas, excluyéndose del concepto la violencia efectuada en las cosas, la que queda comprendida dentro de la penalidad del robo ordinario (véase adelante núm. 261).

El robo ordinario se divide en: I. Robo simple o no calificado, cuya penalidad se mide en proporción al valor de lo robado; y II. Robo calificado, por circunstancias previstas en la ley, en atención al *lugar* en que se cometa el delito o a ciertas *cualidades personales* del ladrón; su penalidad se establece aumentando de tres días a tres años a las sanciones previstas para la cuantía del valor de lo robado. Véanse los artículos 370, 371 y 381 reformados y el 381 bis, que examinaremos en los párrafos siguientes.

235. **ROBO SIMPLE.**—La base para medir la penalidad en el robo simple, ausente de calificativas, es el valor en dinero de la cosa sustraída. Groizard,<sup>123</sup> siguiendo casi literalmente las doctrinas de Carrara, funda clásicamente la necesidad de medir la pena en proporción al importe de las cosas robadas, diciendo: “La idea de que el valor de lo robado acrecienta la delincuencia, se presenta a nuestro espíritu con la certidumbre de una intuición instintiva. La fuerza moral del delito aumenta con la ostentación de una mayor perversidad en el agente, y también su daño material con el mayor valor de la cosa robada, porque implica un mayor desastre en el patrimonio del ofendido. Si no se graduase el castigo en relación al precio de los objetos sustraídos, se excitaría a los ladrones a cometer los más grandes robos, puesto que habrían de sufrir por ellos iguales penas que por los de escasa cuantía, reportando, en cambio, menos utilidades.”

No parece del todo equitativo el anterior pensamiento, porque en la mayor parte de los robos el ladrón, al realizar el apoderamiento ilícito, ignora el verdadero valor de las cosas de que se apropia; acontece a menudo que proponiéndose el agente apoderarse de cosas que supone de gran valor, resulta defraudada su codicia ante la verdadera calidad inferior de los objetos; también puede suceder que habiéndose propuesto un apoderamiento de objetos de mínimo valor, éstos resulten preciosos. Macedo<sup>124</sup> cita el ejemplo de dos carteristas que roban en idénticas circunstancias, “sin que haya más diferencia que la de que en un caso la cartera robada no contenga sino papeles sin valor y en el otro una cantidad considerable de billetes de Banco; los ladrones hablarán de buena o mala suerte según el resultado final de su acto. ¿Pero la ley podrá dejar al acaso la pena? ¿Será admisible que de hecho a uno de esos *carteristas* se le imponga sólo arresto de meses en tanto que al otro se le impongan años? En rigor la culpabilidad de uno y de otro son iguales, sobre todo desde el punto de vista de la perversidad y de la temibilidad, y por lo mismo la pena debiera ser la misma o por lo menos semejante”.

Más acertado nos parece el criterio de la legislación francesa que menciona una sola penalidad con amplio margen entre su máximo y mínimo para el castigo de los robos simples, sin atender para nada al dato objetivo del precio de los objetos sustraídos (art. 401 del Código Penal Francés). Dentro de este sistema el juez puede, usando racionalmente de su arbitrio, atemperar o incrementar el rigor de la ley, pudiendo así establecer una verdadera individualización de la pena, especialmente necesaria en un delito como el robo, cuya gravedad depende

<sup>123</sup> *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. 2ª ed. Madrid, 1914. Tomo VI, pág. 236.

<sup>124</sup> *Trabajos de Revisión del Código Penal*. México, 1914. Tomo IV, pág. 546.



de tantas condiciones diversas. Dicha individualización debe ser labor del juez y no de la ley (Garraud).<sup>125</sup>

236. Nuestro Código ordena que para estimar la cuantía del robo —base de la penalidad—, *se atenderá únicamente al valor intrínseco de la cosa robada*. En consecuencia, se deberá considerar como valor el real de la cosa, no el anterior o posterior, sino su exacto precio en el momento de la apropiación, que en los procesos, deberá ser fijado por peritos. No sería correcto determinar el precio atendiendo al valor de uso o al efectivo que le otorguen los ofendidos; los lucros que haya dejado de percibir la víctima o los daños emergentes que le resulten, no podrán tomarse en cuenta para determinar la cuantía del robo, pero sí deberán estimarse para los efectos de la reparación del daño.

237. Nuestro Código Penal, ha establecido diversas especies de sanciones derivadas del valor de los objetos robados, y a partir de la reforma por decreto del 31 de diciembre de 1945 publicado en el *Diario Oficial* del 9 de marzo de 1946 en que fundamentalmente tuvo por objeto aumentar los términos de la sanción y por lo tanto el arbitrio del juzgador. Posteriormente en la reforma de diciembre de 1975 publicada en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1975, el Legislador atento al decreciente valor de la moneda aumentó la cuantía o valor de los objetos materia del delito.

Una última reforma, aún más acertada de nuestros legisladores ha sido la del decreto del 26 de diciembre de 1981, publicado en el *Diario Oficial* del 29 del mismo mes y año, corregido según fe de erratas en los *Diarios Oficiales* de 13 y 15 de enero de 1982, que en el artículo 369 agrega: "*En cuanto a la fijación del valor de lo robado, así como de la multa impuesta, se tomará en consideración el salario en el momento de la ejecución del delito*".

Posteriormente, por decreto del 29 de diciembre de 1984 (*D. O.* 14 ene. 1985), se adicionó el artículo 369 bis, que dice: Para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este Título, se tomará en consideración el salario mínimo general vigente en el momento y en el lugar en donde se cometió el delito.

Es preciso hacer notar, que los legisladores en las últimas reformas, encontraron la fórmula en cuanto para fijar el valor de lo robado, la penalidad estableciendo como multa que varía considerando el salario mínimo en el momento de la ejecución del delito, en el momento y en el lugar donde se cometió el ilícito, evitando con ello, constantes reformas por las continuas devaluaciones o fluctuaciones de la moneda.

<sup>125</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 2394.

Por lo que toca al robo, nos encontramos con tres diversas sanciones, dependiendo del valor, a saber:

a) *Cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario.* Primera parte del artículo 370, reformado por decreto del 26 de diciembre de 1981 publicado en el *Diario Oficial* del 29 del mismo mes y año y corregido según fe de erratas *Diarios Oficiales* del 13 y 15 de enero de 1982:

238. b) *Cuando exceda de cien veces el salario pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario (segunda parte del art. 370).*

239. c) *Cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.* (Tercera parte del mismo art. 370 reformado).

Son válidas aquí las consideraciones ya expuestas, aparte de que permiten al juzgador hacer más amplio uso del arbitrio señalando una sanción adecuada a la personalidad de los infractores. Las modificaciones de las penas corporal y pecuniaria se refieren, obviamente, al robo simple.

240. *Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero, o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor se aplicará prisión de tres días hasta cinco años.* (Primera parte del art. 371 reformado por decreto del 29 de diciembre de 1950 *Diario Oficial* del 15 de enero de 1951.)

Este precepto, complementario de los anteriores, sirve para llenar el vacío de penalidad en aquellos casos en que existe imposibilidad de determinar la valorización en dinero de los bienes sustraídos, sea porque la cosa no pueda estimarse pecuniariamente o por cualquiera otra circunstancia que lo impida. Tendrá aplicación especialmente para el caso de robo de actuaciones judiciales o administrativas o de documentos cuyo valor no pueda reducirse a una suma en dinero; así se logra evitar indecisión en la aplicación de la penalidad.

241. e) *En los casos de tentativa de robo, cuando no fuera posible determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión (segundo párrafo del mismo art. 371 reformado).* Miguel S. Macedo,<sup>126</sup> fundamentando la necesidad de establecer penas especiales

<sup>126</sup> *Trabajos de Revisión. Ob. cit., tomo IV, pág. 543.*

para los grados inferiores del robo no consumado, hacia notar: "Limitándonos por ahora al caso de robo, recordaremos la necesidad de encontrar la cosa robada y de hacerla valorizar, o por lo menos de comprobar en términos que no dejen lugar a duda cuál haya sido esa cosa y su valor. ¿Pero qué hacer cuando el robo no se llegó a consumir, sino que se detuvo en uno de los grados inferiores, conato, delito frustrado o delito intentado? ¿Cómo graduar entonces la pena que al responsable corresponda si, como generalmente acontece, no se trataba de apoderarse de una cosa determinada de antemano, sino que el ladrón pretendía apoderarse de lo que más pudiera, según las circunstancias y muy particularmente según el tiempo de que pudiera disponer sin ser descubierto? ¿Qué hacer con un ladrón a quien se encuentra en un aposento o a quien se le impide que consume el robo de la persona a quien ha asaltado? ¿Cómo determinar cuál era el valor de la cosa de que iba a apoderarse? Él mismo no lo sabe a punto fijo, y lo único que podría decir, si contestara con sinceridad, es que habría robado lo más que hubiera podido, quitando a su víctima todo lo que llevara de valor, hasta donde el tiempo y las demás circunstancias se lo hubieran permitido. ¿Qué pena aplicar entonces?" La Comisión de 1931, recogiendo las atinadas observaciones del insigne maestro, solucionó el problema de la penalidad para la tentativa de aquellos robos en que no se pudiera determinar el monto de lo que el agente pretendía apoderarse, señalando una pena especial concretamente derogatoria de la regla general de punibilidad de la tentativa a que se refiere el artículo 63 del Código Penal.

242. ROBOS CALIFICADOS.—La penalidad del robo simple según la cuantía del valor de lo robado, se agrava aplicando además al delincuente hasta cinco años de prisión, conforme al art. 381 o de tres días a diez años conforme al art. 381 bis, cuando el delito se cometa acompañado de ciertas circunstancias enumeradas en estos preceptos, sin poderse explicar racionalmente porque en el 381 la pena agravada es de cinco años y en el 381 bis, el máximo es de diez años, pues no se nota siempre mayor gravedad en las calificativas.

Estas circunstancias calificativas las podemos clasificar en dos grupos: I. Agravación por el *lugar* en que se efectúa el delito; y II. Agravación por cualidades *personales* de los que lo cometan.

Estos son los dos únicos grupos de calificativas que contiene nuestro Código Penal vigente. Otros Ordenamientos, como los Códigos francés y español y los derogados Códigos mexicanos de 1871 y 1929, admiten, además, como fuente de agravación, circunstancias derivadas del *tiempo* en que se comete el delito, como la noche, *furtum nocturnum*, o de situaciones de conmoción o calamidad, *furtum calamitosum*; o derivadas de los *medios de ejecución*, empleados, tales como fractura, horadación, escalamiento, uso de ganzúas o llaves falsas, ser

los ladrones dos o más, empleo de armas, simulación de autoridad, etcétera (véase artículo 395 del Código Penal de 1871).

En su tarea de disminución del casuismo, la legislación vigente suprimió de la lista de calificativas estas últimas circunstancias; sin embargo, es indudable que los jueces, dentro de las normas de los artículos 51 y 52, deberán tomarlas en cuenta para la medición de las penas conforme al arbitrio judicial.

243. 1. *Robos calificados por circunstancias del lugar.*—En términos de generalidad, el derecho penal siempre ha concedido gran importancia al lugar en que se efectúa un delito de robo cuando el sitio influye en la intensidad o en la malevolencia de la acción ejecutada por el delincuente. Así el Derecho Romano consideraba como hurto especial el realizado en los templos o en los bienes de los dioses (*sacrillegium*), y como hurto cualificado o extraordinario el cometido en los balnearios u otros lugares públicos, así como el realizado en los domicilios por medio de la fractura.

El Derecho Francés cualifica los robos en razón del lugar para los cometidos en casas habitadas o sus dependencias, parques u otros lugares de acceso prohibido, iglesias y caminos públicos. A su vez el Derecho Español también atiende al lugar en que se comete el robo, estableciendo penalidad especial para los realizados en casa habitada, albergue, edificios públicos o destinados al culto religioso, etc. Nuestros anteriores Códigos seguían un sistema de cualificación muy semejante al del Código Francés de 1810.

Dentro del vigente sistema legislativo, como circunstancia de cualificación del robo consistentes en el lugar donde se comete, podemos distinguir los siguientes casos: a) robo en lugar cerrado; b) robo en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación; c) robo de vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; d) abigeato en campo abierto o paraje solitario.

Además de la pena que le corresponda, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión en los casos siguientes: I. Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado (frac. I del artículo 381 del Código Penal).

El artículo 381 bis se adicionó en lo referente a los robos en lugares habitados, en vehículos estacionados en la vía pública, o en lugar destinado para su guarda o para reparación, como garages y talleres.

*Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres días a diez años de prisión al que robe en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denomi-*

*nación no sólo los que están fijos en la tierra sino también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos. En los mismos términos se sancionará al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo.*

244. a) *Robo en lugar habitado o destinado para habitación.*— La circunstancia calificativa de que el robo se cometa en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, ha sido interpretada por la jurisprudencia mexicana en el racional sentido de que, para la agravación de la penalidad, no basta que se compruebe la consumación del delito en uno de esos lugares, sino que es menester que el ladrón no tenga libre acceso al mismo, es decir, que viole ilícitamente la seguridad o el resguardo de la habitación, introduciéndose en ella en cualquier forma, subrepticia, engañosa o violenta, sin autorización de sus moradores; en otras palabras, la calificativa requiere, además de la comisión del robo en la morada, una especie de allanamiento de la misma. El magistrado don Carlos L. Ángeles,<sup>127</sup> que tan importante colaboración prestó a los trabajos de redacción de la legislación vigente, afirma: “La ley, al establecer la calificativa de robo en casa habitada, tuvo por finalidad proteger de una manera amplia la inviolabilidad del domicilio con la fuerza psicológica de una sanción mayor, siempre y cuando los dueños de la casa habitación no franqueen voluntariamente las puertas al delincuente por cualquier circunstancia; en caso contrario, al cometer el delito de robo, el delincuente viola, más que la respetabilidad del domicilio, la confianza que el ofendido ha depositado en él; en este caso carece de razón de ser la protección que el legislador ha querido darle, puesto que voluntariamente ha renunciado a dicha protección, quedando a su incumbencia directamente la vigilancia de su hogar. El robo cometido en estas condiciones debe considerarse como simple.”

Por edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, debe entenderse toda construcción, de cualquier material, que sirva, al cometerse el delito, de albergue, residencia u hogar a las personas, aun en el caso de que en el preciso instante del latrocinio estén alejados sus moradores. Nada interesa que el edificio o la construcción no hayan sido erigidos propiamente para

<sup>127</sup> *Anales de Jurisprudencia. Sección Segunda. Jurisprudencia penal. México, sin fecha. pág. 245.*

habitación o que sean más o menos inadecuados para este uso; basta la circunstancia de hecho de que sirvan de morada a las personas para que merezcan la especial protección legal. Así, será robo calificado el cometido en aquellas partes de los talleres, escuelas u oficinas en que de hecho habiten personas tales como porteros, veladores, etc.

245. Nuestro Código no menciona especialmente las dependencias de los edificios habitados, tales como corrales, azoteas, cocheras, lavaderos, jardines, etc.; no obstante el silencio de la ley cuando estas dependencias forman parte del edificio o casa por estar encerrados en el mismo recinto, debe estimarse existente la calificativa, por formar un todo con el edificio habitado o destinado para habitación. Si no se estimare atinada la anterior interpretación, a lo menos dichas dependencias constituyen lugares cerrados, como veremos en el número siguiente, y por esta circunstancia los robos cometidos en ellas merecen la agravación de penalidad prevista en el art. 381 reformado.

246. b) *Lugar cerrado*.—Los Códigos de 1871 y de 1929, atendiendo al lugar en que se cometa el robo, establecían reglas especiales de agravación para tres circunstancias diferentes: edificios habitados, edificios o piezas no habitados ni destinados para habitarse y lugar cerrado. Dentro de este sistema, se limitaba el concepto de parque o lugar cerrado a *todo terreno que no tiene comunicación con un edificio ni está dentro del recinto de éste, y que para impedir la entrada se halla rodeado de fosos, de enrejados, tapias o cercas, aunque éstas sean de piedra suelta, de madera, arbustos, magueyes, órganos, espinos, ramas secas o de cualquier otra materia* (segunda parte del art. 386 del Código Penal de 1871). El Código vigente suprimió la mención especial de los edificios o cuartos no habitados ni destinados a habitación, porque gramaticalmente son lugares cerrados, y omitió también dar una definición ficticia de éstos, para abandonar su concepto al significado gramatical de la frase.

Algunos de nuestros tribunales, ante la ausencia de una definición legal de lugar cerrado, han afirmado que dentro del concepto no pueden comprenderse las edificaciones sino sólo los terrenos circundados en cualquier forma, afirmando que "cuando se trata de definir conceptos jurídicos no precisados por el Código vigente, debe acudir el juzgador a los Códigos anteriores, a fin de determinar cuál era en ellos la definición del punto en cuestión y que, en consecuencia, debe entenderse por esos lugares exactamente lo que prescribía la segunda parte del artículo 386 del Código Penal de 1871". Esta interpretación, por respetable que sea, deja sin suficiente represión aquellos peligrosos robos en que el ladrón, sea furtivamente o por medio de la violencia en las cosas, se introduce en bodegas, establecimientos comerciales, fábricas, etc.

Por nuestra parte, pensamos que al no contenerse en el Código vigente una definición jurídica de "lugar cerrado", el alcance de esta locución debe establecerse conforme a sus significados vulgar y gramatical. *Lugar*, de *locus*, sitio y *cerrado* lo que se encuentra interceptado en su entrada o salida, son las palabras que componen la frase usada por nuestros textos legales. Lugar cerrado será, por tanto, cualquier sitio o localidad cuya entrada o salida se encuentren interceptadas. Gramaticalmente tienen ese carácter los edificios, cuartos, aposentos o sitios en general a los que las personas no tengan libre acceso por estar interceptados; también tendrán ese carácter los simples parques, corrales o terrenos aislados por divisiones o valladares de cualquier material. Claro es que no basta que el delito se cometa materialmente en esos sitios, pues la costumbre jurisprudencial mexicana, con magnífico sentido interno de la calificativa, ha resuelto sistemáticamente que cuando el ladrón tiene libre acceso al lugar en que comete el robo, no habrá lugar a la agravación de penalidad, porque la calificativa, aparte del elemento objetivo: sitio en que se cometió el robo, supone un elemento de antijuridicidad, o sea que el ladrón se haya introducido ilícitamente, por decirlo así, allanando o violando el lugar previsto en la ley.

Para una certera interpretación, no puede acudirse a una simple relación histórica de nuestros antecedentes legales, porque la actual legislación ha cambiado radicalmente el alcance de la calificativa, no pudiendo servir, para explicarla, derogados preceptos legales dictados en su tiempo para resolver reglamentaciones distintas. La definición ficticia de lugar cerrado de nuestros viejos textos —aparte de los defectos generales de todo sistema que dentro del Derecho Penal se aparta de la realidad de los fenómenos— se justificaba en la época de su vigencia porque las mismas codificaciones reglamentaron por separado otros casos de lugar cerrado, no contenidos en su falsa definición: por ejemplo, los cometidos en edificios o cuartos no habitados ni destinados a habitación.

En resumen, la interpretación histórica a que han acudido algunas respetables Salas y Cortes penales no es aplicable al Código vigente, supuesto que éste, al disminuir el casuismo y al suprimir las definiciones convencionales, permitió ajustar la legislación a la realidad de los hechos o fenómenos en ella previstos; así, el concepto de lugar cerrado se restituyó a su verdadero alcance gramatical, quedando comprendidos en él los edificios o cuartos no habitados ni destinados para habitación y los terrenos cercados.

246 bis. En edición anterior, se decía que la reforma que creó el art. 381 bis, era infortunada en su alcance, al sancionar *al que se*

*apodere de un vehículo estacionado en la vía pública y no ocupado por alguna persona*, porque indudablemente era más grave, porque el peligro que entrañaban los robos de vehículos ocupados por personas, podían favorecer la comisión de otros delitos, que cuando se usaba la fuerza o intimidación a las personas entonces el delito se transformaba en robo con violencia. Atento a lo anterior, se adicionó el art. 381 bis para quedar como sigue: *al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado para su guarda o reparación*, pues se observó que el robo del vehículo podía realizarse aún cuando se encontrare éste en lugares distintos de la vía pública, como estacionamientos privados, garages, talleres, etc.

En la misma forma, las actuales circunstancias de la vida, plantearon la conveniencia de introducir otras calificativas para agravar la pena aplicable al robo cuando éste se comete en vehículos, en condiciones de confusión producida por una catástrofe o desorden público; por una o más personas armadas o que llevan instrumentos peligrosos, o en contra de oficinas bancarias, recaudadoras u otras en que se conserven caudales, o en perjuicio de las personas que custodien o transporten los caudales, adicionando el art. 381 con las fracciones; VII. *cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público*; VIII. *Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzca por catástrofe o desorden público*; IX. *Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos*; y X. *Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquéllos*, respondiendo en esta forma a las nuevas modalidades de la delincuencia y no contempladas a plenitud.

247. El Código Penal de 1931, en su redacción original, no mencionaba como calificativa, los casos de robo cometidos en despoblado o en parajes solitarios, debiendo recordarse, sin embargo, que en el art. 286 se tipifica un delito especial: *Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentimiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años*.

La reforma de 1954 adicionada por decreto del 16 de noviembre de 1966 (*Diario Oficial* del 20 de enero de 1967), que se refiere al abigeato, sancionó calificadamente: *al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabe-*



zas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo (art. 381 bis del Código Penal).

248. II. ROBOS CALIFICADOS POR CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.— Además de la pena que le corresponda, conforme a los artículos 370 y 371, se aplicará al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes: ... II. Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa. Por doméstico, se entiende: el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, sirve a otro, aun cuando no viva en la casa de éste; III. Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que la acompañen lo cometa en la casa donde reciben hospitalidad, obsequio o agasajo; IV. Cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero contra sus dependientes o domésticos o contra cualquiera otra persona; V. Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales en los lugares en que presten sus servicios al público y en los bienes de los huéspedes o clientes; y VI. Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar al que tengan libre entrada por el carácter indicado; VII. Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público; VIII. Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público; IX. Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos; X. Cuando se cometan en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporte aquéllos; XI. Cuando se trate de partes de vehículos estacionados en la vía pública o en otro lugar destinado a su guarda o reparación. XII. Cuando se realicen sobre embarcaciones o cosas que se encuentren en ellas; XIII. Cuando se comete sobre equipaje o valores de viajeros en cualquier lugar durante el transcurso del viaje; XIV. Cuando se trate de expedientes o documentos de protocolo, oficinas o archivos públicos, de documentos que contengan obligación, liberación o transmisión de deberes que obren en expediente judicial, con afectación de alguna función pública. Si el delito lo comete el servidor público de la oficina en que se encuentre el expediente o documento, se le impondrá además, destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, de seis meses a tres años, y XV. Cuando el agente se

*valga de identificaciones falsas o supuestas órdenes de alguna autoridad* (art. 381 del Código Penal).

Las anteriores fracciones enumeran limitativamente algunas posibles cualidades personales del titular del delito de robo, en presencia de las cuales procede un aumento de las penas prefijadas para la cuantía del robo simple; es por supuesto criticable, que el aumento de las penas sólo se aplique en casos de robo simple y no de los violentos. Por razones metodológicas estas cualificaciones las reduciremos a tres grupos diversos: robos cometidos por *trabajadores* (domésticos, dependientes, obreros, artesanos, aprendices y discípulos); robos cometidos por ciertos *dueños* (dueños contra sus asalariados y dueños de empresas contra sus huéspedes o clientes); y robos cometidos por *huéspedes o comensales*.

249. Hay una peculiaridad común a los robos cometidos con las características precedentes: en todos ellos se establece el supuesto de que el actor, aparte del atentado contra el patrimonio, ha faltado a la confianza que en virtud de sus vínculos personales se le ha dispensado; o dicho en otros términos: el aumento de sanción para los robos cualificados por condiciones individuales del autor, se justifica por el razonamiento de que en ellos se viola la fidelidad al apoderarse de objetos que el propietario deja confiadamente al alcance del infractor. Además, la agravación se explica porque es menester proteger legalmente con mayor eficacia aquellos bienes que están expuestos a un más fácil atentado.

Las anteriores consideraciones no siempre resultan equitativas porque en muchas ocasiones el libre acceso del infractor a la cosa robada y el acopio de oportunidades para efectuar el robo, debilitan su resistencia psicológica y le hacen sucumbir a la tentación de ejecutarlo. Al respecto podemos citar el caso, tan frecuente en la práctica judicial, de los robos cometidos por domésticos u otros asalariados en perjuicio de sus patronos, cuando aquéllos —diarios espectadores de su inferioridad económica— encuentran impulso poderoso para la comisión del delito ante la notoria desproporción de sus condiciones patrimoniales. Ciertamente que esto no puede justificar una apropiación indebida, pero sí es evidente que estos trabajadores denotan un menor coeficiente de temibilidad comparados, verbigracia, con los rateros que andan en busca de ocasión propicia para cometer sus depredaciones, aun cuando por su forma de realización integren casos de robo simple.

Al Código vigente cabe el acierto de la agravación de la pena, hasta cinco años de prisión, dejando a la función del Juzgador el amplio margen de acuerdo con su libre apreciación de las circunstancias personales del infractor.

250. Entre el primer grupo de calificativas por circunstancias personales —robo de trabajadores— legalmente se mencionan: a) robo de domésticos; b) robo de dependientes; y c) robo de obreros, artesanos, aprendices o discípulos.

251. a) *Robo de domésticos*.—Tres requisitos deben reunirse para la integración de esta calificativa. El primero, que la persona que cometa el robo tenga el *carácter de doméstico*, es decir, de trabajador dedicado a las tareas del hogar o residencia de las personas y al servicio directo de los familiares que componen el *domus*. El siguiente requisito consiste en que el robo, con la plena existencia de sus diversas constitutivas, se cometa *contra el patrón o alguno de sus familiares*; el patrón es el contratador de los servicios del doméstico, utilizador principal de sus servicios, que se los paga en forma de salario u otras retribuciones; los familiares del patrón son los que con él conviven formando su hogar; no debe confundirse al familiar con el simple pariente, pues éste, por cercano que sea, puede ser ajeno al hogar; de las anteriores reglas se infiere que no podrá calificarse el robo cuando el doméstico se apodere, aun en el domicilio o lugar en que presta sus servicios, de cosas pertenecientes a extraños a la agrupación familiar. Por último, la agravación de la penalidad se aplicará, sin distinciones en cuanto al lugar de ejecución del robo, *en cualquier parte en que se cometa*, siempre y cuando, por supuesto, estén reunidos los dos anteriores requisitos: prestación de servicios domésticos y robo contra el patrón o sus familiares.

El Código mexicano define concretamente la condición de doméstico, entendiéndolo por tal *al individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos sirve a otro, aun cuando no viva en la casa de éste*, es decir, involucra y les presta calidad de domésticos no sólo a aquellos trabajadores dedicados a los menesteres de la familia que reciben una cierta retribución, sino admite la posibilidad de que ésta sea exigua e ilegal por violatoria de las normas del Derecho del Trabajo. De acuerdo con esta definición, el doméstico indigente, aquel que sirve por la imperiosa necesidad de atender a su mezquino sustento, en quien es lógico suponer necesidades que superan a las de simple subsistencia, es reo de un delito agravado si se apodera de bienes pertenecientes a su patrón. Indudablemente existen casos en que se justifica la agravación de penalidad, como aquellos en que el delincuente, con previa deliberación, escoge el lugar del delito y busca ser admitido en él como doméstico para su fácil comisión; o cuando domésticos justamente remunerados, por simple afán de codicia, desapropian a sus confiados patronos. Estos casos, poco frecuentes, podrían ser valorados por el juez, sin necesidad de emplear una calificativa especial, mediante una ampliación

del arbitrio judicial, dando mayor elasticidad a las reglas del robo simple.

Ya Voltaire,<sup>128</sup> en sus comentarios al libro *De los delitos y de las penas*, de Beccaria, criticaba la severidad de penas entonces de muerte para el robo de domésticos, en los siguientes conceptos:

"En los países en que un pequeño robo de doméstico es penado con la muerte, este castigo desproporcionado es muy peligroso a la sociedad, porque si acontece que el patrón entrega a su servidor a la justicia por un robo ligero y se quita la vida al desgraciado, los vecinos mirarán a este patrón con horror; se siente entonces que la naturaleza está en contradicción con la ley, y que, por consecuencia, la ley vale nada. ¿Qué sucede entonces? Los patronos robados, no queriéndose cubrir de oprobio, se contentarán con regañar a sus domésticos, los que volverán a ser ladrones y se acostumbrarán al bandidaje. Siendo la pena de muerte la misma para una pequeña ratería que para un robo considerable, es evidente que éstos buscarán robar mucho. Y podrán asimismo transformarse en asesinos, cuando crean que éste es un medio para no ser descubiertos. Mas si la pena es proporcionada al delito; si el robo de domésticos merece condena de trabajar en las obras públicas, entonces el amo lo denunciará sin escrúpulos, y no siendo penosa la denuncia, el robo será menos frecuente. Lo que prueba esta gran verdad: una ley rigurosa produce algunas veces crímenes."

252. b) *Robo de dependientes*.—Siendo la noción de los dependientes estrictamente del Derecho Mercantil, entendiéndose por tales a *aquellos que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste* (párrafo segundo del art. 309 del Código de Comercio), la posible existencia de la calificativa se limita a aquellos empleados del comerciante sin independencia en su actuación, autorizados para la contratación de ciertas operaciones y sometidos a las órdenes que reciban. Nuestro Código Penal, en la misma fracción y conforme a igual reglamentación, menciona los casos de robos realizados por dependientes o por domésticos, en consideración a que los primeros, debido a la tradición española, actualmente perdida en gran parte, quedaban asimilados al hogar del comerciante a quien servían.

253. c) *Robo de obreros, artesanos, aprendices o discípulos*.—Aparte de la liga o contrato de trabajo, tácito o expreso, que implican esas cualidades personales, se requiere que los citados asalariados cometan el robo en los lugares en que *habitualmente* trabajen o aprendan o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar a que tengan libre

<sup>128</sup> *Commentaire sur le Livre Délits et des Peines*. París, 1821.

entrada por el carácter indicado. Así pues, en la calificativa, coinciden dos circunstancias: que el agente sea asalariado y que cometa el robo en los lugares donde tiene acceso por razón del habitual trabajo. Sodi<sup>129</sup> endereza su crítica contra la reglamentación de la calificativa de la siguiente manera: "Lo que sí nos parece censurable, es la condición de que sea habitual el trabajo o aprendizaje de los operarios, artesanos o discípulos, para que les sea aplicable la pena especial cuando roben en el lugar en que trabajen. El adverbio *habitualmente*, de que hace uso la ley, quiere decir 'por hábito', esto es, por costumbre, por repetición, y bien puede suceder que robe en el taller un operario al que sólo se le ocupa por breves momentos, o un artesano al que se llama para que se encargue, por una sola vez, de un trabajo insignificante. Para que el trabajo sea habitual, es necesario que sea cotidiano, o repetido sin largos intervalos de tiempo, y así es como la sentencia de casación francesa de 18 de julio de 1813 declaró que los servicios periódicos de pequeña monta, los prestados por salario accidental y de momento, no están comprendidos en la ley para el efecto de hacer procedente la agravación. Es cierto que la última parte de la fracción se encarga de corregir lo que ella misma dispone poco antes, cuando dice que se cometa el robo en la habitación, oficina, bodega u otro lugar a que los operarios tengan libre entrada por el carácter indicado; pero esto que salva las dificultades en la práctica, no evita las justas críticas que se han hecho a la condición de trabajo habitual, que quiere y exige la ley en el robo de los operarios, artesanos o aprendices."

254. En la práctica suelen confundirse el robo efectuado por domésticos u otros trabajadores con el delito de abuso de confianza que los mismos pueden realizar contra sus patronos. El error proviene de que no se examina con propiedad jurídica la distinción entre el elemento característico y consumativo del robo —apoderamiento ilícito y no consentido— y la disposición indebida propia del abuso que supone la previa tenencia de la cosa.

Diremos que un asalariado ha robado a su patrón, cuando ha efectuado ilícitamente la toma de posesión de las cosas, las cuales, si bien estaban a su fácil alcance, no las había recibido en previa tenencia material. Ejemplo: el doméstico, sin consentimiento del dueño, toma un lote de alhajas; aquí, valga la expresión, el infractor va hacia la cosa que no tenía y se hace de ella, cometiendo robo. En cambio, el trabajador responderá por el delito de abuso, cuando habiéndole sido confiadas materialmente las cosas, no las destina a su fin jurídico sino las disipa quedándose con ellas, enajenándolas o distrayéndolas de su

<sup>129</sup> Nuestra ley penal. Ob. cit., tomo II, pág. 68.

correcto destino. Ejemplo: el doméstico recibe de su patrón dinero para la compra de alimentos familiares y lo invierte en su personal provecho; este caso no puede ser robo por ausencia del apoderamiento ilícito, ya que en virtud de la voluntaria entrega la tenencia fue legítima; es abuso de confianza, por la posterior disposición indebida del bien. Sodi,<sup>130</sup> preocupado por el problema, lo resuelve: "El abuso de confianza es típico en nuestra ley, preciso, sin las vaguedades que presenta en otros códigos, y, por tanto, no debemos entender que el abuso de confianza es el elemento cardinal de los robos consumados por el doméstico, dependiente, operario, etc., por más que en el lenguaje y concepto común abusen de la confianza que se les ha otorgado. El abuso de confianza, como delito especial, implica una defraudación: la disipación o disposición de un objeto que se recibe con un fin determinado; en el robo, que radica en el apoderamiento, falta la entrega del bien mueble, siendo más digno de castigo porque más difícilmente puede ser evitado por la persona que lo sufre y porque éste descansa en la buena fe y en la honradez de los que recibe en su casa o taller, como amigos, comensales, sirvientes, operarios o huéspedes."

En resumen, como criterio diferenciador entre los robos y abusos de confianza, podemos establecer didácticamente el siguiente: En el robo, *el infractor va hacia la cosa* que no tenía y la toma; el delito se consuma en el mismo instante del apoderamiento o toma de posesión material. En el abuso, *la cosa va hacia el infractor* en virtud de la voluntaria entrega que de ella se le hace; hasta esos momentos no existe el delito; éste surge después de la toma del bien, cuando el agente posteriormente lo disipa o distrae.

255. Dentro del segundo grupo que hemos establecido para las circunstancias personales del ladrón cualificadoras del delito —robos cometidos por ciertos dueños—, podemos enumerar: a) robo del patrón contra sus asalariados; y b) robo del dueño contra sus huéspedes o clientes.

256. a) Robo cometido por el *dueño o alguno de sus familiares en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o contra cualquiera otra persona* (frac. IV del art. 381 del Código Penal). Aquí la palabra *dueño* está empleada como sinónima de patrón, contratador de los servicios del dependiente o doméstico. Esta justa calificativa obedece a la doble consideración de que el delito se comete no sólo con violación a la seguridad que de sus patronos esperaban los asalariados, sino, en nuestro concepto, a que el delito resulta especialmente censurable, porque lo efectúa una persona que disfruta de una situación patrimonial privilegiada en contra de sus servidores vícti-

<sup>130</sup> Nuestra ley penal. Ob. cit., tomo II, pág. 66.

mas de inferioridad económica. Llama la atención que el Código no mencione entre los posibles pacientes, aparte los domésticos y dependientes, a otros trabajadores como obreros, artesanos, aprendices o discípulos, que merecen idéntica protección legal. Por fortuna, la omisión se subsana en parte con la amplitud de la frase final del precepto: *o contra cualquiera otra persona*.

Precisa advertir que no es el robo descarado a lo que generalmente acuden los patronos codiciosos para expoliar a sus asalariados, porque obtienen mayor lucro y comodidad con menor riesgo en la defraudación del salario; a evitarlo tienden las iniciativas de establecer ciertos delitos típicos tuteladores de la justa retribución obrera y restrictivos de las diversas formas de defraudación inicua del trabajo humano, presentadas a la Convención Nacional contra la Delincuencia por Carlos Franco Sodi y Raúl Carrancá y Trujillo.<sup>131</sup>

257. b) Robo cometido por los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales en los lugares en que presten sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes (frac. V del art. 381). Entre las empresas o establecimientos comerciales incluidos en la calificativa, podemos mencionar desde luego los destinados al hospedaje o albergue de las personas, como mesones, casas de asistencia y hosterías; debe examinarse con escrúpulo la naturaleza jurídica de los atentados patrimoniales cometidos por los dueños o sus representantes en bienes de los hospedados, porque si éstos han entregado sus valores al hostelero y se los adueña, la figura delictiva será el abuso de confianza por la distracción del depósito; en cambio, si el alojado conserva de hecho la tenencia de sus cosas, sin perjuicio por supuesto de las simples funciones no posesorias de aseo, vigilancia o cuidado general contraídas por el personal alberguista, y alguno de éstos toma el bien ilícitamente, existirá el apoderamiento no consentido característico del robo. Estas explicaciones son aplicables a los delitos cometidos en las fondas, tabernas, empresas de espectáculos o de transporte de personas y otros establecimientos mercantiles.

Tratándose de empresas de transporte de cosas o mercancías por tierra, agua o aire, será difícil imaginar la comisión de un robo por el porteador en perjuicio de sus clientes, puesto que la naturaleza del contrato de transporte de objetos implica necesariamente para el porteador la tenencia de los efectos destinados a ser conducidos; la disposición de esos bienes por el depositario transportador constituirá abuso de confianza.

258. El tercer grupo de calificativas del robo por cualidades personales del protagonista se registra *cuando un huésped o comensal o*

<sup>131</sup> Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ob. cit., pág. 27.

*alguno de su familia o de los criados que los acompañen lo cometa en la casa donde reciben hospitalidad, obsequio o agasajo* (frac. III del mismo art. 381). En su acepción castiza, huésped es la persona que da o recibe alojamiento, sea en forma onerosa, por un contrato de hospedaje, o sea en forma gratuita, por virtud de generoso don de hospitalidad. Comensal es el que recibe en casa o en mesa de otro alimentación mediante pago o graciosamente. Pero como la calificativa se limita al robo cometido por el huésped o comensal o sus allegados en la casa en que reciben *hospitalidad, obsequio o agasajo*, implicando estas tres últimas palabras la donación desinteresada del servicio, serán robos simples los efectuados por los alojados o abonados en establecimientos tales como fondas y hosterías en que se paga el servicio. La anterior tesis gramaticalmente interpretativa fue sostenida, con deficiente estilo, en sentencia de nuestros tribunales (Anales de Jurisprudencia, tomo XIII, págs. 259 y sigs.).

El diferente tratamiento punitivo establecido por el Código Penal para los que pacten onerosamente su albergue o manutención personal y para los que reciben gratuitamente estos servicios, puede explicarse por la necesidad de más enérgica represión a los ladrones que en su acción delictiva muestran perversa ingratitud contra sus benefactores.

258 bis. Otros diversos grupos de calificativos en el robo se han adicionado, tomando en cuenta las condiciones de la víctima, las circunstancias de confusión o desorden público, la peligrosidad del o de los agentes armados, los robos a las Instituciones Bancarias y Oficinas Rentísticas en contra de su personal; cuando se trate de partes de vehículos, tales como llantas, baterías, copas, etc., cuando se encuentren en estacionamientos o talleres o en la vía pública; cuando el robo se ejecute en embarcaciones o cosas que se encuentren en ellas; cuando se lleve a cabo en equipajes durante el viaje o en cualquier lugar; cuando se trate de protocolos o expedientes oficinas o archivos públicos; agravante que sin lugar a duda se pensó en abogados faltos de todo escrúpulo, que en connivencia con venales funcionarios del poder judicial o de los procuradores de la justicia, aprovechan la codicia del servidor público, sustraen documentos de los expedientes, roban éstos, afectando no solamente a una función pública, sino también a particulares. En esta fracción independientemente de la sanción señalada, como una prevención más al servidor público que pueda sucumbir a la seducción del dinero por el corrupto, se les destituirá del empleo, cargo o comisión mismo que por inhabilitarse no lo podrá ocupar en la métrica de seis meses a tres años y por último, cuando el agente se ostente con credencial o identificación falsa o una supuesta orden de autoridad para el logro del fin ilícito.



## CAPÍTULO XVII

### ROBO CON VIOLENCIA

(ARTS. 372, 373 Y 374 DEL C. P.)

#### TEMARIO

259. Complejidad y gravedad del robo violento.—260. Su reglamentación.—261. Concepto jurídico de la violencia; se limita a la efectuada contra las personas.—262. Formas de la violencia.—263. Violencia física.—264. Violencia moral.—265. Momentos de realización de la violencia.—266. Penalidad del robo violento.

259. El robo con empleo de violencia, llamado rapiña, reviste un carácter tan grave por el peligro que acarrea a las víctimas, que la mayor parte de las legislaciones hacen de él especial incriminación. Así, en Roma el hurto violento se consideraba como un especial delito público de coacción. El Código francés transforma el robo de delito a crimen cuando lo preside la violencia, mereciendo pena de trabajos forzados perpetuos si se causan heridas o contusiones, y pena de muerte en caso de homicidio. En España, el hurto se transforma en robo (infracción más grave) cuando el apoderamiento se efectúa con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas; en ciertos casos extremos la penalidad será de muerte. El Código italiano distingue entre el *hurto* sin violencia y el con violencia a las personas, colocando dentro de éste la rapiña, la *grassazione* o salteamiento, y la extorsión.

No es de extrañar la enérgica actitud de las legislaciones, porque la violencia física o moral transforma al robo en una especial figura compleja en que concurren: el atentado contra el patrimonio, improbidad, característico de todo latrocinio, y el ataque directo a la persona de la víctima, sea disminuyendo su seguridad o libertad individual (por la amenaza o el constreñimiento), o sea ofendiendo su integridad bio-fisiológica (por causársele lesiones u homicidio). Además, la temeraria acción de rapiña produce intensa alarma pública como indicio de inseguridad colectiva.

La especial complejidad del robo violento, en que se reúnen diversos tipos de graves atentados jurídicos, nos lleva a considerarlo más que como un delito calificado, como un tipo especialmente destacado

con lineamientos propios en que se yuxtaponen, para integrar la nueva figura, diversas infracciones formales.

260. Nuestro Código Penal prescribe: *Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación* (art. 372 reformado).

*La violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo* (art. 373).

*Para la imposición de la sanción, se tendrá también el robo como hecho con violencia: I. Cuando ésta se haga a una persona distinta de la robada, que se halle en compañía de ella; y II. Cuando el ladrón la ejercite después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado* (art. 374).

Para determinar con precisión el significado jurídico de los anteriores preceptos, debemos examinar los siguientes problemas: concepto jurídico de la violencia en el robo; sus formas; momentos de su ejecución, y penalidad del robo violento.

261. CONCEPTO JURÍDICO DE LA VIOLENCIA EN EL ROBO.—Desprendiéndonos por el momento de nuestros textos legales, dentro del concepto gramatical de la frase "robos con violencia" pueden comprenderse, tanto los realizados con la intimidación amenazante o fuerza física en las *personas*, como los cometidos empleando *fuerza en las cosas*. Como ejemplos salientes de estos últimos, se pueden citar los facilitados mediante: fractura o rompimiento de objetos para llegar a la cosa que se desea robar; horadación, o sea la ruptura de paredes, techos o divisiones; excavamiento; empleo de llaves falsas, ganzúas o instrumentos de la misma naturaleza, etc., etc.

Se han emitido diversas opiniones relativas al alcance del concepto de violencia. Para algunos, la violencia comprende, además de la vertida en las personas, la fuerza que el ladrón ejerce en las cosas para facilitar su tarea criminal; fundan su aserto en que el artículo 372 emplea la palabra violencia sin distinciones, en su sentido genérico gramatical. Otros, por el contrario, afirman que la figura se limita a los robos con violencia en las personas, puesto que el siguiente artículo 373 se refiere expresamente a ésta, definiéndola en sus aspectos físico y moral.

Nos inclinamos a la última opinión, en primer lugar, porque dentro de nuestra tradición jurídica, representada por las codificaciones de 1871 y de 1929, el delito de robo con violencia, como figura especial, se reducía a los efectuados con las circunstancias de fuerza física

o intimidación moral en la persona de los pacientes; dentro de estos sistemas legales, las circunstancias de fuerza en las cosas (fractura, horadación, escalamiento, uso de llaves falsas, ganzúas, etc.) eran objeto de reglas especiales distintas a las de violencia y constituían más bien calificativas derivadas de la gravedad de los *medios* de ejecución empleados. El vigente Código Penal, en su afán de disminuir el casuismo, suprimió esta especie de calificativas, abandonando de hecho su estimación al buen arbitrio del juzgador dentro del marco del robo ordinario.

Además de ese razonamiento de elaboración histórico-jurídica, debemos insistir en que se ha creado la figura del robo violento, para solucionar la grave complejidad de los robos en que peligrosamente concurren el atentado patrimonial y el atentado contra la libertad, seguridad o integridad biológica de la persona humana. Sin negar importancia a los robos con fuerza en las cosas, éstos se limitan en su antijuridicidad a la lesión de los derechos patrimoniales; no es indispensable involucrarlos dentro del robo violento, porque cuando la fuerza en las cosas causa su destrucción total o parcial como medio para apoderarse del objeto del delito, entonces basta acumular los tipos de robo y daño en propiedad ajena, conforme a las reglas generales. Sin embargo, nótese que la fuerza en las cosas generalmente produce daño a las mismas y, por tanto, acumulación.

262. FORMAS DE LA VIOLENCIA.—Nuestra legislación distingue dos formas de violencia en las personas: a) violencia física; y b) violencia moral.

263. a) *Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.*—Esta forma implica tal ímpetu en la acción del delincuente que obliga a la víctima, contra su voluntad, a dejarse robar por medios que no puede evadir. El comentarista español Groizard,<sup>132</sup> citando la legislación mexicana, manifiesta que la violencia en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. La violencia es, pues, el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea. En este sentido el Código belga, a semejanza del mexicano, ha dicho que “la ley entiende por violencia los actos de fuerza física ejercidos en las personas” (art. 483 del Código Penal belga).

La violencia física en las personas puede consistir: en simples maniobras coactivas, como amordazamiento, atadura o sujeción de la víc-

<sup>132</sup> El Código Penal de 1870. *Ob. cit.*, tomo VI, pág. 106.

tiña; o en la comisión de especiales infracciones, como golpes u otras violencias físicas (art. 344, ahora derogado), disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos (art. 306, ahora derogado), asalto (art. 286), plagio o secuestro (art. 366, reformado por decreto de 9 de mayo de 1996, *Diario Oficial* del 13 del mismo mes y año), lesiones (art. 288) u homicidio (art. 302). Las evidencias físicas pueden recaer en terceros para obligar a otro a dejarse robar; pero, además, este robo resulta cometido también con violencia moral por la intimidación que produce en el robado.

264. b) *Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo* (art. 373, seg. párrafo, Código Penal). El mismo Groizard<sup>133</sup> comenta: "También la intimidación aniquila la libertad; su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar a él una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenaza o se finge en la imaginación. Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y le priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física. En virtud de ésta, los ladrones arrebatan las cosas contra la voluntad y resistencia de su dueño; en virtud de aquella otra, las sustraen, obligándolo por la coacción moral a entregárselas, o a no resistir el que ellos por sí mismos las tomen."

Los delitos concurrentes al robo con violencia moral son los de amagos o amenazas (arts. 282 y sigs.). Es fácil percibir que las vías del hecho o maniobras materiales, características de la violencia física, pueden coincidir con la intimidación moral del paciente, ello en virtud de que la frecuente reacción psíquica por la coacción física se traduce en el que la sufre en una fuerza de carácter moral, como el miedo o terror que sobrecoge al violentado.

265. MOMENTOS DE COMISIÓN DE LA VIOLENCIA.—Tres son los momentos en que puede efectuarse la coacción física o moral en relación con el robo, a saber: a) antes del apoderamiento, como medio preparatorio facilitador del robo; b) en el preciso instante del robo, cuando el agente arranca los bienes a su víctima; y c) con posterioridad a la desposesión, cuando el ladrón ejercita la violencia después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado. El último caso, a diferencia del Derecho francés que lo excluye, el Código Penal mexicano lo menciona en la fracción II del artículo 374. Las hipótesis a) y b) se infieren de la redacción del artículo 372, porque ambas constituyen medios más o menos inmediatos de ejecutar el latrocinio.

<sup>133</sup> El Código Penal de 1870. *Ob. cit.*, tomo IV, pág. 106.

266. PENALIDAD DEL ROBO VIOLENTO.— En el mismo artículo 372 se distinguen dos hipótesis para formar la penalidad del robo efectuado con violencia. El aumento señalado al principio del precepto, racionalmente debemos entender, es aplicable a los casos en que la violencia no integra por sí sola otro delito, porque el supuesto contrario está previsto en la segunda hipótesis legal. Como ejemplos de violencia no constitutiva de otras infracciones podemos citar el amordazamiento, atadura o sujeción del robado.

La segunda hipótesis mencionada en la parte final del precepto, la contemplamos cuando la violencia constituye otro delito, en cuyo caso se aplicarán las reglas de acumulación. Los delitos concurrentes pueden ir desde la simple amenaza (coacción moral), hasta el disparo u otros ataques peligrosos, plagio o secuestro, asalto, lesiones u homicidio (coacciones físicas).

La comparación de los dos sistemas de sanciones puede resultar incongruente; en efecto, si el ladrón, además del robo, causa un delito leve, merecerá por acumulación menor pena que si su violencia no constituye otra infracción, hecho menos grave que el anterior.

Por decreto del 9 de mayo de 1996, D.O. 13 del mismo mes y año, se adicionó al artículo 371 un tercer párrafo.

*Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquiera otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.*

Con frecuencia, no es posible que se determine la cuantía de lo robado, lo que ocasiona que los autores obtengan la libertad provisional bajo caución, ya que no se consideraban como graves éstos ilícitos, muy a pesar del grado violento en que se cometió.

Por otra parte, la ley no tomaba en cuenta el número de sujetos que intervenían en la consumación del delito, la forma violenta y el modo de ejecución y el riesgo que corrió la víctima del delito.

Esta figura, de acuerdo con el artículo 194 del Código de Procedimientos Penales, se considera como delito grave y por ende no se tiene el beneficio de la libertad bajo caución.

Con la adición, en el sentido de que podrá aplicarse la prohibición de ir a determinado lugar o estar sujeto a la vigilancia de la autoridad, en el supuesto de que no se cumpliera, se dará lugar a que se sancione en forma más severa.

## CAPÍTULO XVIII

### REGLAS ESPECIALES DEL ROBO Y DELITOS QUE SE LE EQUIPARAN

(ARTS. 368, 375, 379 y 380 DEL C. P.)

#### TEMARIO

267. Enumeración de las reglas especiales para ciertos robos y de los delitos que se le equiparan.—268. Perdón legal por restitución de lo robado; sus requisitos.—269. Excusa absolutoria para el robo entre ascendientes y descendientes; su razón; persecución de los terceros partícipes.—270. Forma especial de persecución, por querrela necesaria, para el robo entre cónyuges y ciertos parientes cercanos; su razón.—271. Observaciones para el robo entre cónyuges.—272. Silencio del legislador para el robo entre concubinos; crítica.—273. Los partícipes.—274. Caso especial de justificación del robo por estado de necesidad.—275. El estado de necesidad en general.—276. El estado de necesidad en el robo; análisis del precepto.—277. Robo de uso.—278. Delito equiparado al robo que comete el dueño de una cosa al disponer de ella o destruirla ilícitamente; problema general.—279. Necesidad del delito especial.—280. Su reglamentación vigente.—281. Elementos del delito.—282. La disposición o la destrucción.—283. Intencionalidad de esas acciones.—284. Derechos limitados.—285. El llamado robo de energía eléctrica o de otros fluidos; problema de su clasificación.—286. Creación del delito especial equiparado al robo.—287. El fraude de fluidos.

267. En el número final del capítulo XIV indicábamos que existen reglas especiales para ciertos robos. Son las siguientes: I. Perdón legal por restitución de lo robado (art. 375 del Código Penal); II. Caso especial de justificación del robo por estado de necesidad (art. 379); y III. Robo de uso (art. 380 del Código Penal).

Además, el Código Penal agrega dos infracciones o delitos típicos, que se describen dentro del mismo capítulo de robo, y que, aun cuando constituyen propiamente otros delitos diferentes, se equiparan a aquél y se sancionan con las mismas penas. Estos casos son: la disposición o destrucción que comete ilícitamente el dueño de una cosa que se halla en poder de otro a título de prenda o de depósito obliga-

torio, y el llamado robo de energía eléctrica u otros fluidos (fracs. I y II del art. 368 del Código Penal)

En el presente capítulo estudiaremos esas reglas especiales y estos delitos equiparados al robo.

268. I. PERDÓN LEGAL POR RESTITUCIÓN DE LO ROBADO.—*Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.* (Art. 375 del Código Penal, reformado por decreto del 26 de diciembre de 1981, publicado en el *Diario Oficial* del 29 de diciembre de 1981).

La exoneración de penalidad prevista en la ley constituye ejemplo claro de un perdón legal, porque el delito ha existido, la responsabilidad del autor está comprobada y, sin embargo, debido al desistimiento posterior del ladrón, al arrepentimiento que demuestra con la restitución de lo robado, el Código lo exime de toda pena.

Los requisitos del perdón legal en caso de robo son los siguientes:

a) El valor de lo robado no debe exceder de diez veces el salario. El legislador, conforme a un criterio objetivo, menciona una cantidad mínima, probablemente porque revela un no exagerado deseo de lucro en el infractor. Esa medida externa que restringe la posibilidad de perdón legal a los robos de poca importancia, no se compadece con el hecho frecuente de que los autores del robo obran eventualmente, sin propósito preconcebido de apoderarse de cosas de determinado valor. Puede suceder que el ladrón, decepcionado ante el real e inesperado valor ínfimo de la cosa, la devuelva; este sujeto, por su mayor codicia, representa gran peligro para la sociedad, y, sin embargo, se beneficia del perdón legal. Como la mayor parte de los rateros al cometer su delito ignoran el precio de las cosas sustraídas, puede resultar que, proponiéndose causar un latrocinio de poca importancia, se apoderen de objetos de gran valoración, y, por esta circunstancia contingente, ajena a la finalidad perseguida, aun cuando restituyan el objeto no se beneficiarán de la exención de penas. También puede acontecer que el ladrón, precisamente arrepentido del grave daño que causó preterintencionalmente, por un desistimiento espontáneo muy meritorio haga la restitución. Para solucionar las diversas hipótesis, quizá hubiera sido preferible no dar al precepto que comentamos especificación en la cuantía y dejar en general al juzgador la facultad, no la obligación, de perdonar los robos restituidos, cualquiera que fuera su importancia, en los casos en que la devolución demuestre ausencia de peligrosidad; en otras palabras, mejor sistema sería sustituir

el actual *perdón legal* objetivo, por la facultad de *perdón judicial* con la obligación de fundar racionalmente su otorgamiento. Es de notarse que el valor de veinticinco pesos a que se refirió nuestro Código en 1931, representaba un valor adquisitivo muy superior al que tiene en la actualidad, ello debido a las numerosas devaluaciones y pérdidas del valor real del dinero, lo que viene a apoyar que se conceda al juzgador la facultad de perdonar las penas o disminuirlas sensiblemente en los robos restituidos independientemente de su cuantía.

b) *La restitución debe ser espontánea.*—Si el autor del robo devuelve las cosas ante el requerimiento de las autoridades o de los ofendidos, no se hace acreedor a la exención de penalidad, porque la presión recibida demuestra, no la existencia de un verdadero arrepentimiento, sino el temor al castigo. La restitución espontánea es la demostración objetiva de dicho estado de arrepentimiento que desvanece los indicios de peligrosidad en el sujeto.

c) Aparte de la restitución, el agente debe pagar todos los daños y perjuicios que haya provocado, pues sería injusto que el ofendido resintiera éstos.

d) La restitución y el pago de los daños y perjuicios debe efectuarse antes de que la autoridad tome conocimiento del delito. La posibilidad de perdón legal cesa desde el momento en que las autoridades competentes: policía judicial, Ministerio Público o funcionarios judiciales, inician los procedimientos averiguatorios o de persecución.

e) Por último, la posibilidad de perdón legal se complementa con un último elemento negativo: que el robo no se haya ejecutado con empleo de la violencia. El robo violento, independientemente de la cuantía de lo robado, es estimado por el legislador como indicio de mayor temibilidad, por el peligro que trae a la integridad de los pacientes del delito (véanse antes núms. 259 y sigs.).

269. Por decreto del 30 de diciembre de 1983 (D.O. del 13 de enero de 1984) fueron derogados los artículos 377 y 378, que se referían a la excusa absolutoria para el robo entre ascendientes (el art. 377 fue restablecido por decreto de 9 de mayo de 1996, D.O. del 13 del mismo mes y año, sin tener ahora relación con este tema), pero al adicionar el artículo 399 bis, que adelante se comenta, se perseguirá por querrela necesaria.

270. III. FORMA ESPECIAL DE PERSECUCIÓN, POR QUERRELA NECESARIA, PARA EL ROBO ENTRE ASCENDIENTES, DESCENDIENTES, CÓNYUGES O ENTRE CIERTOS PARIENTES CERCANOS.— El artículo 399 bis, establece: *Los delitos previstos en este título (Delitos en contra de las personas en su Patrimonio) se perseguirán por querrela de la parte ofendida*



*cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad así mismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.*

El Código Penal de 1871, en sus artículos 373 y 375, establecía que el robo entre cónyuges no divorciados no producía responsabilidad penal, y los cometidos entre suegro y yerno o nueras, entre padrastros e hijastros y entre hermanos, daban lugar a persecución siempre que mediara petición del agraviado. Muy semejante era el Código Penal de 1929.

El Código vigente modificó el sistema asimilando el robo entre cónyuges a los que producen responsabilidad penal pero requieren para su persecución la querrela del ofendido.

La razón que se tomó en cuenta para establecer la persecución por querrela necesaria en los robos entre cónyuges o entre ciertos parientes cercanos, fue la de no hacer intervenir a la autoridad oficiosamente en los conflictos de la intimidad familiar, prefiriéndose dejar a la decisión del cónyuge o pariente ofendido el juicio de la conveniencia de la persecución; él debe resolver el conflicto que se le presenta entre una posible desorganización de su familia y la necesidad de represión de los autores del delito. No obstante esta consideración moral, el sistema adolece del defecto general de la forma de persecución a instancia de parte, en que la necesaria acción pública represiva se sustituye por una acción cuasi-de venganza privada.

271. En ediciones anteriores se decía con relación al artículo 378 ahora derogado, que la reglamentación contenida en el artículo 378 anteriormente transcrito, daba lugar a hacer las siguientes observaciones:

a) La mención que se hace de los cónyuges como posibles protagonistas del robo perseguible por querrela necesaria, debe entenderse en el sentido de que la ley sólo se refiere a los que han contraído matrimonio civil no disuelto por el divorcio y no anulado, con exclusión del matrimonio canónico, puesto que el cuarto apartado del artículo 128 de la Constitución declara que el matrimonio es un contrato civil, y que éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.

A pesar de que, salvo el requisito previo de la queja del ofendido, el robo entre cónyuges produce responsabilidad penal, el juez deberá examinar con severo escrúpulo las pruebas en que se funde la acción penal, para determinar si efectivamente existe un robo por el apoderamiento ilícito y no consentido hecho por uno de los cónyuges en los bienes del otro. Al efecto, deberá establecerse en el proceso si el matrimonio ha sido celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si existe la primera forma y ésta establece copropiedad o comunidad posesoria para ciertos bienes, deberán aplicarse las reglas que mencionamos en los anteriores números 217 y siguientes de este libro. Si se trata de régimen de separación de bienes, es preciso fijar, durante la instrucción del proceso, si el cónyuge acusado de robo tenía la plena posesión de los bienes en que recayó la acción que se le imputa, porque esa previa circunstancia —la posesión material— elimina la noción de apoderamiento ilícito.

272. b) En ediciones anteriores, también señalábamos el silencio que guardaba el legislador sobre los robos entre concubinos, no obstante que en México el amancebamiento es forma muy común de unión sexual, en la que, *de facto*, se establece generalmente entre los concubinos cierta unidad patrimonial en los bienes que constituyen el caudal doméstico. Estas circunstancias seguramente fueron tomadas en cuenta en el artículo 1635 del Código Civil, al establecer ciertos derechos sucesorios para la concubina. Cabe objetar a la táctica seguida por el legislador penal que si fueron consideraciones de resguardo del régimen familiar, de integridad y armonía domésticas, las que le indujeron a establecer el robo entre cónyuges por persecución particular, es evidente que no llegó al fin que se propuso, ya que la familia mexicana, en su mayoría, se constituye en virtud de relaciones no sancionadas legalmente, sino por simples amancebías. Independientemente de la reglamentación, precisa llamar enérgicamente la atención de los tribunales acerca de la insinceridad de ciertas denuncias vengativas entre amantes; sucede a menudo que el concubinario abandonado encuentra, con la denuncia de robo, eficaz instrumento de venganza, para lo cual le basta acusar a la fugitiva del apoderamiento de sus objetos particulares y del mobiliario que generalmente lleva consigo. La frecuencia de esta clase de denuncias demanda una más justa protección, un mejor equilibrio, un resguardo para la institución de la familia en general, aun cuando ésta no se encuentre asentada en previo contrato de matrimonio: al propósito civilizador de la ley estableciendo privilegios en favor de las uniones legales, hay que anteponer otro nacido de estricta justicia, teniendo en cuenta la secular tradición mexicana que

prefiere, especialmente entre determinada clase social, el libre ayuntamiento al sancionado por las leyes. Estas consideraciones deben hacer que el juez ponga todo su escrúpulo al examinar denuncias o pruebas de robos cometidos entre amantes, porque no es extraño que el que se dice ofendido haya hecho donación, tácita o expresa, de los bienes que reclama a su amante; o puede acontecer que exista indivisión en cuanto a los derechos patrimoniales de los amancebados por haberse adquirido los bienes con la cooperación o los recursos de ambos, siendo de aplicarse entonces las reglas que ya estudiamos en los anteriores números 217 y siguientes. Esta interpretación evitará en la práctica, con su correcta aplicación, la imposición de penas inequitativas.

Acertadamente con la adición del artículo 399 bis, se han incluido a la concubina y al concubinario.

273. c) Los partícipes en robos cometidos entre cónyuges o los parientes cercanos que menciona la ley, están también sujetos a la forma de persecución por querrela necesaria, ya que el artículo 399 bis del Código Penal establece: *"Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubieren incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior"* no estableciendo distinción alguna entre los diversos responsables.

274. IV. CASO ESPECIAL DE JUSTIFICACIÓN DEL ROBO POR ESTADO DE NECESIDAD.—*No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento* (art. 379 del Código Penal).

275. Ceniceros y Garrido,<sup>135</sup> resumen el estudio de la causa general de justificación por estado de necesidad contenido en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal y la inclusión de una regla especial en el capítulo de robo para el "hurto necesario", en los párrafos que a continuación transcribimos:

"En el Código de 71 se reglamentaba dicha circunstancia por lo que se refiere a los bienes y en el Ordenamiento de 29 figuraba en dos fracciones (art. 47, fracs. V y VII); en la segunda se incluía el caso del 'hurto necesario', o sea el de quien, sin emplear engaño, ni medios violentos, se apoderaba una sola vez del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares de alimentación del momento."

"En el Código vigente se trató esta causa de justificación en la segunda parte de la fracción IV del artículo 15, la cual se inicia con la excluyente de la fuerza moral. La necesidad de que exista el caso de

<sup>135</sup> La Ley Penal Mexicana. México, 1934, pág. 70.

necesidad en forma separada de la legítima defensa, ha sido puntualizada por Jiménez de Asúa en estos términos: 'Que mientras en la legítima defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor (matar, robar, violar, etc.), y el bien jurídicamente protegido del atacado (vida, honor, libertad, propiedad, etc.), en el estado de necesidad el conflicto se produce entre dos intereses legítimos procedentes de dos bienes jurídicos, igualmente protegidos por las leyes: en el robo que comete el hambriento se halla en colisión el derecho a la vida del que roba y el derecho de propiedad del despojado'."

"Nuestro Derecho permite a terceras personas intervenir en lugar del necesitado, siempre que lo haga con justicia, y se reúnan las condiciones que integran esta excluyente."

276. "Existe un caso típico incluido dentro de esta excluyente que estudiamos, o sea el robo por hambre, que la mayoría de los Códigos reglamenta en forma destacada, sobre todo en los regímenes capitalistas, para no considerarlo como absolutamente lícito. En el Código Penal anterior figuraba como excluyente (art. 45, frac. VII) la indigencia para el que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apoderaba una sola vez del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares de alimentación del momento. El legislador del Código vigente consideró que este caso especial, al que los penalistas llaman 'hurto necesario', no ofrece ese carácter de generalidad para todos los delitos que presentan nuestras excepciones de inimputabilidad, y por lo mismo cabe como un caso especial dentro del delito de robo, y así lo puso en el artículo 379, modificando el texto relativo, pues como se encontraba en el Código de 29, sólo cabía para alimentos, habiendo tenido que condenarse en muchos casos al que, medio desnudo, expuesto a morir de frío, se apoderaba de mantas para abrigarse, lo cual era inhumano, pues no sólo el hambre impulsa al estado de necesidad, sino también la miseria, el frío y la dificultad de ganar el sustento propio o el de los miembros de la familia. Esta modalidad de nuestro Código es de las más avanzadas, pues sólo el Código Ruso y los de Friburgo y los Grisones la tienen."

Por nuestra parte, analizando la redacción del precepto que justifica el robo por estado de necesidad, observamos, en primer lugar, que se excluye de la exención de penalidad el caso en que el apoderamiento se efectúe por medios violentos o engañosos. La violencia en sí misma, por el peligro que atrae a las personas en las que se comete, es estimada como una circunstancia agravadora en la ejecución de los robos, que aumenta su penalidad (véanse arts. 372 y 373 del Código Penal). Por el empleo de engaños en el robo, no deben entenderse aquellas actitudes falaces o maniobras dolosas empleadas

por el sujeto para lograr inmediatamente la entrega voluntaria de la cosa objeto del delito, porque entonces se tipifica el delito de fraude previsto en la fracción I del artículo 386 del Código Penal, sino las falacias empleadas como medios preparatorios que faciliten la posibilidad de un apoderamiento no consentido, o sea de un verdadero robo.

En segundo lugar, el precepto que reglamenta el robo de indigente, como lo llama Francisco Argüelles,<sup>136</sup> limita la justificación a una sola vez. Desgraciadamente —agregamos nosotros—, la realidad de los hechos desmiente el optimismo del legislador, pues es indudable que el estado de hambre o el de necesidad, manifestaciones del instinto de conservación, no se remedian en muchos casos con el apoderamiento singular de los elementos estrictamente indispensables. ¿Qué razón existe, si se repiten las condiciones de verdadera necesidad, para no justificar un segundo o tercer robo? Afortunadamente, no obstante la literalidad del precepto que comentamos —que parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente—, la solución puede encontrarse en la redacción de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, dentro de cuyos amplísimos términos caben todos los casos de necesidad.

Por supuesto, la excluyente por indigencia no amparará a aquellos casos en que el agente finja necesidad para justificar su vagancia o malvivencia habituales.

277. V. ROBO DE USO.—*Al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicará de uno a seis meses de prisión o de 30 a 90 días multa, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. Además, pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada. (art. 380 del Código Penal ahora reformado).*

Se le llama robo de uso, porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión especial ánimo o propósito de apropiarse de lo ajeno, es decir, de hacerlo ingresar ilícitamente en el dominio del infractor. Aquí, el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminuido afán de lucrar con lo ajeno; el agente se propone, no la apropiación de la cosa para quedársela definitivamente o disponer de ella, sino conservarla temporalmente; para emplear otra forma de expresión, el apoderamiento material de la cosa objeto del delito de robo se efec-

<sup>136</sup> Una inmerecida crítica al Código Penal. "Universal Gráfico". México, 1934.

túa desde un principio con el deseo de usarla y restituirla posteriormente. La finalidad perseguida no es enriquecerse con la apropiación, sino utilizar temporalmente la cosa.

Los requisitos para que proceda en el robo de uso la aplicación de la penalidad especial, son: a) la prueba del ánimo especial de haber tomado la cosa con carácter temporal, sin propósito de apropiación; y b) la restitución de la misma; si el agente se niega a devólvérlela no obstante el requerimiento del ofendido, se le deberá aplicar la penalidad ordinaria.

Con la reforma al numeral, la penalidad para el llamado robo de uso fue sustituida por sanción alternativa, siendo la pecuniaria de 30 a 90 días multa, además, como reparación del daño el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada, constituye, en términos generales (tal fue la intención del legislador), una atenuación de las reglas ordinarias de penalidad, en consideración al menor propósito del robador y al inferior perjuicio que causa a su víctima.

Además, según la última reforma al artículo 399 bis, este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.

278. VI. DELITO EQUIPARADO AL ROBO, QUE COMETE EL DUEÑO DE UNA COSA AL DISPONER DE ELLA O DESTRUIRLA ILÍCITAMENTE.—En el Derecho romano se reputaba como apropiación de una cosa, *furtum*, no sólo cuando se apoderaba alguno de las que se hallaban en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarlas le correspondiera.

En nuestra legislación, según las constitutivas del delito de robo, que estudiamos en capítulo anterior (véase núm. 214), siendo una de ellas la imprescindible de que la cosa objeto del apoderamiento sea ajena, resulta que el propietario o dueño no puede cometer robo de sus propias cosas aun en el supuesto de que no tenga la posesión material de las mismas; por ejemplo, cuando le han sido secuestradas y dadas en depósito a un tercero, o cuando el mismo dueño las ha entregado a otro en prenda, en garantía o mediante depósito obligatorio.

Garraud<sup>137</sup> afirma que el propietario que ha dado su cosa en prenda, en depósito, etc., viola, sin duda, un contrato al tomarla, mas no comete un robo, porque la cosa pignorada o depositada no ha dejado de pertenecerle; esta regla debe aplicarse al embargado que dispone de sus cosas.

Groizard,<sup>138</sup> en sus *Comentarios al Código Español de 1870*, anota

<sup>137</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 2385.

<sup>138</sup> *El Código Penal de 1870. Ob. cit.*, tomo VI, pág. 60.

con gran exactitud la imposibilidad de clasificar como robo los actos realizados por el mismo dueño de la cosa. "Las cosas —dice— dadas en comodato, en prenda, en depósito, si son con violencia arrebatadas por el dueño al poseedor, ¿podrán motivar el procedimiento por robo? En Roma se castigaba, no sólo el hurto de la cosa sino el de la posesión. En nuestros días semejante solución sería un imperdonable error. En el acto del dueño que por violencia o astucia sustrae una cosa que le pertenece de quien legítimamente la tiene en su poder, hay una responsabilidad que depurar y exigir. Pero esta responsabilidad no nace directamente de ninguna lesión que el derecho de propiedad experimente, sino del atentado personal y de la defraudación que implica el perjuicio que el tenedor de la cosa puede sufrir por el quebranto del título de derecho en virtud del cual en posesión de ella se encuentre. El fin de tal delito no es adquirir lo que ya es nuestro; sino disminuir las garantías o burlar el derecho que en virtud del contrato tiene el que a nombre nuestro la posee. Entre los delitos contra la seguridad y libertad de las personas o los de fraude, y no aquí, tiene aquel hecho su lugar propio."

279. Pero si bien estos actos ilícitos cometidos por el mismo dueño de la cosa, *furtum possessionis*, no pueden jurídicamente clasificarse como verdaderos delitos de robo dada la ausencia del elemento "cosa ajena", se hace necesario reprimirlos por el manifiesto dolo o dañada intención con que se efectúan, que no son otros que el de volver estéril la obligación jurídica, en garantía de la cual han debido ceder a terceros la tenencia de sus bienes; la solución se encuentra en la creación de una figura especial, *sui generis*, distinta al robo, pero sancionada de idéntica manera. Así lo hizo el legislador francés cuando, por ley de 28 de abril de 1832, castigó como delito el hecho de que el embargado destruyera o dispusiera de los objetos secuestrados, sea que al mismo le hubieran sido confiados, o a un tercero como guardián.

280. El Código vigente establece que se equipara al robo y se castigará como tal: *el apoderamiento o destrucción dolosa de una cosa propia mueble, si ésta se haya por cualquier título legítimo en poder de otra persona y no medie consentimiento*. (Fracción I del art. 368 del Código Penal). En precepto separado, fracción I del artículo 383, en el capítulo de abuso de confianza, se resuelven penalmente los actos de disposición o sustracción de la cosa por su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial.

Más adelante, en el número 317, estudiaremos el delito cometido por el dueño, y que equivale legalmente al abuso de confianza. Esta parte de nuestro estudio la limitaremos al examen del delito equiparable al robo, cometido por el dueño de la cosa.

281. Los elementos descriptivos de la figura son: *a)* la acción de apoderarse o destruir una cosa mueble; *b)* que cualquiera de estas acciones sea ejecutada dolosamente por el dueño; *c)* que la cosa se halle en virtud de un legítimo título en poder de otra y *d)* que no exista el consentimiento de quien tenga la cosa.

282. *a)* Por disposición de la cosa debe entenderse, en el delito que comentamos, cualquiera operación realizada por el dueño y cuya consecuencia sea hacer salir ilícitamente la cosa del poder de quien la tiene, burlándose así las garantías de los acreedores o las finalidades del depósito obligatorio. La destrucción de la cosa implica su inutilización por maniobras mecánicas o químicas que, perjudicándola total o parcialmente, la hacen desaparecer o disminuyen su valor.

283. *b)* Las acciones de disposición o destrucción de la cosa mueble, para ser estimadas como delictivas, deben efectuarse intencionalmente por el dueño; cuando éste obra sin ánimo doloso de ofender los derechos de los tenedores de la cosa, o de sus acreedores en general, que la tienen en garantía; cuando obra por simple error, negligencia o descuido, o en la ignorancia de la relación jurídica preestablecida que disminuye sus derechos de propietario, no se configura el delito, el que no admite la forma de imprudencia.

284. *c)* Es menester que el dueño de la cosa tenga limitados sus derechos de dominio en forma tal que el bien se encuentre jurídicamente en poder de otro, mediante formas obligatorias legales o contractuales, como en los casos de:

1º Prenda, es decir, dada en garantía del cumplimiento de una obligación y de su preferencia en el pago (véanse arts. 2856 del Código Civil y 334 y sigs. de la Ley general de títulos y operaciones de crédito); la constitución de este derecho real pignoraticio sobre la cosa mueble, disminuye las facultades generales del propietario; todo acto de disposición o destrucción que disminuya la garantía real, es, no sólo ilícito, sino delictivo si se reúnen los demás elementos en que se descompone la infracción;

2º Depósito de la cosa decretado por una autoridad o hecho con



su intervención, por ejemplo, bajo secuestro judicial; en estos casos de depósito legal, también el propietario tiene jurídicamente disminuidos sus plenos derechos sobre la cosa; las acciones de disposición o destrucción ilícitas, conformarían el delito por haber burlado el propietario las finalidades del depósito; y

3º Depósito de la cosa mueble mediante contrato público o privado; los depósitos contractuales en materia civil, mercantil o bancaria pueden producir diversos efectos jurídicos; el depósito civil, que es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante, no puede dar ocasión jurídica para la comisión del delito que estamos estudiando, porque no produce ninguna disminución de los derechos del propietario depositante, ya que éste puede, en cualquier momento, retirar la cosa aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado; si por el contrato de depósito civil el propietario conserva la plenitud de su dominio, no serán ilícitas las operaciones de destrucción o de disposición que imposibiliten la depositaria del bien (véanse arts. 2516 y 2522 del Código Civil). En los depósitos mercantiles o bancarios sí puede haber lugar a la hipótesis delictiva siempre que en el contrato el propietario depositante de la cosa haya convenido en disminuir sus derechos de disposición, otorgando algunos al depositario, como en los casos previstos en los artículos 338 del Código de Comercio, 267, 271, 276, 281, etc., de la Ley de títulos y operaciones de crédito.

285. VII. EL LLAMADO ROBO DE ENERGÍA ELÉCTRICA O DE OTROS FLUIDOS.—La usurpación de corriente eléctrica por personas que no tienen derecho a su aprovechamiento o el abuso en su consumo contractual por cualquier forma de defraudación, no fueron previstos expresamente en el Código Penal de 1871, porque en la época de su elaboración y promulgación no se conocía la utilización industrializada de este fluido imponderable. Ante el silencio de la ley, surgió en los tribunales interesante controversia acerca de la posibilidad de considerar el aprovechamiento indebido o el consumo abusorio de la energía ajena en la definición general del delito de robo. Las dudas se presentaron en lo que atañe a si la electricidad podía ser objeto de un apoderamiento material y si la misma era una cosa corpórea de naturaleza mueble. Los tribunales optaron por la afirmativa considerando que: "Por cosas o bienes, pues estas palabras en sentido jurídico son sinónimas, se conceptúan todas las que forman el patrimonio del hombre; y si a nadie se oculta que la electricidad, llámese fluido, corriente, energía o como se quiera, forma hoy parte de la riqueza del hombre, queda fuera de toda discusión que está en el comercio de las

gentes, y es, por lo tanto, susceptible de ser apropiada; y como también es verdad incontestable que ese fluido puede transmitirse y transportarse de un lugar a otro, sea cual fuese el medio que se emplee, deberá reputársele como cosa mueble, y, en tales condiciones, no habrá seguramente dificultad alguna para admitir que la sustracción clandestina del fluido constituye un robo, por ajustarse exactamente a los términos del texto legal que lo comprende y define.”

Garraud,<sup>139</sup> en el mismo sentido, afirma: “Si las fuerzas de la naturaleza pueden ser apropiadas, deben ser entonces objeto de un derecho de propiedad, y pueden ser, por consiguiente, el objeto de una sustracción. Es así que el abonado que consume mayor cantidad de fuerza o de luz a que tiene derecho según el contrato, o el extraño que, por un procedimiento cualquiera, se aprovecha gratuitamente, cometerán, sin dificultad, un robo.”

Puede estimarse que, en efecto, la electricidad se equipara a los bienes muebles, por tratarse de un bien divisible, desplazable, gobernable, medible y almacenable, capaz de aprovechamiento parcial, que puede ser poseído por determinada persona y formar parte del patrimonio de quien la produce o paga por su utilización.

En sentido contrario, nuestro insigne jurista Jacinto Pallares, según estudio citado por Demetrio Sodi,<sup>140</sup> al objetar la clasificación del aprovechamiento de energía eléctrica como un verdadero robo, dado el silencio de la legislación, dijo: “Para considerar delictuoso y punible un hecho, es necesario que esté comprendido en los términos literales, exactos, precisos e inequívocos de la ley penal, y desde el momento que solamente estando un hecho comprendido con exactitud gramatical en la definición de la ley penal puede ser punible, desde ese momento huelgan interpretaciones y razonamientos, y analogías, y tradición jurídica, y doctrinas, y si el juez tuvo que ocurrir a esos recursos para encajar el hecho (sustracción de la energía eléctrica) en la definición de la ley, es evidente que no está comprendido exactamente en su texto, pues si lo estuviera, serían innecesarios esos recursos de erudición; y si no está comprendido exactamente en el texto literal de la ley, es indudable que, aplicada por medio de interpretaciones más o menos lógicas y racionales, es siempre violar el dogma del artículo 14 de nuestro Código Político.” El mismo jurista concluye: “Que en materia penal debe aplicarse la ley exactamente, siendo ilícita y violatoria del artículo 14 constitucional toda asimilación de hechos, toda interpretación *ad majus*; que el fluido eléctrico o la energía eléctrica no es cosa corpórea, sino cosa imponderable, y jurídicamente fuera del

<sup>139</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 2375.

<sup>140</sup> *Nuestra ley penal. Ob. cit.*, tomo II, págs. 18 y 19.

comercio; que es un anacronismo jurídico y, por lo mismo, una falsificación de los textos legales, atribuirles el haber definido una cosa que no conocían los legisladores cuando dictaminaron las definiciones; que no habiendo ley penal aplicable exactamente que haya previsto tal caso de aprovechamiento indebido y furtivo de la electricidad, se viola la garantía del artículo 14 constitucional al aplicar, por medio de interpretaciones y doctrinas, a dicho caso el artículo 368 del Código Penal (que define el robo en el Código Penal de 1871).

286. Para zanjar toda fuente de duda, por decreto de 30 de marzo de 1906, se adicionaron los artículos 376 del capítulo "Robo sin violencia", y 416 del "Fraude contra la propiedad", ambos del Código Penal de 1871, creándose delitos especiales: de robo, para el que *sustraiga energía eléctrica, cualquiera que sea el medio de que se valga, si lo hace sin el consentimiento de la empresa o particular que la suministre*; y de fraude, para el que *aproveche dolosamente energía eléctrica, alterando, por cualquier medio, el consumo marcado en los medidores*. Puede observarse que estos preceptos limitaron el objeto materia de los delitos a la energía eléctrica, sin hacer referencia a otros fluidos.

La legislación vigente en su capítulo de robo determina: *Se equiparan al robo y se castigarán como tal: ...II.—El aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido ejecutado sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de él* (frac. II del art. 368 del Código Penal).

Examinando este precepto se observa: a) cualquier persona tenga o no relaciones contractuales con el propietario del fluido, puede ser sujeto activo del delito; b) el paciente de la infracción es la persona que legalmente puede disponer del fluido, así sea el Estado, una sociedad o un simple particular; c) los objetos en que recae el delito pueden ser la energía u otros fluidos, entendiéndose por éstos aquellos cuerpos cuyas moléculas tienen entre sí poca o ninguna coherencia y toman siempre la forma del recipiente o vaso donde están contenidos. Suponiendo su captación y la posibilidad de un uso regulable, como fluidos podemos mencionar los gases, el agua entubada para el servicio de los consumidores contractuales y, según Pallares, la materia radiante, los rayos "X", etc., salvo que éstos más bien serían de naturaleza imponderable; d) la acción delictiva es el aprovechamiento, es decir, cualquier acto de utilización, sustracción o consumo ilícitos y no consentidos por el titular jurídico de los fluidos, por ejemplo, mediante la conexión clandestina de una instalación eléctrica particular a los conductores de la empresa o la introducción de un tubo en los con-

ductores del gas de alumbrado o calefacción para desviar el fluido al servicio del infractor, ahorrándose éste ilícitamente su precio.

Puesto que el llamado robo de electricidad u otros fluidos se sanciona conforme a las reglas del robo propiamente dicho, en el que la pena se fija en proporción al valor de lo robado, resulta casi imposible determinar con exactitud el importe del aprovechamiento ilícito. Afortunadamente, en el artículo 371 reformado del Código Penal se señala pena especial de tres días a cinco años, para los casos en que no fuere posible fijar el valor o cantidad de la cosa.

286 bis. Por decreto del 9 de mayo de 1996, publicado en el Diario oficial de la Federación del 13 del mismo mes y año, se adicionó la fracción III al artículo 368 del Código Penal, en la siguiente forma:

III. *La sustracción o aprovechamiento de hidrocarburos o sus derivados, cualquiera que sea su estado físico, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda autorizarlo, de los equipos o instalaciones de la industria petrolera a que se refiere la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.*

Es aplicable el comentario anterior, por la analogía que presenta en cuanto a lo equiparable al robo.

287. Conviene advertir que con posterioridad se derogaron las fracciones XII y XIII del antiguo artículo 386, en el capítulo de fraude relativas a que: *Se impondrá multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años: ...XII. Al que aproveche indebidamente energía eléctrica o cualquier otro fluido, alterando por cualquier medio los medidores destinados a marcar el consumo o las indicaciones registradas por esos aparatos; y XIII. Al que con objeto de lucrar en perjuicio del consumidor, altere por cualquier medio los medidores de energía eléctrica o de otro fluido o las indicaciones registradas por esos aparatos.*

Seguramente la derogación de la frac. XII, obedeció al pensamiento de que quedaba comprendida en el delito equiparado al robo de la fracción II del art. 368, que se refiere en general al aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido sin derecho y sin consentimiento. Pero la derogación de la frac. III no tiene explicación razonable alguna; es una reforma inconsulta.

En el Distrito Federal, la ciudad más grande del mundo, la inseguridad y la criminalidad ha ido en aumento, tanto en la organización delictiva, como en la forma más sofisticada atentatoria del orden social.

Según datos estadísticos los delitos patrimoniales, robo de vehículos, en casas habitación, Instituciones Bancarias, a peatones, se incrementaron en un promedio diario del 36%, con relación al año de

1994, y solamente en aquellos que fueron denunciados ante la autoridad.

Hasta mayo de 1996, el robo de vehículos en forma violenta que han sido denunciados lo han sido en el orden de 150 diariamente.

En el robo de automóviles, muchas de las veces éstos son utilizados por la delincuencia organizada, para la comisión de otros ilícitos, como el secuestro, robos a Bancos o negociaciones, en otros casos, son trasladados a otras entidades para su venta o hasta al extranjero, con documentación falsa o para desmantelarlos y vender sus partes.

Esta situación preocupante, es aún mucho más grave cuando en una cantidad considerable de ilícitos, son cometidos o auspiciados por servidores públicos, que tienen a su cargo la seguridad pública o bajo su complicidad.

El legislador, atento al reclamo justo de la sociedad, decretó con fecha 9 de mayo de 1996, diversas reformas, adiciones y derogaciones del Código Penal en materia del Fuero Común para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal, del Código Fiscal de la Federación y del Código de Procedimientos para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales. (D.O. 13 de Mayo de 1996).

Se pretende, con lo anterior, disminuir los robos, mediante la obstaculización en el comercio de objetos robados, se amplían diversos supuestos tendientes al combate económico del ilícito, tipificando conductas relativas al desmantelamiento y venta ya sea en forma conjunta o separada, las autopartes; la venta o tráfico de vehículos robados, así como su posesión custodia, o falsificación de la documentación para acreditar la propiedad, así como el traslado a otras entidades de la Federación o al extranjero.

Algunas de éstas figuras, ya las hemos descrito anteriormente y otras, en lo que nos interesan, son las siguientes:

*Artículo 368 bis. Se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de ésta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario.*

Este precepto, a nuestro juicio, ha sido infortunado, ya que se encuentra, comprendido en la fracción I del artículo 400, (Título Vigésimotercero, Encubrimiento CP.).

Se hace notar, que para la correcta tipificación es necesario que el agente, tenga conocimiento de que los instrumentos, objetos o productos sean de procedencia ilícita, o sea del robo.

Artículo 368 ter. *Al que comercialice en forma habitual objetos robados, a sabiendas de ésta circunstancia y el valor intrínseco de aquellos sea superior a quinientas veces el salario, se le sancionará con una pena de prisión de seis a trece años y de cien a mil días multa.*

El dolo, el elemento subjetivo para integrar los elementos del tipo, como en el anterior, será, que se tenga conocimiento de que sean robados, ("a sabiendas").

Artículo 377. *Se sancionará con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, al que a sabiendas y con independencia de las penas que le correspondan por la comisión de otros delitos:*

I.— *Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes;*

II.— *Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados;*

III.— *Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o indentificación de un vehículo robado;*

IV.— *Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero; y*

V.— *Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos.*

*A quien aporte recursos económicos o de cualquier índole, para la ejecución de las actividades descritas en las fracciones anteriores, se le considerará copartícipe en los términos del artículo 13 de éste Código.*

*Si en los actos mencionados participa algún servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución o sanción del delito o de ejecución de penas, además de las sanciones a que se refiere éste artículo, se le aumentará pena de prisión hasta en una mitad más y se le inhabilitará para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión públicos por un período igual a la pena de prisión impuesta.*

En éste dispositivo, se sanciona también a quien aporte recursos económicos de cualquiera otra clase para la ejecución de las actividades ilícitas descritas y en el supuesto de que en su intervención participara un servidor público, que tenga la obligación, por su cargo, empleo o comisión, la persecución de los delitos, su sanción o ejecución de las penas, se incrementa la pena privatoria de la libertad por una mitad más, además de su inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión.

Este artículo 377, se encontraba derogado antes de la reforma.

## CAPÍTULO XIX

### ABUSO DE CONFIANZA

(ARTS. DEL 382 AL 385 DEL C. P.)

#### TEMARIO

288. Doble significado de la frase abuso de confianza.—289. La agravante de abuso de confianza.—290. El abuso de confianza como delito patrimonial típico.—291. Su lenta elaboración histórica; confusión del abuso con el hurto en el Derecho antiguo.—292. Diferenciación relativamente moderna del abuso.—293. Diferencias entre el robo y el abuso de confianza.—294. Diferencia con el fraude.—295. Definición en el Código Penal de 1871; crítica.—296. Definición del Código Penal vigente.—297. Elementos del delito.—298. Primer elemento: la disposición para sí o para otro.—299. La disposición como acto de apropiación; distinción entre las simples violaciones contractuales y el abuso de confianza.—300. La disposición como elemento consumativo del delito.—301. Segundo elemento: el perjuicio.—302. Tercer elemento: la cosa objeto del delito; cosas corporales muebles y ciertos bienes representativos de derechos.—303. Cuarto elemento: acción de transferir la tenencia y no el dominio; comparación con el Código Penal de 1871.—304. Enumeración de los principales contratos y actos que pueden dar lugar a un abuso de confianza.—305. Arrendamiento de muebles; hipótesis delictivas y simples violaciones contractuales.—306. Comodato.—307. Depósito; diversas hipótesis.—308. Mandato.—309. Comisión mercantil.—310. Prestación de servicios.—311. Prenda.—312. Modalidad rescisoria de la compraventa.—313. Tutela, albaceazgo y sindicatura.—314. Secuestro, diversas hipótesis.—315. Crítica a la persecución del delito por querrela necesaria.—316. Prueba de las operaciones originadoras del abuso de confianza.—317. Casos especiales que se sancionan como abuso de confianza.

288. La frase "abuso de confianza" puede tener en Derecho Penal un doble significado: como circunstancia genérica agravadora concurrente con cualquier delito y como delito típico especial que lleva ese nombre.

289. Conforme a su primera significación, la agravante de abuso de confianza consiste en la deslealtad manifestada por el delincuente contra su víctima en ocasión de cualquier delito.

Esta circunstancia, que no debe confundirse con el delito de abuso de confianza, la reglamentó Martínez de Castro como una agravante general en el artículo 405 del Código Penal de 1871, que dice: *Hay abuso de confianza siempre que, para cometer un delito, se vale el delincuente de un medio, o aprovecha una ocasión que no tendría sin la confianza que en él se ha depositado y que no procuró granjearse con ese fin.* Como ejemplos de diversos delitos aumentados moralmente

por esta forma de deslealtad podemos mencionar: la falsificación documental en que se aprovecha indebidamente una firma o rúbrica en blanco otorgada para otros fines (frac. II del art. 244 del Código Penal); el homicidio proditorio o a traición en que el agente, además de la alevosía, obra con perfidia, violando la fe y seguridad que expresamente había prometido a la víctima, o la tácita que éste debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza (art. 319 del Código Penal) (véase núm. 90), y el robo cometido por huéspedes, patronos o asalariados en que éstos aprovechan su fácil acceso a las cosas para apoderárselas. Como el Código Penal de 1931 suprimió el sistema de circunstancias agravantes expresas, el juzgador puede apreciar dentro de su arbitrio la deslealtad o abuso de confianza genérico, salvo casos especiales, como la traición, que en sí misma es calificativa de las lesiones o el homicidio.

290. En su significado restringido, el abuso de confianza es un delito patrimonial típico, actualmente diferenciado del robo y del fraude por poseer características peculiares. Martínez de Castro,<sup>141</sup> en su *Exposición de Motivos del Código Penal de 1871*, que introdujo la figura en nuestro Derecho, la justifica en las siguientes palabras: "El abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante, y la Comisión lo ha considerado bajo ese aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el Código francés y todos los posteriores, porque actualmente son dos delitos diversos el apoderarse alguno de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el robo, y el disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en convenio o a virtud de un contrato que no transfiere el dominio."

291. Pero si actualmente el delito de abuso ha tomado en las leyes una fisonomía jurídica diferenciada de los otros atentados patrimoniales, esto se logró a través de una lenta elaboración histórica que es preciso examinar en sus grandes lineamientos, para hacer asequible el entendimiento de su institución relativamente moderna.

En la antigüedad no se conocía legalmente la distinción entre el *furtum* y el abuso de confianza por atenderse a su rasgo común: apropiación injusta del bien ajeno. Poco interesaba que este resultado ilícito se obtuviese por la vía de la toma no consentida de la cosa o por el abuso de la posesión material. En el Derecho Romano, según

<sup>141</sup> *Exposición de Motivos. Ob. cit.,* pág. 52.



Mominsen,<sup>142</sup> en materia de *furtum*: "Se reputaba apropiación de una cosa no sólo cuando se apoderaba alguno de la que se hallaba en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitaba delictuosamente en el derecho que de usarla le correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a otro la posesión o tenencia de la cosa y el poseedor no hiciera de ésta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debiera hacer."

La antigua jurisprudencia francesa continuó la tradición romana; Muyart de Vouglans<sup>143</sup> decía: "El robo no se comete solamente por la sustracción, sino también por el abuso que se hace de la cosa de otro. La ley nos da por ejemplo: el depositario que se sirve de la cosa depositada en sus manos, el acreedor prendario que se sirve de la prenda dada por el deudor, etc. Los robos de esta especie se distinguen de los precedentes en cuanto a la pena."

292. Es hasta 1791 cuando la ley francesa establece una incriminación especial para ciertas disposiciones de las cosas confiadas en depósito al autor, sancionándolas con la degradación cívica. Corresponde al Código Napoleónico de 1810 la verdadera creación del delito, el que después de las reformas de 28 de abril de 1832 y de 13 de mayo de 1863, que le dieron mayor alcance, llegó a su definitiva redacción, que trasladamos por ser el antecedente inmediato de nuestros preceptos legales: *Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de depot, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié, ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni peines portées en l'article 406* (art. 408 reformado del Código Penal francés).

Otras codificaciones, como la española y algunas latinoamericanas, mencionan entre las estafas y otros engaños el delito que cometen: "Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido".

La legislación italiana, adoptando magnífico sistema, llama al delito "apropiación indebida", establece su persecución por querella necesaria y dentro de él reglamenta, además de la apropiación de las cosas recibidas con obligación de restituir o de hacer un uso determinado, el abuso de firma en blanco y las apropiaciones de cosas perdidas,

<sup>142</sup> *Derecho Penal Romano. Ob. cit.*, tomo II, pág. 202.

<sup>143</sup> Citado por Garraud, *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, nota al párrafo 2616.

o que han sido entregadas por error, o de tesoros (arts. 417, 418 y 420 del Código italiano).

293. La separación establecida por las modernas legislaciones entre el robo y el abuso es justificable por varias razones. Si examinamos las dos infracciones desde el punto de vista del momento de la posesión, observaremos que el ladrón la adquiere en el instante preciso de la consumación de su delito, o sea al tomar la cosa; el robo es un atentado en que se despoja a la víctima. En cambio, el abusario, antes de que ejecute el delito, tiene lícitamente la posesión; su infracción consiste en el abuso que hace de esa previa tenencia, disponiendo del bien. (Abuso: del latín *abusus*, de *usus* a, desviación del uso.) Este último delincuente cuenta con ocasión favorable y propicia, que no ha buscado, para satisfacer su codicia o mala fe; por eso Garraud<sup>144</sup> afirma: "Si cualquiera puede cometer un robo, no cualquiera persona puede cometer el abuso de confianza. En efecto, en este delito, la cosa se encuentra *ab initio* legítimamente entre las manos del agente por un acto que implica convenio y obligación de restituir; el agente no se hace de las cosas por la astucia o la violencia; y si más tarde las distrae, es cediendo a la ocasión proporcionada por la víctima. No se le pueden atribuir premeditación o combinaciones dolosas porque no ha buscado el delito, ni ha obrado con audacia en su ejecución, puesto que no ha hecho sino apropiarse las cosas que le habían sido confiadas. De ahí se infiere que el abuso se distingue del robo por la *naturaleza* de los hechos que lo constituyen, por el menor *peligro* que entraña para la propiedad y por la *criminalidad* muy inferior del agente."

294. Por su parte, el abuso se distingue del fraude en que el abusario obtiene la cosa lícitamente sin emplear engaños, aprovechar errores, maquinaciones o artificios; su actividad dolosa surge después, en el momento de la disposición. El autor de fraude recibe la cosa como resultado de su engañosa actitud; su dolo es anterior a la posesión y es causa de ésta.

295. El Código Penal de 1871 en su artículo 407, creó dentro del Derecho mexicano el delito de abuso de confianza; el precepto, sucesivamente reformado por decreto de 24 de mayo de 1884 y 5 de septiembre de 1896, quedó redactado así: *El que fraudulentamente y con perjuicio de otro disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de Banco o en papel moneda; de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler,*

<sup>144</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo IV, párrafo 2616.

*comodato u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia.*

Miguel S. Macedo,<sup>145</sup> en su *Exposición de Motivos a los Trabajos de Revisión del Código de 1871*, manifiesta: "La Comisión estuvo conforme, en principio, con la reforma de 1896; pero considerándolo conveniente para que en el precepto del artículo queden comprendidos no sólo los contratos sino también los simples actos, como la tutela, el albaceazgo, el secuestro y otros en virtud de los cuales se pueden entregar cosas muebles sin transferir su dominio, es de opinión de que en vez de decir: 'cosa ajena mueble que el responsable haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio', expresiones que se refieren exclusivamente a contratos, se diga: 'cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio', expresión más genérica, que comprende no sólo los contratos, sino también cualquier acto."

296. Los Códigos de 1929 y 1931, con ligeras variantes, aceptaron la reforma propuesta en los trabajos de revisión. El texto original de 1931, que fue posteriormente reformado, decía: *Se aplicarán prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio* (art. 382 derogado).

Dicho artículo 382 fue reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945 (*Diario Oficial* del 8 de marzo de 1946), nuevamente reformado por decreto de 29 de diciembre de 1950 (*Diario Oficial* de 15 de enero de 1951); por decreto del 29 de diciembre de 1975 (*Diario Oficial* de 30 diciembre de 1975) se intervino nuevamente en dicho precepto aumentándose el monto del abuso como el de la multa. Posteriormente, fue reformado por decreto del 26 de diciembre de 1981 publicado en el *Diario Oficial* el 29 del mismo mes y año, por las mismas consideraciones ya señaladas anteriormente (237). La redacción actual es la siguiente: *Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa hasta de cien veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de doscientas veces el salario. Si excede de esa cantidad, pero no de dos mil veces el salario, la prisión será de uno a seis*

<sup>145</sup> *Trabajos de Revisión. Ob. cit., tomo IV, pág. 556.*

años y la multa de cien hasta de ciento ochenta veces el salario. Si el monto es mayor de dos mil veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario (art. 382 del Código Penal reformado).

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 399 bis, ahora reformado, este delito se perseguirá por querrela.

297. Los elementos del tipo son: I. La disposición para sí o para otro; II. El perjuicio; III. Que la disposición recaiga en cosas muebles y IV. Que se haya transferido al agente la tenencia de esas cosas y no el dominio. La reunión imprescindible de esos cuatro elementos inseparables integra el abuso de confianza; en los procesos es indispensable la comprobación de todos.

298. LA DISPOSICIÓN.—Por disposición del bien se entiende el hecho de que su precario poseedor, violando la finalidad jurídica de la tenencia, se adueñe de él, obrando como si fuera su propietario, sea para apropiárselo en forma de ilícita retención —disponer para sí—, o sea disipándolo en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona —disponer para otro—. Esos actos consisten siempre en la *districción* de la cosa del fin para que fue entregada, implicando un injusto cambio de destino del objeto. La consecuencia de la disposición es el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa. Ejemplo: el agente se adueña de ella negándose a devolverla sin causa justificada a pesar de los requerimientos del ofendido, o la enajena, empeña o grava. Cuando la disposición se manifiesta en forma positiva de donación, empeño o enajenación de la cosa, existe un acto material de transferencia, cuya comprobación no es difícil; pero cuando el detentador, sin hacer salir la cosa de su posesión material, se queda con ella *cum animo domini*, entonces se dificulta la prueba del delito; los tribunales penales, según Goyet,<sup>146</sup> deberán apreciar la infracción, teniendo en cuenta si el agente ha obrado con intención de apropiarse la cosa escapando a la obligación de restituirla. No es necesario probar que el inculcado haya sido formalmente puesto en mora por una interpelación solemne, siendo bastante la demostración de su negativa conforme a las probanzas del procedimiento penal. *Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga dexecho, o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley* (art. 384, reformado por decreto de 31 de diciembre de 1945, *Diario Oficial* del 9 de marzo de 1946).

299. Salvo el caso previsto en el artículo 384 reformado, que trasladamos al final del párrafo anterior, y cuya inclusión como abuso de

<sup>146</sup> *Précis de Droit Pénal Spécial*. Recueil Sirey, Paris, 1933, pág. 375.

confianza es bien dudosa, insistimos en que la disposición implica un acto de apropiación —obrar como si se tuviera el dominio del bien—, porque no toda extralimitación del agente es constitutiva de abuso de confianza; Garraud<sup>147</sup> dice: “Se comete una confusión cuando se busca el delito en una simple violación del contrato (o acto transmisor de la tenencia), porque el abuso no es sino una violación del Derecho de propiedad.” Nuestro Código usa la frase “disposición para sí o para otro”; el francés dice “distraer o disipar”; el español habla de las acciones de apropiarse o destruir; el de Suecia se refiere a las operaciones de cambiar, separar o de cualquiera otra manera destruir la propiedad de que se es detentador; el de Hungría se contrae a la infidelidad del poseedor o detentador; por último, el Código italiano, con mayor claridad, menciona la “apropiación indebida”. Cualquiera que sean los términos usados por las diversas legislaciones, todas ellas se refieren a aquellas actividades atentatorias en que el tenedor provisional se adueña de hecho del bien, es decir, procede con él como si tuviera su dominio para enajenarlo en todo o en parte, gravarlo o retenerlo injustamente.

Las simples violaciones contractuales efectuadas por el que tiene la cosa, cuando no dan por resultado un movimiento de apropiación en la forma que dejamos explicada, no son constitutivas de abuso de confianza. Ejemplo: un arrendatario de bien mueble, sin facultad de subarrendar dada por el arrendador, ejecuta esa operación; se ha extralimitado en sus derechos, ha violado el contrato, pero no es responsable del delito de abuso, porque su acto ilícito no implica el adueñamiento de la cosa; en cambio, si la oculta para quedarse con ella y se niega a restituirla obrando como si fuera su propietario, o la empeña, grava o enajena en cualquiera forma, incurre en las sanciones penales.

Como caso de excepción, en que no obstante existir una disposición atentatoria del bien no existe el delito de abuso de confianza, se puede mencionar la destrucción dolosa o imprudente del bien mueble por la persona que tiene su posesión a título restitutorio, porque en este caso el atentado encuadra jurídicamente dentro de un tipo de delito distinto que es el daño en propiedad ajena, infracción que no supone enriquecimiento.

300. La disposición del bien para sí o para otro es el elemento consumativo del delito de abuso de confianza, siempre que, por supuesto, estén reunidas las demás condiciones jurídicas de la infracción. Importa fijar el momento de consumación, especialmente para determinar el término legal de su prescripción, ya que persiguiéndose el abuso por querrela necesaria, la acción del ofendido prescribirá *en un año*, con-

<sup>147</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 2618.

*tado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia* (art. 107 del Código Penal, reformado por dec. 16 diciembre de 1985. D.O. 23 del mismo mes y año).

301. **EL PERJUICIO.**—Con anterioridad, en el número 192, explicamos que todos los delitos patrimoniales, considerando sus efectos en la persona que resiente la acción ilícita, tienen la peculiar característica de importar un perjuicio patrimonial para la víctima; la consecuencia de todos ellos es la injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo, quien resiente merma en la utilidad que le procuran los elementos activos de su patrimonio. En el abuso de confianza el perjuicio o daño patrimonial a la víctima es corolario de la disposición indebida. Dicho daño consiste en la disminución que de hecho sufre el ofendido en sus bienes o derechos por el acto de apropiación cometido por el protagonista del delito. Los ofendidos resentidores del perjuicio pueden ser los propietarios, los poseedores legítimos o cualesquiera personas que tengan derechos sobre la cosa distraída.

El daño al patrimonio se percibe en el momento mismo en que, debido a la criminal maniobra sobre la cosa, no se logra su restitución o no se puede hacer uso de los derechos sobre ella. Podrá ser que después de consumada la disposición delictiva, el ofendido logre recuperar la cosa por la persecución que hace de sus ilegítimos detentadores, pero esta posterior reparación del daño no destruye la previa existencia del perjuicio como elemento constitutivo del abuso de confianza; ni la resitución posterior ni el pago de una indemnización son suficientes para destruir la figura del delito, salvo que coincidan con el perdón del ofendido, ya que el abuso se persigue por querrela necesaria.

La fórmula "con perjuicio de tercero" de la redacción originaria del precepto, o la fórmula "con perjuicio de alguien", usada en la reforma de 1946, debe entenderse en el sentido de que el perjudicado sea una persona distinta del protagonista activo de la infracción; generalmente el perjudicado es la misma persona que ha remitido el bien al abusario, pero también puede ser cualquiera otra la que resienta en su patrimonio la acción.

302. **LA COSA OBJETO DEL DELITO.**—En la redacción original del Código Penal de 1931, antes de su reforma, mencionaba como posibles objetos materiales en que podía recaer la acción delictiva de abuso de confianza: *una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o cualquiera otra cosa ajena mueble.* En las ediciones de este libro anteriores a la reforma de 1945, decía:

mos que esta enumeración podía reducirse a dos grupos, a saber: a) bienes muebles corporales, tales como el dinero en numerario o en papel moneda y las cosas transportables; y b) ciertos bienes muebles, incorporales en cuanto que son representativos de derechos, tales como los billetes de banco y los documentos en que se acrediten obligaciones o liberación o transmisión de derechos, entre éstos los recibos, vales y títulos de crédito. Quedaban excluidos aquellos documentos de valor puramente moral, de estimación íntima, como la correspondencia privada, a no ser que se considerase exclusivamente el valor intrínseco que pudieran tener como cosas corporales. Pero también decíamos que en realidad todos los bienes enumerados, incluyendo los representativos de derechos, son de naturaleza mueble. Probablemente a estas observaciones obedeció la reforma del precepto que sólo se refiere a *"cualquier cosa ajena mueble"*. Sin embargo, en la práctica pueden surgir dudas.

303. ACCIÓN DE TRANSFERIR LA TENENCIA Y NO EL DOMINIO.—El abuso de confianza requiere como condición necesaria que la cosa en que recae el delito haya sido remitida previamente al abusario a título de simple tenencia y no de dominio; la tenencia de la cosa supone una posesión precaria del bien en que su tenedor tiene la obligación de restituirlo o destinarlo al fin para que le fue remitido. Precisamente difiere el abuso de confianza del robo, por el hecho de que el abusario tiene de antemano la posesión material del bien; en cambio el ladrón, no tenedor de la cosa antes de su delito, va hacia ella, la toma, se hace de su posesión.

El Código de 1871 exigía que el autor del abuso hubiese recibido la cosa "en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio". Siguiendo el proyecto de reformas de 1912, en lugar de esos términos, la legislación vigente adoptó los de "se le haya transferido la tenencia y no el dominio", para hacer comprender dentro de la posibilidad delictiva, además de los contratos restitutorios, aquellos actos tales como la tutela, el albaceazgo, el secuestro y otros, en virtud de los cuales se reciben cosas muebles sin transferirse su dominio (véase en este mismo capítulo núm. 295). No obstante que la legislación actual no menciona directamente los contratos en que no se transfiere la propiedad de las cosas, éstos quedan involucrados dentro de la amplia fórmula usada en el texto legal; cualquier duda queda disipada por las palabras de Miguel S. Macedo<sup>145</sup> en su *Exposición de Motivos de los Trabajos de Revisión*, cuando dice: "Sin embargo, este último inconveniente (el de la duda) desaparece con el hecho de que en esta

<sup>145</sup> *Trabajos de Revisión. Ob. cit., tomo IV, pág. 557.*

exposición consta expresamente que el fin de la reforma no es el de excluir caso alguno de los que actualmente comprende (el art. 407 del Código Penal de 1871); sino, por el contrario, hacer que comprenda todos aquellos en que haya entrega de una cosa mueble sin transmisión del dominio, aunque sea discutible si ha mediado o no contrato."

304. En la imposibilidad de hacer una enumeración completa de los contratos o actos no translativos de dominio, que pueden dar lugar a la comisión del abuso de confianza —puesto que muchas de esas operaciones son innominadas legalmente o tan complejas que es imposible clasificarlas concretamente—, nos limitaremos a señalar las principales. Son: arrendamiento; comodato; mandato; comisión mercantil; prestación de servicio; prenda, modalidad rescisoria de la compraventa; tutela; albaceazgo; sindicatura, y secuestro.

305. ARRENDAMIENTO.—Siendo la esencia del contrato de arrendamiento la concesión del uso o goce temporal de una cosa a cambio de un precio cierto (art. 2398 del Código Civil), resulta que el arrendatario la recibe en precaria tenencia, que sólo lo autoriza para servirse de ella durante el tiempo y para el uso convenido o el que sea conforme a su naturaleza o destinación (art. 2425 del Código Civil).

La posibilidad de abuso de confianza se reserva a los arrendamientos de cosas muebles. El arrendatario que se extralimita en sus derechos sobre la cosa incurrirá en las sanciones penales del abuso, cuando esa extralimitación se manifieste en la forma de disponer u obrar sobre la cosa *cum animo domini*, sea para venderla, gravarla o empeñarla o sea para retenerla como si fuera su dueño. En cambio, los simples incumplimientos de sus obligaciones contractuales, cuando no llevan incluido el ánimo de apropiación, ameritarán puras sanciones civiles, como en los casos en que el arrendatario, vencido el plazo, continúe gozando el bien, o cuando lo subarriende no obstante la ausencia de autorización del dueño, o cuando use la cosa para un fin no previsto en el contrato, etc.

En el arrendamiento de inmuebles puede suceder que dentro de la propiedad existan algunas cosas de naturaleza real mueble pero que estén destinadas al servicio del terreno o edificación. Si el arrendador dispone concretamente de esos bienes físicamente transportables, no obstante que el Código Civil por respeto a su destino los denomina, inmuebles, el juzgador debe atender a su naturaleza intrínseca juzgando al reo como responsable de abuso. (Para mayores detalles véanse en el capítulo de robo núms. 210 y sigs.)

Igual solución debe darse a la disposición indebida que el arrendatario realice de los frutos muebles de los objetos arrendados.



306. COMODATO.—El comodato o préstamo de uso, contrato sobre las cosas no translativo de su dominio, consiste en la concesión gratuita del uso de una cosa no fungible, con la obligación de restituirla individualmente (art. 2497 del Código Civil). Dará lugar a la comisión de abuso de confianza, cuando el usuario gratuito de la cosa disponga del bien en las formas de apropiación que hemos venido explicando. Una vez más precisa advertir que no siempre existe el delito de abuso de confianza cuando el tenedor de la cosa se extralimita en sus derechos contractuales, limitándose la noción delictiva a las operaciones de apropiación que dan por resultado la no restitución de la cosa. Así sólo ameritará las sanciones civiles de rescisión o de pago de daños y perjuicios el comodatario que viole el contrato, por ejemplo, cuando concede sin permiso del comodante a un tercero el uso de la cosa entregada en comodato. Cometerá un verdadero delito cuando para sí o para otro se adueñe del bien o de los frutos y accesorios de la cosa prestada.

307. DEPÓSITO.—En materia de depósito debemos hacer distinciones según se trate de depósitos civiles, mercantiles o bancarios.

a) El depósito civil —contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante—transfiere al tenedor de la cosa su simple tenencia, para el preciso y único objeto de guardarla y restituirla. Las operaciones que implican disposición o adueñamiento del bien mueble depositado conformarán un abuso de confianza.

b) En el depósito mercantil en general el custodio o guardador de las cosas no tiene facultad alguna de disposición; si las distrae o disipa comete abuso de confianza, porque está obligado a conservarlas, según las reciba, y a devolverlas con los documentos, si los tuviere, cuando el depositante se las pida (art. 335 del Código de Comercio). Por supuesto, si el depositante autoriza al depositario para disponer de los bienes, cesarán los derechos y obligaciones propios del depósito, surgiendo los del contrato que se celebre (art. 338 del Código de Comercio).

c) Tratándose de depósitos bancarios a la vista, a plazo o previo aviso, de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, cuando el depositario dispone de esos valores fungibles no ha lugar a la incriminación por abuso, porque la operación le transfiere la propiedad y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo cuando el dinero se entregue en caja, saco o sobre cerrados, en cuyo caso el depósito es ordinario, no translativo de la propiedad (artículos 267 y 268 de la Ley de títulos y operaciones de crédito).

d) El depósito bancario de títulos puede dar ocasión al abuso de

confianza porque, por sistema general, no transmite la propiedad al depositario. La excepción aparece cuando el depositante autoriza la disposición de los títulos, pues entonces el depositario sólo se obliga a restituir otro tanto de la misma especie (art. 376 de la citada Ley).

e) Dentro de las operaciones de depósito de mercancías en almacenes generales debe distinguirse el depósito de bienes individualmente designados y el depósito de mercancías genéricamente designadas con obligación de restituir otras tantas de la misma especie y calidad. En el primer supuesto el almacén asume las responsabilidades de simple tenedor de las cosas para su guarda y custodia, siendo posible la comisión de abuso de confianza cuando se dispone indebidamente de los bienes. En el segundo caso el contrato es transmisor de la propiedad y, en consecuencia, no es posible la incriminación.

En sus casos habrá que tener presente que por la reforma a que ya nos referimos en el número 298 el actual art. 384 reputa como abuso de confianza *la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad, para que ésta disponga de la misma conforme a la ley* (art. 384 reformado del Código Penal).

f) Reformado el artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales (D. O. 19 de Nov. 1986) en que se faculta al Ministerio Público para asegurar los vehículos instrumentos del delito tratándose de ilícitos imprudenciales, ocasionados con motivo del tránsito vehicular, éste lo puede entregar en depósito al conductor o a quien se acredite como propietario del vehículo, quienes deberán presentarlo a la autoridad competente que lo solicite, se ha adicionado el Código Penal con el artículo 385 para el caso de que el depositario no cumpliera con tal obligación: *Se considera como abuso de confianza y se sancionará con seis meses a seis años de prisión y multa hasta de cien veces el salario mínimo a quien disponga indebidamente o se niegue sin justificación a entregar un vehículo recibido en depósito de autoridad competente, relacionado con delitos por tránsito de vehículos, habiendo sido requerido por la autoridad que conozca o siga conociendo del caso* (art. 385 C.P.).

Esta modalidad, permite a los propietarios de vehículos relacionados con delitos con motivo del tránsito de vehículos, que sean recogidos desde luego, para su posible reparación, evitándole las consecuentes molestias y desperfectos ocasionados al quedar a la intemperie en los corralones o lugares empleados para su guarda por las autoridades de tránsito, pero impone la obligación de presentarlos cuantas

veces sea requerido por la autoridad que conozca del hecho o que sea conociendo de éste.

308. MANDATO.—El mandato —contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga—, dentro de sus grandes variedades, puede traer como consecuencia la recepción precaria de bienes por el mandatario para destinarlos a ciertos usos o con obligación restitutoria. En estos casos, como el mandato no es traslativo del dominio, los actos de disposición indebida serán constitutivos de abuso de confianza cuando se integren sus demás elementos.

El artículo 2572 del Código Civil previene: *El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcán al mandante y que haya distraído de su objeto e invertido en provecho propio, desde la fecha de inversión; así como los de las cantidades en que resulte alcanzado, desde la fecha en que se constituyó en mora.* El anterior precepto ha dado lugar a la ingenua interpretación de que si el mandatario dispone de las sumas no es acreedor a la represión penal, puesto que el Código Civil se limita a señalar la sanción privada de pago de los intereses y de las cantidades en que resulte alcanzado. Nada autoriza semejante criterio porque no existe delito patrimonial que al mismo tiempo no entrañe una violación de los derechos civiles; en otras palabras, cualquier tipo de delito que afecte al patrimonio de las personas amerita dos diversas categorías de sanciones, la propiamente penal y la de reparación del daño, y dentro de ésta la restitución o la indemnización en su caso, más los daños.

309. COMISIÓN MERCANTIL.—Las observaciones anteriores referentes al mandato son aplicables a la comisión mercantil, dado que ésta no es sino el mandato aplicado a actos concretos de comercio (art. 273 del Código de Comercio).

310. PRESTACIÓN DE SERVICIOS.—Las diversas formas de prestación de servicios, tales como el servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, el contrato de hospedaje, la prestación de servicios profesionales y el contrato de obras a precio alzado, reglamentados los primeros por la Ley del Trabajo y los últimos por el Código Civil, cuando dan por resultado la recepción de bienes muebles sin transmisión del dominio para los simples efectos del trabajo encomendado, pueden dar ocasión al delito de abuso de confianza.

Para la distinción entre los robos y los abusos de confianza, realízados por servidores. Véase el núm. 254.

311. **PRENDA.**—Puede existir caso de disposición indebida, elemento de abuso de confianza, con motivo de los contratos o actos en que se otorgue prenda, porque ésta es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (art. 2856 del Código Civil). Cuando se entrega realmente la cosa al acreedor, éste asume el papel de un poseedor precario que debe conservarla para los efectos de su garantía. Aun en el caso en que el deudor no satisfaga la prestación garantizada por la prenda, su poseedor no queda autorizado para adueñársela; por regla general su derecho se limita a solicitar del juez decrete la venta en pública almoneda.

Si la prenda se constituye jurídicamente en poder de un tercero, éste, por recibir la simple tenencia de la cosa, no tiene facultad alguna de disposición; guarda la misma situación explicada en el párrafo anterior.

Si la prenda se constituye jurídicamente quedando en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley, como dueño que es de la cosa cuyo dominio conserva, en ningún caso puede ser autor de un abuso de confianza; la infracción realizable será el fraude previsto en la fracción II del artículo 387 reformado del Código Penal.

Es importante recordar que en materia mercantil, cuando se constituye la prenda sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de éstos se transfiera al acreedor, el que quedará obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie, debiendo constar por escrito este pacto; cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario (art. 336 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

El dueño de la cosa dada en prenda a otro que intencionalmente la destruye o dispone de ella, comete el delito equiparado al robo previsto en la fracción I del artículo 368 del Código Penal (véanse antes núms. 278 y sigs.).

312. **MODALIDAD RESCISORIA DE LA COMPRAVENTA.**—Las ventas en abonos de automóviles, motores, pianos, máquinas de coser y otros bienes muebles susceptibles de identificarse de manera indubitable, se pueden pactar con la modalidad de que la falta de pago de uno o varios abonos ocasione la rescisión del contrato, mediando los requisitos marcados en el artículo 2310 del Código Civil; ese carácter impone una condicional restitución de la cosa y hace posible el delito de abuso de confianza.

313. TUTELA, ALBACEAZGO Y SINDICATURA.—Los tutores, albaceas o síndicos reciben los bienes para su guarda y administración con obligación de restituir. La destrucción, disipación o adueñamiento que cometan en los bienes muebles conformarán abuso de confianza.

314. SECUESTRO.—En el secuestro deben distinguirse los siguientes casos:

a) El depositario de los bienes secuestrados o embargados es su propio dueño. No es posible abuso de confianza porque conserva su dominio; sin embargo, como el embargo disminuye sus derechos de disposición, nuestro Código establece expresamente: *Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena: el hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial* (primera parte frac. I del art. 383 del Código Penal).

b) El Legislador, consideró establecer como equiparable al abuso de confianza, el hecho de disponer o sustraer una cosa, por parte de su dueño, cuando la ha dado en prenda y la conserva en su poder en virtud de un contrato (*o bien si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna Institución de Crédito, en perjuicio de ésta*), segunda parte del art. 383 reformado D. O. 7 enero 1980 en su fracción I.

Esta última reforma, tiene íntima relación con el artículo 2857 del Código Civil y el artículo 329 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como el 129 de la Ley General de Crédito Rural, por lo que se sugiere consultarlas.

c) El depositario no es el propietario de los bienes. Como recibe las cosas en custodia y no en dominio, su disposición configura abuso. *El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades, administrativas o del trabajo* (frac. II del art. 383 reformado).

d) El depositario es simple interventor con cargo a la caja de la negociación embargada. De acuerdo con el artículo 555 del Código de Procedimientos Civiles, el depositario judicial de negociaciones embargadas sólo tiene el cargo de mero interventor con cargo a la caja; en consecuencia, cuando el interventor se apodera de los bienes individualmente considerados constitutivos de la universalidad de la negociación mercantil, no comete abuso de confianza, porque si bien recibe dentro de la terminología del procedimiento civil la denominación de depositario judicial, los bienes permanecen en posesión de los deudores, teniendo aquél exclusivamente funciones de vigilancia e inspección y no pudiendo decirse, por tanto, que ha dispuesto de las cosas depositadas. El interventor cometerá un verdadero abuso de confianza

en los casos en que disponga del producto de las ventas, del cual sí se le ha conferido la tenencia precaria.

El hecho de que el intervector se haga de las cosas integrantes de la negociación mercantil, respecto de las cuales sólo tiene funciones de vigilancia y no de tenencia, será robo, por el apoderamiento ilícito.

315. El abuso de confianza *siempre se perseguirá a petición de la parte ofendida* (frase del art. 399 bis del Código Penal). Ofendidos por el delito son todos los que por cualquier motivo han resentido en su patrimonio algún daño consecutivo a la disposición indebida.

La persecución del abuso por querrela necesaria fue introducida por el Código vigente. Este sistema ha hecho decir a Miguel Desentis que el delito de abuso de confianza casi ha perdido en nuestra legislación los caracteres de tal, tocando los linderos de las obligaciones puramente civiles, como el incumplimiento de un contrato. Esto se desprende: de la notable disminución de la penalidad con el *mínimum* bajísimo de tres días; de la restricción del movimiento de la acción al arbitrio y voluntad del particular ofendido en su patrimonio, y del desistimiento de la acción cuando ya ha sido puesta en movimiento por medio del perdón o del consentimiento del ofendido. De esta suerte, cuando las autoridades judiciales toman conocimiento de un hecho indudable y claro que forma abuso de confianza, no podrán hacer nada contra el responsable mientras no lo quiera el ofendido; es más, en los casos en que éste haya manifestado su querrela, a pesar de la temibilidad y cinismo revelados por el abusario, las autoridades estarán obligadas a ponerlo inmediatamente en libertad tan pronto como el ofendido otorgue su perdón. ¿Dónde está el interés público para la represión de estos hechos que se dejan al arbitrio, criterio y conveniencia de los particulares? Supongamos dos casos iguales de abuso de confianza: en uno hay queja de parte y en otro no; en uno habrá represión, castigo, segregación; el otro permanecerá impune. Dos casos distintos apreciados con diferente medida. No se quiere con esto decir que la ley sea injusta, sino hacer notar que, dada la persecución privada del abuso, no es la sociedad la afectada sino el interés privado.

316. PRUEBA DE LAS OPERACIONES QUE DAN LUGAR AL ABUSO DE CONFIANZA.—El Derecho Privado, aparte de las reglas de capacidad de los contratantes, por interés general o para evitar dudas posteriores, exige para la validez de ciertos contratos o para la obligatoriedad de los mismos respecto de terceros el cumplimiento de solemnidades o de requisitos de forma externa. Por ejemplo, el arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales (art. 2406 del Código Civil); la comisión mercantil se ha de ratificar por escrito

antes de que el negocio concluya (art. 274 del Código de Comercio), etc.

Como el Derecho Penal se preocupa más de la realidad de los actos humanos que de su forma, aun en ausencia de los requisitos externos exigidos por el Derecho Civil, se puede comprobar en los procesos la existencia de la operación no traslativa del dominio por cualesquiera de las probanzas ordinarias del procedimiento penal: testigos, confesión, prueba documentaria, indicios o presunciones, etc. En otras palabras, en materia penal interesa más que la validez civil de los actos o contratos no traslativos de dominio, el hecho concreto de que se haya transmitido una cosa en precaria tenencia.

317. *Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena: I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial o bien si la hubiera dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, en perjuicio de ésta; II. El hecho de disponer de una cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo; y III. El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad* (art. 383 reformado en sus fracciones I y II del Código Penal).

La fracción I prevé, primero, un caso de delito especial, distinto al verdadero abuso de confianza, porque el dueño embargado depositario de sus propios bienes no ha perdido su dominio; de todas maneras, como su acción merma la garantía del secuestro, se ordena la aplicación de la penalidad general del abuso. Segundo, cuando la ha otorgado en prenda, en virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito y la conserva en su poder en calidad de depositario, pues también, aunque no ha perdido en su totalidad el dominio, el Legislador, a fin de proteger los intereses de la banca, en especial de la rural, a dispuesto se aplique la pena correspondiente al delito.

La fracción II resulta innecesariamente mencionada en la ley, porque el caso que se prevé queda comprendido exactamente en la definición general del abuso de confianza.

La fracción III constituye caso de delito especial diferenciado del abuso de confianza propiamente dicho, tendiente a evitar desmanes con motivo de las libertades caucionales, ya que el procesado necesita en ocasiones entregar sus fondos a tercero para la constitución del depósito.

## CAPÍTULO XX

### GENERALIDADES DEL FRAUDE

#### TEMARIO

318. Noción doctrinaria general del fraude.—319. Problema de la distinción entre dolo y fraude puramente civiles y el fraude delictivo; opinión de Garraud.—320. Coincidencias del fraude, el robo y el abuso, en sus efectos.—321. Diferencias entre los tres delitos.—322. Evolución del robo hacia el fraude.—323. Peligrosidad del fraude comparada a la del robo.—324. Diferenciación histórica del fraude y otros delitos patrimoniales; el estelionato; distintos sistemas adoptados por las legislaciones contemporáneas.—325. Sistema de reglamentación del Código Penal de 1871: fraude genérico; fraudes especificados y no especificados y estafa; crítica.—326. Sistema del Código Penal de 1929.

318. Conforme a su noción doctrinaria penal, el fraude es un delito patrimonial que consiste, en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos.

319. Siendo la esencia jurídico-doctrinaria del delito de fraude propiamente dicho —salvo casos especiales tipificados expresamente en la ley— *el engaño*, o sea la mutación o alteración de la verdad, y presentándose a menudo en materia de obligaciones civiles esta falacia, los autores encuentran obstáculos para una certera distinción entre *el dolo* y *el fraude puramente civiles*, originadores de sanciones privadas de nulidad, rescisión o indemnización, y *el fraude delictivo*. Garraud<sup>149</sup> zanja prolongada discusión con los siguientes magistrales conceptos: "Es necesario separar por una línea suficientemente precisa *el fraude* o *el dolo civiles*, que abren simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio, del *fraude penal* o *dolo penal*, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. La demarcación entre el dominio del Derecho criminal y el del Civil es tan difícil de fijar que los juristas de todos los siglos lo han ensayado sin éxito. El doble criterio más a menudo propuesto para

<sup>149</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 2530.



distinguir el dolo criminal del civil, y que consiste, por una parte, en que los medios empleados para equivocar deban ser de tal naturaleza que se haga razonable la mentira, y, por otra parte, en que esos medios deben ser tales que hagan ilusión a un hombre de una prudencia ordinaria, nos parece insuficiente y peligroso. El fraude consiste ciertamente en el *error* producido por el empleo de ciertas maniobras; mas definir los fraudes punibles por la naturaleza de los medios que se han empleado sería un error de la misma naturaleza que el que consistiera en definir el delito de golpes y heridas por la naturaleza del arma de que el agente se sirve. El fraude es un error intencionalmente causado con el objeto de *apropiarse* el bien de otro; todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de cualquier naturaleza que sean propios para llevar a ese resultado entran en la noción general del fraude. Es a la ley a la que pertenece, según el progreso y evolución de la civilización, caracterizar las condiciones del fraude punible. Los esfuerzos de los criminalistas para fijarlo *a priori* en fórmulas generales, aplicables a todos los tiempos y a todos los países, serán siempre ilusorios y vanos. Lo que la ley penal siempre ha castigado no es la mentira en la conclusión de un contrato o la deslealtad en su ejecución, sino la apropiación de la cosa de otro cometida por ese medio; es la *ratería*, tomando esta palabra en su sentido general. El fraude no es un delito mas que cuando sirve para hacerse del bien de otro. Los dominios respectivos del Derecho Civil y del Derecho Penal están de esta manera claramente trazados: la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, por engaño, por deslealtad; abandona al Derecho Civil la materia de las convenciones.”

320. El robo, el abuso de confianza y el fraude son infracciones que en sus móviles y en sus efectos tienen la más profunda analogía. Constituyen importante trilogía de delitos de enriquecimiento indebido o apropiación ilícita de los bienes ajenos. Sus resultados coinciden porque todos ellos importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque causan a sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece. En otras palabras, los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen, de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción.

321. Lo que varía son los procedimientos empleados por el agente para apropiarse lo ajeno. En el robo, la acción criminal es el apo-

deramiento no consentido por el paciente; este apoderamiento, en las formas primitivas y brutales del delito, se logra empleando violencias física o moral, o, en los latrocinios ordinarios, por la habilidad más o menos acentuada de la maniobra o por su furtividad. En el abuso, la acción radica en la disposición, o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión precaria. En los fraudes, como regla general, la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de la actitud engañosa asumida por éste.

322. El robo con violencia a las personas es ciertamente la forma más primitiva de enriquecimiento ilícito, llena de peligros para la integridad corporal de las víctimas. Este atentado rápidamente evoluciona hacia su comisión pacífica, sustituyéndose el empleo de la violencia por las maniobras subrepticias o hábiles de apoderamiento, caminos que evidentemente importan para el delincuente y sus víctimas menores riesgos, logrados a cambio de una mayor inteligencia en la comisión del delito. Según Groizard,<sup>150</sup> entre la civilización y la delincuencia hay interesantes correlaciones. "A medida que el estado social progresa, cambian y se transforman los delitos; según los pueblos van alcanzando una mayor cultura, los robos van poco a poco perdiendo los caracteres brutales y sangrientos con que casi siempre aparecen en las sociedades embrionarias o en los pueblos semisalvajes. La astucia reemplaza a la fuerza, y cuando, al impulso del fomento de la agricultura, extensión del comercio, adelantos de la industria y difusión de las ciencias, se engendra un desarrollo intelectual, también es aprovechado por los malvados, que sienten estimulado su ingenio para conseguir éxitos de codicia, inventando maquinaciones, mentiras y fraudes con menos riesgos y más facilidades y en mayor escala que los que podrían prometerse utilizando los recursos propios de los robos y de los hurtos."

El robo, ya sea en sus formas violentas u ordinarias, ha sido sustituido en parte, especialmente en las grandes ciudades, por el fraude, delito de técnica más avanzada, que requiere en el defraudador una determinada superioridad intelectual sobre la presunta víctima para hacer que ésta sucumba al engaño o al error. En las campañas, y en general en todas aquellas pequeñas poblaciones o barrios de escasos recursos económicos, el robo adquiere sus formas más brutales. La civilización, también al alcance de los malvivientes, presta infinitos recursos a éstos para la consecución de lucros delictivos y aguja sus sen-

<sup>150</sup> *El Código Penal de 1870. Ob. cit., tomo VI, pág. 431.*

tidos para encontrar formas y medios especiales de defraudaciones con el menor riesgo posible. Puede, en resumen, establecerse como tendencia general la de que a una mayor civilización corresponde una mejor calidad operatoria en el delito patrimonial; los atentados de simple apoderamiento, pacífico o violento, son sustituidos por aquellos en que la víctima hace voluntaria entrega de sus bienes, que le son defraudados por el engaño que sufre o error que padece.

Sin embargo, es interesante observar cómo en las nacionalidades en formación, dentro de cuyas fronteras se advierten profundas diferencias en la población, de índole económica, cultural y étnica, coinciden con grave intensidad las diversas formas atentatorias de delitos patrimoniales. Entre nosotros se registran desde el fraude o estafa a la gran escuela, de realización más frecuente en nuestras grandes ciudades, hasta el robo en sus múltiples manifestaciones; en la provincia y en las vías poco transitadas y, aún, en los grandes centros de población, se practica el asalto en su forma más primitiva y violenta, siendo así que en otros países el robo por cuadrillas de bandoleros no es sino un desagradable recuerdo histórico.

323. En el delito de fraude, en que toda idea de violencia desaparece sustituida por recursos intelectuales, el peligro que corre la víctima en su integridad corporal es nulo, ya que ella misma, por el error en que se encuentra, no resiste, sino por el contrario coopera a que el delito se perfeccione. Los daños se limitan al mero atentado patrimonial, sin que exista ocasión propicia para su prolongación contra la seguridad, libertad o integridad de los pacientes.

Esta inocuidad parcial ha llevado a estimar el fraude como un delito de menor peligro comparado al temerario robo violento. Sin negar la extraordinaria temibilidad del atracador brutal, procede observar que la prevención social del robo violento u ordinario es más fácil: una policía eficaz y bien organizada, el suficiente alumbrado y vigilancia de las calles y vías públicas, las precauciones de seguridad material de los hogares y propiedades, la relegación de los rateros habituales, etc., en gran medida evitan los apoderamientos ilícitos. En cambio el fraude, a pesar de su ausencia de riesgos personales, representa mayor peligro para los bienes patrimoniales y es motivo de intensa alarma social, dado que la astucia del defraudador dificulta la previsión y evitamiento del delito; además, los daños patrimoniales que el fraude causa pueden ser mayores; las estafas cuantiosas, las grandes especulaciones ficticias del capitalismo moderno, las falsas constituciones de sociedades anónimas para defraudar a los accionistas, los golpes bursátiles, los acaparamientos gigantescos, han hecho exclamar

a Garraud: <sup>151</sup> "Todo hace creer que un feudalismo financiero ha venido a sustituir al feudalismo militar, aquél encuentra para sus piraterías las mismas debilidades en la defensa social que encontraban las *vazzias* de los antiguos jefes feudales.'

Amplios márgenes de penalidad, dentro de los cuales el juez pueda seleccionar una débil, mediana o enérgica sanción adecuada a los distintos tipos de defraudadores, es la única inteligente forma de represión contra un delito de manifestaciones proteicas como el fraude. Nuestra moderna codificación adoptó tan recomendable amplitud.

324. La diferenciación entre el fraude y los otros delitos patrimoniales principió en el Derecho romano con la *Lex Cornelia de falsis*, en que se reprimían las falsedades en los testamentos y en la moneda; posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad que constituían ofensas a la fe pública. Además, en el *stellionatus* se comprendieron los fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad previstos, como gravar una cosa ya gravada ocultando la primera afectación, la alteración de mercancías, la doble venta de una misma cosa, etcétera. En general se consideraba estelionato todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra cualificación delictiva.

El Derecho moderno limita el concepto del delito de fraude (dentro de él, los delitos designados en otras legislaciones como defraudaciones, estafas u otros engaños) a las apropiaciones ilícitas cometidas, en términos generales, por medios engañosos. Algunos códigos se conforman con establecer una definición del fraude en general, dejando a los tribunales el juicio de los hechos concretos que puedan constituirlo. Otras codificaciones, entre ellas la moderna mexicana, ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda íntegramente en reducidos términos la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de casos de incriminación, provistos cada uno de constitutivas especiales, pero comprendidos todos ellos bajo la denominación común de fraude.

325. SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1871.—En la reglamentación del Código Penal de 1871 se establecía una definición general del "fraude contra la propiedad", así: *Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél* (art. 413 del Código Penal de 1871). De la restringida redacción del precepto, por el empleo de la frase "con perjuicio de aquél", resul-

<sup>151</sup> *Traité. Ob. cit.*, tomo VI, párrafo 25.

taba que el que resentía el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado; no se preveía el caso en que se indujese a error a una persona para obtener de ella la cosa o el lucro a costa de otra distinta.

La penalidad de ese fraude en general se desenvolvía legalmente en dos diversas hipótesis: a) en los artículos del 416 al 431 se describían casos, si bien comprendidos ya en la definición general, especialmente mencionados, tales como: los fraudes de enajenación de cosas falsas; de enajenación de cosas con conocimiento de no tener derecho a ello; trampas en los juegos de azar; giro de ciertos documentos que se sabe no han de ser pagados; venta doble de una cosa, etc.; estos casos de fraudes especificados se sancionaban, generalmente, con la penalidad del robo simple; b) en el artículo 432 de la misma codificación se determinaba que cualquier otro caso de fraude de los no especificados expresamente se castigaría con multa igual al veinticinco por ciento de los daños y perjuicios, sin que pudiera exceder de mil pesos. De esta manera, los fraudes no especificados, comprendidos simplemente en la definición genérica del fraude, resultaban sancionados con una pena pecuniaria insuficiente para la represión de la malicia del infractor.

Además, el mismo Código, en su artículo 414, creó un especial delito muy semejante a la *escroquerie* francesa, en los siguientes términos: *El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billetes de banco, de un documento que importa obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquiera otra cosa ajena mueble, logra que se la entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.* La exclusión de la falsedad en la figura de estafa mereció severas críticas, porque en la práctica la mayor parte de las maquinaciones y artificios consisten precisamente en la simulación documentaria.

326. SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1929.—La principal reforma introducida por la efímera y poco técnica legislación de 1929 fue de nomenclatura: al delito en general se le llamó estafa, olvidando el legislador lo impropio de designar el género por la especie. La reglamentación de detalle, en términos generales, conservó la casuística minuciosa de la anterior legislación.

## CAPÍTULO XXI

### TIPOS LEGALES DE FRAUDE

(ARTS. DEL 386 AL 389 BIS DEL C. P.)

#### EXTORSIÓN

(ART. 390 DEL C. P.)

#### TEMARIO

327. Comparación del Código vigente con los anteriores; sistema actual de enumeración diferencial y autónoma de los casos de fraude.—328. Veintitres especies de fraude previstas especialmente.—329. Fraude de engaño o aprovechamiento del error; sus elementos.—330. Penalidad del fraude genérico.—331. Fraude calificado o antigua estafa.—332. Relaciones entre la estafa y la falsedad.—333. Fraude cometido por defensores.—334. Fraude de disposición indebida; sus antecedentes históricos; su reglamentación.—335. Fraude por medio de títulos ficticios o no pagaderos; objeto de la tutela penal; condiciones jurídicas de este fraude.—336. Expedición de cheques no pagaderos.—337. Fraude contra establecimientos comerciales.—338. Fraude en las compraventas al contado.—339. Fraude por falta de entrega de la cosa o de devolución de su importe.—340. Fraude de doble venta de una misma cosa.—341. Fraude de usura; la usura en el Código Civil.—342. Condiciones legales del fraude de usura.—343. Fraude por medio de sustitutivos de la moneda.—344. Fraude de simulación; diversas hipótesis.—345. Simulación contractual.—346. Simulación de actos o escritos judiciales.—347. Estudio de Emilio Pardo Aspe acerca de la simulación en materia judicial.—348. Fraude en los sorteos o por otros medios.—349. Fraude en las construcciones.—350. Fraude por supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones.—351. Fraude en la venta o traspaso de una negociación.—352. Fraude en la propiedad literaria, dramática o artística.—353. Fraude en contra de trabajadores.—354. Fraude por medio de mercancías subsidiadas o con franquicia.—355. Fraude en la promesa falsa de trabajo o al proporcionar el mismo.—356. Fraude cometido por intermediarios en operaciones sobre inmuebles o gravámenes reales.—357. Fraude en operaciones de condominio.—357 a) Querrela en el Fraude. Extorsión.

327. El Código de 1931, antes de las reformas sufridas por decretos del 31 de diciembre de 1945 (*Diario Oficial* del 9 de marzo de 1946), del 31 de diciembre de 1954 (*Diario Oficial* del 3 de enero de 1955) y del 2 de enero de 1968 (*Diario Oficial* del 7 de marzo de 1968), en la reglamentación del delito de fraude, siguió un sistema distinto al de las antiguas legislaciones mexicanas. En los Códigos de 1871 y 1929 el legislador principió su tarea por definir el delito *genérico* de fraude empleando una fórmula igual a la del encabezado de actual art. 386 reformado, del Código Penal; posteriormente se especificaban algunos casos concretos de fraude provistos de penalidades especiales. De estos sistemas resultaba que todo fraude, especificado o no expresamente, debía participar necesariamente de las constitutivas

marcadas en la descripción general. Además, las citadas legislaciones definían por separado un especial delito, la antigua *estafa*, consistente en el fraude calificado de "maquinaciones o artificios". Esas reglamentaciones complicadas, de laboriosa técnica y de exagerada casuística, dificultaban enormemente la interpretación de los casos previstos.

El Código actual en su redacción original, varió radicalmente el sistema de exposición reglamentaria del delito y enumeraba diferenciada y autónomamente los fraudes en las fracciones de los arts. 386, 387 y 389 derogados. De ese sistema resultaba que cada uno de los tipos legales de fraude tenía como constitutivas, únicamente las que se expresaban en cada fracción o artículo aplicable, sin que existiera necesidad de hacer referencia a una definición global del delito.

328. Ahora, después de sus reformas generalmente infortunadas de los años de 1945, 1954 y 1968 en el vigente art. 386, se describe el fraude genérico, realizado mediante el engaño o el aprovechamiento del error, y un caso de fraude calificado de maquinaciones o artificios o antigua estafa; en el mismo precepto se señalan las penas tanto del fraude genérico como del calificado. A su vez en el ya reformado artículo 387, se enumeran distintos casos sancionados con las mismas penas del fraude genérico.

Siguiendo el orden de exposición de los nuevos artículos del Código, se pueden enumerar los siguientes casos:

1. Fraude de engaño o aprovechamiento del error (párrafo primero del art. 386 reformado);
2. Fraude calificado de maquinaciones o artificios, o antigua estafa (párrafo final del art. 386 reformado);
3. Fraude de defensores o de patronos en asunto civil o administrativo (frac. I del art. 387 reformado);
4. Fraude de disposición indebida (frac. II del mismo art.);
5. Fraude por medio de títulos ficticios o no pagaderos (frac. III del mismo art.);
6. Fraude contra establecimientos comerciales (frac. IV del mismo art.);
7. Fraude en las compraventas al contado (frac. V del mismo art.);
8. Fraude por falta de entrega de la cosa o de devolución de su importe (frac. VI del mismo art.);
9. Fraude de doble venta de una misma cosa (frac. VII del mismo art.);
10. Fraude de usura (frac. VIII del mismo art.);
11. Fraude por medio de sustitutivos de la moneda (frac. IX del mismo art.);
12. Fraude de simulación de contratos, actos o escritos judiciales (frac. X del mismo art.);

13. Fraude en los sorteos o por otros medios (frac. XI del mismo art.);
14. Fraude en las construcciones (frac. XII del mismo art.);
15. Fraude en los materiales de construcción (frac. XIII del mismo art.);
16. Fraude en la venta o traspaso de una negociación (frac. XIV del mismo art.);
17. Fraude por supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones (frac. XV del mismo art.);
18. Fraude en la propiedad literaria, dramática o artística (fracción XVI del mismo art., ahora derogada);
19. Fraude en contra de trabajadores (frac. XVII del mismo art.);
20. Fraude por medio de mercancías subsidiadas o con franquicia (frac. XVIII del mismo art.);
21. Fraude cometido por intermediarios en operaciones sobre inmuebles o gravámenes reales (frac. XIX del mismo art.);
22. Fraude en operaciones de condominio (frac. XX del mismo artículo);
23. Fraude en la promesa falsa de trabajo o al proporcionar el mismo (art. 389 reformado).
24. Fraude cometido con la expedición de cheques no pagaderos (frac. XXI del Art. 387).
25. FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN (art. 388) o Administración Fraudulenta.
26. FRAUDE CUANDO PARA NO CUBRIR OBLIGACIONES, O ELUDIRLAS, SE COLOQUE EN ESTADO DE INSOLVENCIA. (art. 388 bis.)

329. FRAUDE DE ENGAÑO O APROVECHAMIENTO DEL ERROR.—*Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido* (primer párrafo del art. 386 reformado).

Comparando el anterior precepto con el artículo 413 del Código Penal de 1871, se nota la supresión de la frase final "con perjuicio de aquél", porque su empleo implicaba necesariamente que el que resentía el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado, siendo así que es frecuente que el error se cause a una persona para obtener la cosa o el lucro a costa de otra distinta.

Examinando la descripción legal, se pueden establecer los siguientes elementos del delito: a) un engaño o el aprovechamiento de un error; b) que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido; y c) relación de causalidad entre el primer elemento, actitud engañosa, y el segundo, o sea que el elemento "hacerse de la cosa o alcanzar un lucro" sea consecuencia del engaño empleado por el sujeto activo o del aprovechamiento que hace del error en que se encuentra la víctima. Estas tres constitutivas son inseparables; no



basta probar la existencia de una o de dos: indispensable es la reunión del conjunto.

a) Por engañar a una persona debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño —mutación o alteración de la verdad— supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva. El aprovechamiento del error es, por el contrario, una acción negativa, mejor dicho, de abstención por parte del protagonista del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivocado, erróneo, falso, de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas objeto del delito; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa. Lo común al “engaño” y al “aprovechamiento del error” es el estado mental en que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude.

b) El segundo elemento, por el empleo de la palabra “o” se resuelve en una disyuntiva: que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. La primera parte de la disyuntiva se refiere a las cosas, es decir, a los bienes corporales de naturaleza física, comprendiéndose los muebles y los inmuebles por no establecerse distinción alguna en el precepto que analizamos. Dado el amplio significado gramatical de la frase “se haga ilícitamente de alguna cosa”, puede entenderse, en examen ligero, que este elemento se confunde con la noción del apoderamiento material de las cosas; en otras palabras, que basta que el agente del delito tome la cosa, para que se tenga por reunida la constitutiva. Sin embargo, esta primaria interpretación no puede prosperar, si se analiza el precepto completo, ajustando o embonando sus constitutivas y comparándolo con diferentes artículos del mismo Código en que se emplea la palabra “apoderamiento” con un significado técnico-jurídico preciso.

En el lenguaje técnico penal (véanse arts. 367 y 267 del Código Penal, éste último ahora derogado), la palabra “apoderamiento” tiene un significado jurídico especial en los delitos de robo y de rapto. En el robo el apoderamiento consiste no sólo en hacerse de la cosa, sino en realizarlo sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley, de lo que resulta que la palabra “apoderamiento” debe entenderse como la aprehensión de las cosas en ausencia de todo consentimiento de la víctima de la infracción. Igual circunstancia acontece en el delito de rapto en que se emplea la misma palabra, aplicada a la mujer, y en que se supone su ausencia de consentimiento, salvo casos especiales en que se utiliza seducción o engaño.

En el fraude sucede todo lo contrario; la obtención física o virtual de las cosas se logra, no contrariando la voluntad de la víctima, ni siquiera en ausencia de su consentimiento, sino precisamente contando con su anuencia, salvo que esa voluntad deriva de la existencia de un error provocado por el engaño o preexistente sin intervención del sujeto activo.

Los *lucros indebidos* a que en segundo lugar se refiere la disyuntiva, son aquellos ilícitos beneficios, utilidades o ganancias económicos que se obtienen explotando el error de la víctima. Consisten en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorpóreos (diferentes a las cosas), tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos.

c) La tercera constitutiva racional del fraude que nos ocupa es precisamente la relación de causalidad lógica entre el primer elemento y el segundo. El engaño causado o el error aprovechado deben ser el motivo del enriquecimiento indebido del infractor. La obtención de la cosa o del lucro debe ser consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad, de la mentira empleada por el delincuente, o, a lo menos, de su malicia al no revelar las circunstancias verdaderas que erróneamente ignora el que sufre su acción. El fraude existirá, condición *sine qua non*, cuando como resultado del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de cosas o derechos patrimoniales ajenos; por supuesto, no deberá exigirse precisamente la demostración de una entrega material, pues la remisión de la cosa, para emplear el artificioso léxico del Derecho privado, puede ser virtual.

330. *El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:*

I. *Con prisión de tres meses a tres años o multa de cien a trescientos días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de quinientas veces el salario mínimo;*

II. *Con prisión de tres a cinco años y multa de trescientos a mil días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas, pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y*

III. *Con prisión de cinco a doce años y multa de mil a tres mil días multa, si el valor de lo defraudado fuere mayor de cinco mil veces el salario mínimo (art. 386 del C.P.).*

Con la reforma del 16 de diciembre, D. O. 30 Dic. 1991, al artículo 399 bis, el delito de fraude en cualquiera de sus formas, sólo será perseguible por querrela del ofendido.

Por otra parte, desde anterior reforma a este precepto, notamos la desaparición del llamado "*estafa*" y que se encontraba considerado en la segunda parte del mencionado artículo 386 que señalaba: *Cuando*

*el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se haya empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años.*

Queremos pensar, que fue una omisión involuntaria la no tipificación de este tipo de ilícito, por lo que como antecedente dejamos el comentario de ediciones anteriores.

El encabezado del artículo, describe el delito genérico de fraude consistente en lucrarse patrimonialmente por medio del engaño o aprovechamiento del error. En el último párrafo se describía el delito conocido originalmente como estafa y que era el fraude calificado por el aprovechamiento de maquinaciones o artificios. Las tres fracciones intermedias numeradas del mismo artículo señalan la métrica de la penalidad medida preferentemente en que se ha tomado en cuenta el valor decreciente de la moneda y el creciente de lo defraudado.

331. FRAUDE CALIFICADO O ANTIGUA ESTAFA.—*Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se hayan empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años.* (Último párrafo ahora suprimido, del artículo 386 del Código Penal.)

Este delito, llamado estafa en la legislación de 1871 y en la doctrina, constituye actualmente un caso de fraude calificado, con agravación de la penalidad comparándola con la del fraude genérico, en consideración a que el agente, para defraudar lo ajeno, no se conforma con el simple engaño causante del error de la víctima, sino que utiliza maquinaciones o artificios, es decir, apoya su mentira en falsas comprobaciones exteriores que le dan mayor apariencia de verosimilitud.

Fácil es comprobar que esta figura —a la que seguiremos llamando estafa en estas explicaciones para distinguirla de los otros fraudes— queda comprendida también en el fraude de engaño o aprovechamiento del error descrito en el primer párrafo del art. 386 reformado del Código Penal, porque las maquinaciones o artificios son siempre manifestaciones dolosas del engaño, salvo que elaboradas objetivamente y que dan por resultado obtener lo ajeno. La estafa es, pues, una especie del fraude limitada a la recepción de cosas por medio de actitudes engañosas, no simples, sino acompañadas de hechos exteriores que las hacen fácilmente creíbles. Entre el primer párrafo del art. 386 y la estafa existe una relación de género a especie: el fraude de engaño o aprovechamiento del error es la regla general y se aplica para la defensa de toda suerte de engaños; la estafa es un caso especial limitado a la protección de los bienes contra las falacias preparadas objetivamente, es decir, maquinadas o artificiosas.

En nuestro Derecho, la estafa se destaca por separado para poder aumentar los márgenes de la penalidad común del fraude. Esto, por-

que el estafador representa mayor peligro que el vulgar defraudador, ya que en la preparación artificial de sus engaños muestra mayor málitia dificultando la previsión del atentado y su posible evitamiento por la víctima.

Cierto es que *l'escroquerie* del Código napoleónico es el antecedente más cercano de nuestro delito de estafa, pero nuestra legislación, después de 1871, se ha separado en gran parte del Derecho francés, que sigue un método de exposición confuso, vago y casuista: "Cualquiera que haciendo uso de falso nombre o falsas cualidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidente o cualquier otro evento quimérico, se hace remitir o entregar, o ha intentado hacerse remitir o entregar fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, descargos, y que por cualquiera de esos medios estafa, o intenta estafar, la totalidad o parte de la fortuna de otro, será castigado con prisión..." (art. 405 del Código Penal francés).

Los elementos constitutivos de la estafa, conforme su reglamentación mexicana, son: a) empleo de maquinaciones o artificios; y b) que por esos medios se logre la entrega de cosas ajenas.

a) En la estafa, las maniobras fraudulentas consisten en que el agente para hacerse de las cosas, utilice *maquinaciones o artificios*. Gramaticalmente el sustantivo *maquinación* (del latín *machinatio*) es el proyecto o asechanza artificiosa y oculta dirigida regularmente a mal fin; y el sustantivo *artificio* (del latín *artificium*, de *ars*, arte y *facere*, hacer) es la máquina o aparato para lograr un fin con mayor facilidad o perfección que por los medios ordinarios o comunes. Aplicando los conceptos gramaticales al fraude llamado estafa, resulta que las maquinaciones o artificios son aquellos medios engañosos empleados por el agente, apoyados en hechos materiales, exteriores tangibles o perceptibles por el ofendido, que dan una forma precisa y suficiente a la mentira para hacerla creíble; el engañador no se conforma con verter el concepto falso, sino lo complementa con una especie de *mise en scene*, o como se dice vulgarmente entre nosotros, poniendo "teatrito" a la víctima.

El Código Penal de 1871 mencionaba las maquinaciones y artificios como los únicos medios de cometer la estafa; el Código Penal de 1929, conforme a su acostumbrada torpeza, añadió la locución *engaños*, error que inadvertidamente pasó al art. derogado del Código Penal de 1931 y que acarreaba cierta confusión entre los elementos del fraude previsto en el párrafo primero del art. 386 y la estafa, pues las dos infracciones incluyen el engaño como constitutiva. Sin embargo dado que las maquinaciones y artificios son conceptos jurídicos similares, la interpolación que entre ellos se hacía del concepto de en-  
gaño

ños, debía interpretarse lógicamente como una redundancia en la que el legislador quiso referirse a los engaños aparentes, apoyados en combinaciones de hechos exteriores, que dan a la mentira un carácter tangible por su presentación en forma material y concreta, y no a los engaños ordinarios tales como las simples alegaciones mentirosas, reticencias, falsas promesas, exageraciones en el lenguaje hablado o escrito, abuso de credulidad, etc. Por eso la supresión de la palabra *engaños* es técnicamente plausible.

Como ejemplos de estafas, por la presencia de maquinaciones o artificios, podemos mencionar: la presentación de documentos falsos o imaginarios para defraudar, la exhibición de nombramientos, credenciales o certificados no verdaderos; la intervención de terceros "paleos", que dan crédito a la mentira ante la víctima; la presentación de bultos, portafolios, o bolsas aparentemente llenos de dinero para hacer creer en una riqueza imaginaria; la preparación escénica para prácticas supersticiosas; la falsificación de un objeto para asignarle un valor de que realmente carece; la entrega de muestras de mercancías falsas o imaginarias; la simulación por el asegurado de grandes existencias de mercancías en un incendio para defraudar al asegurador, etc., etc.

b) Las maquinaciones o artificios deben dar por resultado la entrega de la cosa. Nótese que en la redacción original del Código de 1931 antes de sus reformas, así como tradicionalmente en nuestros Códigos anteriores, la estafa debería recaer exclusivamente en bienes de naturaleza física mueble o de naturaleza documentaria o crediticia también mueble; igual situación es la del delito francés equivalente. En cambio, en la redacción modificada vigente en la actualidad, no se distingue respecto de la naturaleza de las cosas objeto material del delito, por lo que la estafa puede ahora referirse, también, a inmuebles no obstante que éstos por su propia naturaleza física, son en general más fácilmente recuperables en casos de fraude y que, en parte al menos, el delito de despojo de inmuebles o de aguas (art. 395 del Código Penal), prevé la ocupación de propia autoridad de dichos inmuebles por medio del engaño entre otros procedimientos.

332. RELACIONES ENTRE LA ESTAFA Y LA FALSEDAD.—La parte final del artículo 414 del Código Penal de 1871 limitaba la noción de la estafa a las *maquinaciones y artificios que no constituyen un delito de falsedad*. Cuando el agente empleaba como engaños artificiosos la falsificación o alteración de la moneda, o las falsificaciones de billetes de banco, títulos de crédito, sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas, y documentos públicos o privados, o las falsedades en declaraciones judiciales, y en informes dados a la autoridad, o la variación de nombre o domicilio, o la usurpación de funciones públicas o de profesión, o el uso indebido de condecoraciones o uniformes, delitos todos que reciben en nuestros textos legales la común denomina-

ción de falsedad, la acción no se sancionaba como delito patrimonial de estafa. La única razón que podría fundamentar dicho antiguo sistema es que la falsedad no puede estimarse como estafa por constituir otro delito típico, pero dicha consideración no fundaría suficientemente la exclusión, ya que en nuestros textos legales está previsto el caso en que con un hecho se violen varias disposiciones legales. Además, es indudable que la manera más al alcance del estafador para apropiarse de lo ajeno es precisamente la falsedad en sus diversas manifestaciones delictivas.

Miguel S. Macedo,<sup>152</sup> recogiendo las anteriores observaciones, propuso la reforma del Código Penal de 1871, suprimiendo en la definición de la estafa el elemento de que las maquinaciones y artificios no constituyan un delito de falsedad y agregó: "Siendo esto así, la cuestión queda reducida a determinar cuáles fraudes sean más graves y deben ser castigados con mayor pena, si los que se cometen empleando maquinaciones y artificios que constituyen un delito de falsedad, o los que se cometen por medio de maquinaciones y artificios de otro género. La cuestión se resuelve con sólo plantearla, no obstante lo cual el Código no la resolvió de una manera lógica. Y no se diga que en el caso de uso de documentos falsificados o del empleo de otro artificio que constituya delito de falsedad, por la acumulación de ambos delitos —falsedad y fraude—, resultará aumentada la pena; es posible que el que use el documento falso no sea el falsario ni obre de acuerdo con él. Para este caso, el Código establece la pena del robo sin violencia (art. 422 frac. III del Código Penal de 1871), y cuando es el mismo falsario quien usa el documento, no hay sino pena pecuniaria para el fraude. Por eso decimos que la solución del Código no es lógica."

El Código Penal de 1929, atendiendo en parte las críticas a nuestra vieja legislación, en su artículo 1152 prescribía: *Si las maquinaciones o artificios constituyen un delito de falsedad, se acumulará éste al delito de estafa, observándose las reglas de acumulación para la imposición de la sanción.* Aparte su redacción cacofónica, el precepto no permitía al juez distinguir entre el verdadero caso de acumulación real de delitos, en que la falsedad y la posterior estafa se efectúan en actos distintos, y los casos de simple delito complejo o de acumulación formal, en que con un sólo acto el agente comete tanto la falsedad como la estafa.

Para que el juez pueda distinguir sabiamente entre las dos anteriores hipótesis, el Código vigente se conformó con suprimir la antigua regla que excluía de la estafa las falsedades. En consecuencia, si las infracciones concurrentes, primero de falsedad y después de estafa, se cometen en actos distintos, sin unidad de acción ni de intención, la penalidad se formará aplicando las reglas contenidas en los artículos 8 y 64 del Código Penal, imponiéndose la sanción del delito mayor,

<sup>152</sup> *Trabajos de Revisión. Ob. cit., tomo IV, pág. 569.*

la que podrá aumentarse hasta la suma de la sanción por el otro delito. En cambio, si al mismo tiempo en que se comete la falsedad se ejecuta la estafa, entonces sería de inmediata aplicación el artículo 58 (ahora derogado), imponiéndose la pena del delito que merezca mayor sanción, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración, por haberse violado varias disposiciones penales con un solo hecho ejecutado en un solo acto.

333. FRAUDE COMETIDO POR DEFENSORES.—*Las mismas penas* (del fraude genérico) *se impondrán... I. Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquélla o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado* (Frac. I del art. 387 reformado). Este delito creado en el Código de 31, tuvo su origen en la propuesta hecha por los jueces penales dentro de las medidas encaminadas a combatir la inicua explotación económica de los interesados en asuntos judiciales por parte de agentes de negocios o profesionistas sin escrúpulos. Por desgracia, el Ministerio Público ha olvidado la persecución del caso.

Los sujetos pasivos pueden ser: *los procesados* en el amplio significado del vocablo, o sea los que por cualquier motivo se encuentran bajo el procedimiento penal, tales como: "indiciados", bien presos o sujetos a proceso, acusados, libres bajo caución o protesta, etc.; y *los reos*, o sea los demandados en materias civil, mercantil o industrial. El sujeto activo es el que compromete sus servicios de defensa. La infracción se conforma mediante el incumplimiento o abandono injustificados de los servicios de defensa pactados. El delito es característicamente patrimonial porque el enriquecimiento indebido del autor y el concomitante perjuicio a la víctima, se logran por la obtención de dinero o cualquier otra cosa.

Este delito lo podemos clasificar teóricamente como un *fraude impropio* sancionable por su analogía, con el fraude doctrinario. En efecto, la obtención de valores por el protagonista no requiere necesariamente *engaño* previo; su dolo puede surgir con posterioridad en el instante del abandono del defendido; de todas maneras, el parecido con el fraude doctrinario se encuentra en la usurpación injusta de los bienes ajenos.

334. FRAUDE DE DISPOSICIÓN INDEBIDA.—*Las mismas penas* (del fraude genérico) *se impondrán... II. Al que por título oneroso, enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer*

*de ella, o la arriende, hipoteque, empene o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente* (frac. II del art. 387, reformado).

En el Derecho romano, dentro de la amplia fórmula del estelionato, quedaban comprendidos el hecho de gravar una cosa ya gravada, ocultando la primera afectación, y la doble venta de una misma cosa. En el Fuero Real (Ley IX, tit. XIX, lib. III), se prohibía que *ningun home no tema en peños cosa aiena, ni las suyas non la empeñe en dos lugares, ni la cosa que tuviere empeñada, no la empeñe á otro por más, ni en otra guisa, sino como la él tuviere; é quien contra esto fuere, peche lo que empeñare doblado á su dueño: é si la su cosa empeñare en dos lugares, ó en más, peche á cada uno de aquellos á quien la empeñare, el doblo de lo que aquella cosa valiere*. Las Partidas (Parte V, Ley XIX, tit. V, y Ley X, tit. XIII; Part VII, Ley VII, tit. XVI) condenaban al vendedor de cosa ajena a pagar al comprador de buena fe el precio y todos los daños y los menoscabos que le resultaren de la defraudación; cuando una cosa era empeñada a dos personas por más de lo que valía, o cuando alguno empeñaba cosa ajena no sabiéndolo el que la recibía, el juzgador estaba autorizado para imponer una pena arbitraria. El Código español de 1870 (art. 550) castigaba con arresto mayor y multa al triplo del importe del perjuicio al que diciéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare, gravare o empeñare. El Código francés no tipifica especialmente el caso, el cual queda comprendido dentro de su artículo 405, que sanciona como estafador al que haciendo uso de falsas cualidades se hace entregar fondos.

Nuestra legislación vigente destaca especialmente el delito dándole mayor extensión que las legislaciones extranjeras; su esencia jurídica consiste en la obtención de un lucro por la disposición conscientemente indebida de una cosa. De este delito deben excluirse, por encontrarse restringidamente reglamentados en otros preceptos: la doble venta de una misma cosa (frac. VII del art. 387 reformado); el abuso de confianza (art. 382); el hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial (frac. I del art. 383), y el delito equiparado al robo que puede cometer en ciertos casos el dueño de la cosa (frac. I del art. 368).

Las condiciones de este fraude son: a) una disposición onerosa del bien, *cum animo domini* (enajenación, arrendamiento, hipoteca, empeño o gravamen de cualquier modo); esta acción puede recaer tanto en muebles como en inmuebles; b) conocimiento por el autor de que no tiene derecho para la disposición, como en los casos en que sabe que la cosa no le pertenece o sabe que sus derechos de dominio se encuentran disminuidos legal o contractualmente, por ejemplo, por vi-



gente promesa de venta, por afectación real de la cosa, por contratos de garantía, etc.; y c) la defraudación propiamente dicha, consistente en la obtención de un lucro cualquiera (precio, renta, préstamo, etc.).

335. FRAUDE POR MEDIO DE TÍTULOS FICTICIOS O NO PAGADEROS.—*Las mismas penas* (del fraude genérico) *se impondrán... III. Al que obtenga de otro una cantidad de dinero o cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole, a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle* (frac. III del art. 387 reformado).

Dentro de la enumeración que de los delitos de fraude hace nuestro Código, la fracción III del art. 387 menciona ciertas defraudaciones que se pueden cometer con motivo de la emisión o de la circulación de los títulos de crédito. La interpretación del precepto legal ha dado lugar a contrarias resoluciones de nuestros tribunales, que traen como consecuencia inevitable gran inseguridad en los negocios comerciales y bancarios.

Intentaremos en estos breves comentarios hacer una revisión analítica de la fracción III del art. 387 reformado, haciendo notar que su redacción es igual a la primitiva, y sólo varió el número de la fracción.

Con la creación de este tipo especial de fraude el legislador ha perseguido un doble objeto tutelador: a) *seguridad en la emisión de los títulos* a efecto de que su tomador no sea defraudado; éste, en los títulos a la vista, los recibe generalmente como sustitutivos del pago al contado en dinero de anteriores obligaciones, y, en los títulos con vencimiento posteriores, a cierto tiempo o a plazo fijo, los recibe como instrumentos privilegiados del pago posterior de la deuda causal, pudiendo destinar los documentos a la libre circulación comercial que le permita, por el descuento, la adquisición de fondos aun antes del vencimiento de la deuda original; si estos títulos se expiden en forma ficticia, su tomador sufre inmediatamente una defraudación en su patrimonio; b) en segundo lugar, el legislador pretende, por la creación del delito, dar *mayor seguridad en la circulación de los títulos*; destinados éstos, salvo especialísimos casos excepcionales, a la libre negociación por medio de la simple entrega material del documento si son al portador, o por medio del endoso si son nominativos, los terceros adquirentes de un título simulado o emitido con malicia son perjudicados por la defraudación.

La necesidad de asegurar tanto la emisión como la posterior circulación de los títulos de crédito, se incrementa con la que también existe de proteger eficazmente el momento del pago de la deuda consignada en el documento; esta protección debe alcanzar en sus respectivos casos, sea al tenedor del documento, o sea a la institución de crédito o

al particular obligados al pago. Sólo una enérgica protección penal puede impedir los graves perjuicios que el comercio sufre en la negociación de títulos de crédito ficticios.

Los elementos del delito, según su descripción legal, son:

Primer elemento: *El otorgamiento o el endoso, en nombre propio o de otro, de un documento nominativo a la orden o al portador.* Dentro de la operación de otorgar el documento quedan comprendidos los actos de emitir un título nominativo; emitirlo al portador, y aun entregar físicamente el título al portador a un tercero, porque transmitiéndose en esta clase de documentos la propiedad por la simple entrega, esta operación viene a constituir para el nuevo tenedor otorgamiento del título. El *endoso* del documento, operación exclusiva de los nominativos, es la constancia escrita inserta en el mismo título por la que consta la transferencia del mismo a otra persona. Como los endosos pueden ser traslativos de propiedad, o en garantía, o en procuración, para la existencia del delito el juez debe fijar su atención en la naturaleza real del acto para poder determinar la malicia del agente. La mención que hace la ley de los documentos a la orden, actualmente resulta innecesaria, porque conforme a la nueva Ley de Títulos y Operaciones de Crédito la cláusula "a la orden" se supone en los nominativos.

Segundo elemento: *Obtención de una cantidad de dinero o cualquier otro lucro.* Dentro de los lucros pueden mencionarse todos aquellos resultados que dan por consecuencia un enriquecimiento indebido del agente, sea por la adquisición de bienes o créditos, o sea por la disminución de sus deudas, tales como los casos en que el defraudador documentario obtiene con el título ficticio o no pagadero el cumplimiento malicioso de una obligación, o la adquisición de derechos o la recepción de cosas, a cambio del título.

Tercer elemento: *La obligación documentaria debe ser contra persona supuesta* (verdadero caso de falsedad), *o que el otorgante sabe que no ha de pagar* (malicia). Ejemplo: expedición de un cheque u otro título cualquiera contra un banco o persona imaginarios, o que, existiendo, no tenga obligación de pagarlo por no haberse hecho provisión de fondos en ninguna de sus formas.

A estos tres elementos se reduce el análisis de la disposición legal; indebidamente algunas de nuestras autoridades judiciales, en fallos dispersos, han pretendido exigir también como elemento necesario para la existencia del delito una actitud de *engaño* del autor del título al tomador del documento. Esta exigencia la derivan de la creencia de que el fraude con títulos de crédito previsto en la fracción III del artículo 387 reformado no es sino una especie del fraude general consignado en el párrafo primero del art. 386 reformado. La consecuencia de esta interpretación es dejar sin garantía alguna a los posteriores te-

nedores del título y a la persona que deba pagarlos, cuando, a pesar de que se demuestre la reunión íntegra de las tres constitutivas que hemos analizado, no se obtiene prueba suficiente de una actitud engañosa del emisor, como acontece en los casos en que éste maliciosamente obre de acuerdo con el tomador del título, precisamente para defraudar a los terceros adquirentes o al deudor titular de la obligación.

Ignoran dichas autoridades judiciales que el vigente Código de 1931, en la reglamentación de los delitos de fraude, ha seguido un sistema distinto al de las antiguas legislaciones mexicanas, a que nos referimos antes.

El legislador, ha derogado acertadamente, el párrafo segundo del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que establecía *"El librador sufrirá además la pena de fraude, si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que trascurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado"*, esto en atención a los numerosos y frecuentes e injustos procesos de los que se valían supuestos defraudados por la expedición de cheques postdatados para consumar extorsiones, la utilización frecuente que se hacía del Ministerio Público o a las autoridades judiciales como cobradores o como instrumentos para ejercer presiones para lograr hacer efectivo un título como lo es el cheque, pero sin desconocer la necesidad de protección a la confianza que debe tener la circulación de estos títulos, ha incorporado atento a las necesidades del presente y a la evolución de la técnica y doctrina jurídica, la fracción XXI al artículo 387 del Código Penal que establece: *"Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de los fondos suficientes para el pago"*.

Excluye este precepto, cuando el agente que hubiese girado no hubiese tenido el propósito de hacerse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido, según lo dispone el segundo párrafo de esta fracción y exceptúa a las instituciones nacionales o sociedades y organizaciones auxiliares de crédito, así como a las afianzadoras y aseguradoras y organismos oficiales y descentralizados que sean autorizados para operar legalmente con inmuebles para constituir los depósitos a que se refiere la fracción XIX del artículo 387, parte final de la fracción XXI del C. P.

Antes de la reforma y adición, el autor señalaba:

336. EXPEDICIÓN DE CHEQUES NO PAGADEROS.—Dentro de la materia de fraude por medio de títulos de crédito ficticios o no pagaderos, debe hacerse especialísimo estudio de las defraudaciones que con tanta frecuencia aparecen en los negocios mercantiles y bancarios, con motivo de la maliciosa expedición de cheques ficticios o en que el librador no tiene suficiente provisión de fondos en su cuenta a la vista.

Las reservas en dinero, propiedad de particulares y depositadas en las instituciones de crédito, no obstante la posible inmovilidad material del depósito, pueden cumplir sus funciones económicas de circulación en forma rápida y sencilla, gracias a sus títulos representativos, especialmente por el cheque.

Si éste está destinado a la rápida y fácil movilización de los valores, es natural que la legislación deba protegerlo creándole un sistema de enérgica seguridad, no sólo por medio de sanciones civiles, sino por la represión penal cuando su emisión se haga maliciosamente o sin provisión de fondos suficientes.

Vivante <sup>153</sup> afirma que "la circulación fácil y segura de los títulos de crédito favorece igualmente a las empresas públicas y a las privadas que tienen necesidad de capital, porque atenúa la tasa del interés que las empresas deben pagar a los prestamistas, los que, estando seguros de poder negociar rápidamente los títulos que les son entregados contra sus prestaciones, proporcionan sus fondos a intereses mínimos. El sistema jurídico que favorece la circulación y el cumplimiento puntual de los títulos concurre, junto con otras energías morales o económicas, a formar un ambiente en que la promesa contenida en un título es mirada como equivalente a la prestación que representa y el título es aceptado como sucedáneo del numerario".

Las razones que demandan enérgica seguridad para la circulación de los títulos de crédito en general cobran mayor fuerza tratándose de los cheques, porque estos instrumentos están destinados preferentemente a servir como medio de pago al contado de las deudas ya vencidas; al sustituirse por medio del cheque la circulación directa del dinero, no es posible lograr su aceptación universal en el comercio si los tomadores del documento no gozan de garantías jurídicas suficientes, tuteladoras de la buena fe en la emisión, en la rápida circulación y en el exacto pago del documento.

Carlos Toussaint <sup>154</sup> ha hecho notar, con la gravedad de los números, la importancia siempre creciente que en México reviste el libramiento de cheques en descubierto, según las estadísticas de la Cámara Bancaria de Compensación, miles de cheques se devuelven mensualmente por falta de fondos. "Es difícil encontrar otro delito que alcance ese record. A esto hay que añadir la observación de que se sorprenden hasta treinta y cinco cheques falsos librados por una misma persona.

<sup>153</sup> *Tratado de Derecho Mercantil*. Trad. esp. Madrid, 1936. Tomo III, pág. 136.

<sup>154</sup> Artículo publicado en la revista *Banca y Comercio*. Tomo I, 1937.

Y otra curiosa observación es que apenas un 5.8% está formada por documentos de importes mayores de \$2,000.00 y un 94.2% por cheques cuyo importe es menor de esa cantidad. Este fenómeno, además de acarrear un perjuicio a la estructura del crédito de la nación —por la inseguridad en que pone a la circulación del cheque— y a su economía —por la parte de inflación y descontrol del medio circulante—, representa para los Bancos un daño material y moral que no se compensa con la antieconómica medida del 'falso cobro'; en efecto, si un Banco se distingue porque devuelve gran parte de los cheques que se le presentan —y en realidad existe este caso—, pronto, por extensión, serán mirados con recelo los documentos que de él emanen o que él garantice."

Veamos ahora cómo responde la legislación mexicana a los anteriores peligros y desideratas.

Originalmente el Código de 1871 no contenía una disposición expresa y directa que permitiera sancionar el libramiento doloso de cheques sin el previo requisito de la provisión de fondos. En consecuencia, los fraudes con estos títulos sólo eran perseguibles cuando los hechos materiales realizados por el agente encajasen dentro de la definición genérica del delito de fraude prevista en el artículo 413 de dicho Ordenamiento: *Hay fraude: siempre que engañando a uno, o aprovechándose del error en que éste se halle, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquél; o en la descripción del delito de estafa comprendida en el artículo 414: El fraude toma el nombre de estafa: cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o en billetes de banco, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad.* En materia de títulos de crédito, nuestro viejo Código sólo mencionaba como fraude especificado el caso en que se defraudase a alguno una cantidad de dinero o cualquiera otra cosa, girando a favor de él una libranza o una letra de cambio contra una persona supuesta, o contra otra que el girador supiese que no había de pagarlas.

Dado el sistema legal del Código de 1871, sólo era posible reprimir la emisión maliciosa de un cheque sin suficiente provisión de fondos en los casos en que el hecho tuviere las características jurídicas del fraude genérico o de la estafa; en consecuencia, la protección penal en los cheques se limitaba a aquellos casos en que el librador asumiera una actitud de *engaño, de aprovechamiento del error, o de maquinaciones o artificios* respecto del tomador directo del documento, fuera el cheque al portador o nominativo. Si el librador hacía saber al tomador del cheque la circunstancia de no tener fondos en la institución

de crédito o la de no poseerlos en cantidad suficiente para el pago, esta ausencia de engaño era bastante para destruir toda posibilidad delictiva de fraude, con grave perjuicio para la economía en general por la inseguridad que para los terceros tenía la circulación del título.

El Código vigente da mayor alcance al fraude que puede cometerse con títulos de crédito en general, que ya estudiamos en párrafos anteriores, refiriéndose a los documentos nominativos, a la orden o al portador, dentro de los cuales puede mencionarse el cheque. El otorgamiento o el endoso malicioso de cheques contra personas supuestas o que el librador sabe que no han de pagarlo, constituye actualmente el fraude previsto en la fracción III del art. 387 reformado.

Con posterioridad al Código de 1931, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 193, prescribe que sufrirá las penas del fraude el librador de un cheque presentado en tiempo *si no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviera antes de que transcurriera el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado*. Este precepto, para los casos que prevé en materia de cheques, derogó los elementos constitutivos de la fracción III del art. 387 creando un delito formal cualesquiera que hayan sido los motivos, circunstancias o finalidades de la emisión del cheque no pagadero. Nótese, para evitar polémicas infecundas, que cuando aquí empleamos la expresión "delito formal" queremos indicar sencillamente que para la existencia del delito basta la conciencia y voluntad de librar un cheque sin fondos disponibles, o con fondos insuficientes, o sin tener autorización para expedirlo; queremos hacer notar que no se requiere la causación de un daño pecuniario en la emisión del cheque, lo que puede ser contingente pero no formalmente necesario, pues basta la simple conciencia de la emisión en las circunstancias mencionadas. González Bustamante prefiere llamarlo delito de peligro, pero coincidiendo esencialmente con nuestra interpretación en cuanto al fondo.

Poco interesa que la Ley de Títulos no mencione directamente los extremos de la pena aplicable, porque en este punto hace un reenvío abierto a la penalidad del fraude. La sanción se aplica al librador como enérgica manera de tutelar la circulación del cheque, ya que este documento sirve de perfecto y autónomo instrumento de pago de las obligaciones vencidas o de las sin plazo, por lo que existe la necesidad de otorgarle un gran valor fiduciario.

Los elementos del delito, conforme a su reglamentación, son los siguientes:

- a) La acción de librar un cheque;
- b) Que el librador no tenga fondos disponibles al expedirlo, o haya dispuesto de los fondos que tuviere antes de transcurrido el pla-

zo de presentación, o no tenga autorización para expedir cheques a cargo del librado; y

c) Que el cheque haya sido presentado en tiempo.

Como puede verse, no se necesita como elemento constitucional del delito la demostración de una actitud menturosamente engañosa del librador, que haga incurrir en error al tomador; aquí el dolo no radica en una actitud engañosa, como algunos de nuestros tribunales incorrectamente han declarado, sino radica en el simple hecho de que el librador emita el título con conciencia de no tener derecho a ello. La ilicitud delictiva se manifiesta formalmente por el simple hecho voluntario de librar cheques que se sabe no pueden ser pagados; en ello está el peligro.

De estas observaciones podemos extraer diferentes corolarios: en primer lugar, poco interesa que el librador y el tomador se hayan puesto de acuerdo en la expedición maliciosa del cheque, pues, en todo caso, la actitud del tomador puede interpretarse como un caso de participación en el delito, conforme a las normas del artículo 13 del Código Penal; en segundo lugar, no destruirá la existencia del delito la circunstancia de que, de común acuerdo y como una especie de garantía, el tomador del cheque acepte se le expida el documento con fecha posterior.

Creemos que este delito es de la competencia federal, porque dentro de nuestro sistema constitucional, en que las facultades federales son expresas, se menciona como exclusiva del Congreso de la Unión la de legislar en materia mercantil; por otra parte son delitos federales los previstos en las leyes federales.

Ahora bien: la Ley de Títulos es federal y el Código Penal también lo es en esta materia, dado que se reserva a las autoridades de la Unión la facultad de legislar en toda la República sobre Comercio e Instituciones de Crédito (frac. X del art. 73 constitucional). Encomendar esta materia a jueces en ocasiones legos o mal seleccionados, es hacer nugatoria la aplicación de preceptos legales de técnica tan laboriosa y complicada. Atendiendo nuestra doctrina, la Suprema Corte ha declarado la competencia federal.

337. FRAUDE CONTRA ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.—*Las mismas penas (del fraude genérico) se impondrán... IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague su importe (frac. IV del art. 387, reformado).* Francisco Argüelles, en comentario al anterior fraude, dice: "El Código vigente mejoró sensiblemente el ordenamiento relativo de la legislación de 29. En ésta, el artículo 1113, en el capítulo correspondiente al robo, establecía: *Se equipara al robo y se sancionará como tal el hecho de que alguien se haga servir alguna cosa o admita un servicio cualquiera en un hotel, restaurante, café, casino o establecimiento se-*

*mejante y no pague el importe del servicio.* Este puede reputarse como un artículo confuso y que restringe sensiblemente la función judicial, pues establecía evidentes limitaciones al juzgador dada la infinidad de establecimientos dedicados al servicio público que no tienen ninguna semejanza con los apuntados, esto aparte de que las enumeraciones son siempre peligrosas y tanto más expuestas al error cuanto más detalladas pretenden ser. La lista absurda del Código de 29 la sustituyó el actual en vigor por la común denominación de 'establecimientos comerciales', llevando además el artículo relativo del capítulo de robo al de fraude, supuesto que encaja más propiciamente dentro de las características de este último delito y no hay para qué equipararlo, aunque sólo sea para la aplicación de la pena. al delito de robo, de peculiaridades tan distintas."

338. FRAUDE EN LAS COMPRAVENTAS AL CONTADO.—*Las mismas penas (del fraude genérico) se impondrán... V. Al que compre una cosa mueble, ofreciendo pagar su precio al contado y rehúse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa del comprador* (frac. V del art. 387 reformado). No se describe aquí una nueva especie de fraude; si se omitiera la fracción V el caso que prevé quedaría comprendido en el párrafo I del art. 386 reformado, porque el malicioso comprador que ofrece pagar al contado y al recibir la cosa rehúsa pagar o devolverla, con su acción demuestra que mediante el engaño —una promesa falsa— se ha hecho de la cosa. La única variante introducida es el plazo de quince días para exigir el pago.

Sodi<sup>155</sup> comenta: "La prisión por deudas de un carácter puramente civil está prohibida por la Constitución, porque una deuda civil no puede ser un delito; pero cuando se ofrece pagar al contado y no se hace, reteniéndose indebidamente la cosa mueble comprada, entonces existe con todos sus caracteres el engaño, el fraude, y bajo este único concepto se castiga el hecho."

339. FRAUDE POR FALTA DE ENTREGA DE LA COSA O DE DEVOLUCIÓN DE SU IMPORTE.—En la reforma introducida en 1946, se agregó en el artículo 387 una nueva fracción VI, imponiendo las penas del fraude: *Al que hubiere vendido una cosa mueble y recibido su precio, si no la entrega dentro de los quince días del plazo convenido o no devuelve su importe en el mismo término, en el caso de que se le exija esto último;* (frac. VI del art. 387 reformado). Esta nueva fracción por decirlo así, viene a constituir el ángulo complementario para el vendedor, de lo establecido para el comprador, en la fracción V.

340. FRAUDE DE DOBLE VENTA DE UNA MISMA COSA.—*Las mismas penas (del fraude genérico) se impondrán... VII. Al que vende a dos*

<sup>155</sup> Nuestra ley penal. Ob. cit., tomo II, pág. 151.



*personas una misma cosa sea mueble o raíz, y recibe el precio de la primera o de la segunda enajenación, de ambas o parte de él, o cualquier otro lucro con perjuicio del primero o del segundo comprador. Son aplicables a esta fracción los antecedentes y generalidades explicados en lo relativo al fraude de disposición indebida.*

El defraudado por la doble venta de una misma cosa es, por regla general, el segundo comprador, ya que operada la transferencia de la propiedad en la primera operación, la segunda resulta nula por ser de cosa ajena. Por excepción, resultará defraudado el primer comprador en aquellos casos en que la compraventa, para producir efectos contra terceros, necesite llenar ciertas formalidades externas y éstas no se cumplen, tal y como sucede tratándose de inmuebles en que se requiere la escriturización y el registro (art. 237 y sigs. del Código Civil); en estos casos, puede resultar válida la segunda venta para un adquirente de buena fe; el fraude existe por la violación de los derechos patrimoniales del primer adquirente.

El delito puede existir cuando la primera operación se titule fictivamente como promesa de venta, si se demuestra la verdadera intención de los contratantes, por ejemplo, por el pago en abonos del precio. De todas suertes, la enajenación de una cosa previamente prometida en venta a otro, durante la vigencia de esta obligación, encuadra dentro de los fraudes previstos en las fracciones II y XI del artículo 387 reformado.

341. FRAUDE DE USURA.—*Las mismas penas (del fraude genérico) se impondrán... VIII. Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado (frac. VIII del art. 387).*

El artículo 17 del Código Civil, dentro de sus disposiciones preliminares, establece sanciones privadas de rescisión o de reducción equitativa de la deuda cuando se obtengan lucros excesivos explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro. Además, en materia de mutuo, artículo 2395, al reglamentar el interés convencional, determina que cuando éste sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a su petición el juez podrá reducir el interés hasta el tipo legal, que se señala en nueve por ciento anual. Como puede verse, el Código Civil se limita a señalar el tipo del interés legal supletorio del convencional, pero no establece un monto especial para los intereses o lucros usurarios, reservando su estimación a las circunstancias de cada operación concreta.

342. Por su parte, el Código Penal transforma en delito de fraude la usura, cuando se reúnen las siguientes condiciones legales:

a) Una ventaja usuraria, entendiéndose por ella la estipulación convencional de réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado. La ley penal no está en posibilidad de fijar concretamente un tipo por encima del cual se estimen como usurarios los intereses, porque las necesidades económicas cambian frecuentemente a través del tiempo y en las distintas regiones; un tipo de interés que pueda ser considerado como usurario en épocas de bonanza económica, no lo será en estados de crisis en que los capitales se rehuyen, subiendo concomitantemente el tipo de las operaciones.

b) La ventaja usuraria debe ser consecuencia de la ignorancia o de las malas condiciones económicas del deudor. No toda usura es constitutiva de delito aun cuando los réditos o lucros sean exageradísimos; se hace menester para la integración del fraude el abuso de la *ignorancia* del deudor, entendiéndose por tal su desconocimiento del negocio que se le plantea, su incultura, su inexperiencia, sea por razón de edad o por desconocimiento del ambiente económico; o las *malas condiciones* del mismo, debido a las cuales se ve urgentemente apremiado a aceptar pactos *leoninos* para solventar su angustiosa situación.

El fraude de usura no contiene como elemento el engaño, especialmente cuando el pacto *leonino* se obtiene por las malas condiciones económicas de la víctima.

343. FRAUDE POR MEDIO DE SUSTITUTIVOS DE LA MONEDA.—*Las mismas penas* (del fraude genérico) *se impondrán... IX. Al que para obtener un lucro indebido, ponga en circulación fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos de cualquier materia, como signos convencionales, en sustitución de la moneda legal.* Curiosa observación permite notar que los Códigos mexicanos incluyendo el vigente en su redacción primitiva, castizamente empleaban la palabra *tarjas*, la que en la reforma de 1945, seguramente por errata, fue sustituida por la de *tarjetas*. En una de sus acepciones, *tarjas*: son tablitas o chapas que sirven de contraseña.

Martínez de Castro,<sup>150</sup> para explicar los motivos del artículo 430 del Código Penal de 1871, escribió: "En el capítulo que trata del fraude se halla el artículo 430, en que se prohíbe a los hacendados y a los dueños de fábricas y talleres dar a los operarios, en pago de su salario o jornal, *tarjas*, *planchuelas* de cualquier materia u otra cosa que no corra como moneda en el comercio, bajo la pena de pagar como multa el duplo de la cantidad a que ascienda la raya de la semana en que se haya hecho el pago de esa manera. Esta prevención tiene por objeto cortar el escandaloso abuso que se comete en algunas haciendas, fábricas y talleres de hacer así los pagos para obligar a los jornaleros a que

<sup>150</sup> *Exposición de Motivos. Ob. cit.,* pág. 52.

comprenden allí cuanto necesiten, dándoles efectos de mala calidad y a precios muy altos. Por falta de una disposición semejante se ha ido arraigando este mal, a pesar de las quejas que alguna vez han llegado hasta el Supremo Gobierno."

344. FRAUDE DE SIMULACIÓN.— *Las mismas penas (del fraude genérico) se impondrán... X. Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido. Se presumirá simulado el juicio que se siga en contra de un acto depositario judicial, cuando en virtud de tal juicio, acción, acto o escrito judicial resulte el secuestro de una cosa embargada o depositada con anterioridad, cualquiera que sea la persona contra la cual se siga la acción o juicio;* la segunda parte de ésta figura, fue derogada por el decreto publicado el 10 de enero de 1994, mejorando la redacción del tipo, pero en atención de que algunos Códigos Penales de los Estados, aún no se han adecuado al del Distrito, consideramos dejar la redacción y el comentario, como antes de ésta edición se contemplaba.

345. a) *Simulación contractual.*—Siguiendo la noción de contrato (art. 1793 del Código Civil), su simulación consistirá en que los otorgantes, de mutuo acuerdo, finjan o aparenten la creación o transferencia de obligaciones o derechos. La simulación contractual implica necesariamente la participación conscientemente mentirosa de los diversos contratantes, porque lo que se finge no son las declaraciones de uno de ellos sino el contrato mismo; es, pues, una operación ficta, mutuamente consentida por los participantes.

No puede confundirse la simulación del contrato, acto polilateral, con la simple actitud dolosa asumida por una de las partes en que ésta oculta un pensamiento secreto bajo una apariencia equívoca, o engaña a los otros intervinientes acerca de las cosas o de los hechos, o maliciosamente se aprovecha de su ignorancia o de sus creencias erróneas para defraudarlos; estos hechos unilaterales serán manifestaciones, sea de dolo civil, quizá suficiente para invalidar el contrato, o sea de un delito de fraude genérico, cuando el engaño o el aprovechamiento del error den por resultado la apropiación de cosas o derechos ajenos.

Para la existencia del delito no basta la simulación del contrato; se hace menester que las mentirosas creación o transferencia de obligaciones entre los contratantes ocasionen perjuicio a otro, es decir, a un tercero ajeno a la contratación. La mención que hace nuestro Código de la obtención de cualquier beneficio indebido es innecesaria, porque forzosamente este lucro se obtiene con cargo perjudicial de un tercero. La tutela penal se establece en favor de los extraños a la simulación, porque los contratantes mentirosos, cuando resultan perjudicados, lo son por sus actos voluntarios.

Entre los casos de simulación contractual en fraude de terceros, podemos citar: la simulación de donación en forma de venta, para defraudar los derechos fiscales del Estado; la simulación de un precio inferior en los contratos, para ahorrarse en perjuicio del fisco las diferencias en los impuestos; la supuesta venta que hace una persona a sus presuntos herederos, para burlar los impuestos hereditarios; el fingimiento de un crédito hipotecario o prendario con personas de confianza, para burlar a los acreedores ordinarios; las ocultaciones de bienes por medio de enajenaciones simuladas, para burlar también a los acreedores, etc., etc.

346. b) *Simulación de actos o escritos judiciales*.—La simulación de actos en su parte sustantiva está descrita en los arts. 437 y sigs. del Código Civil en el sentido de que es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellos. La simulación absoluta, que nada tiene de real, no produce efectos jurídicos a diferencia de la simulación relativa en que a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Es esta última la que da origen a las sanciones civiles de nulidad de los actos simulados y, en su caso, a la sanción penal.

La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 26 de febrero de 1973 (*Diario Oficial* del 9 de marzo del mismo año, ahora reformada) estableció como pena prisión hasta de 9 años y multa hasta de cincuenta mil pesos a quien simule cualquier acto que permita el goce o la disposición de hecho, por parte de las personas, empresas o unidades a que se refiere la Ley de bienes o derechos reservados a los mexicanos, o cuya adquisición estuviere sujeta a requisitos o autorizaciones que no se hubieren cumplido u obtenido en su caso.

La *simulatio litis* es un delito que únicamente pueden cometer los particulares, pues si los jueces simulan actos judiciales en ejercicio de sus funciones, cometen el delito de falsificación de documentos públicos auténticos, como son las actuaciones (art. 243 del Código Penal), o los diversos delitos cometidos en la administración de justicia previstos en los artículos 225 y 226 del Código Penal, etc. Tampoco la simulación en materia judicial consiste en que alguna de las partes o interesados en el juicio falte simplemente a la verdad en sus declaraciones o escritos, porque estos hechos unilaterales están previstos como delitos especiales en el capítulo de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a la autoridad.

La simulación en actos o escritos judiciales requiere en la mentira cierta actitud bilateral de las diversas partes con aparentes intereses opuestos, la que da por consecuencia que el juez reconozca como válidas sus acciones o sus excepciones fictas. La bilateralidad entre los in-

interesados puede asumirse por un oculto acuerdo, o a lo menos por la tácita aceptación de los actos o escritos simulados.

La simulación en materia procesal supone como requisito necesario el perjuicio a tercero o la obtención de un beneficio indebido.

347. Poco explorada ha sido la simulación en materia procesal; su teoría ha sido marcada en forma maestra por Emilio Pardo Aspe,<sup>157</sup> cuyo estudio trasladamos por su gran importancia:

*"Concepto delictual de la 'simulatio litis'.*—1. El concepto de la simulación en juicio se percibe inmediatamente. No precisa explicarle a ninguno en qué consiste, por ejemplo, la simulación de embargo. Pero el criterio suele extraviarse si se desoye la intuición primaria. Solicitado el concurso de la razón, suscítase de pronto una cadena de interrogantes: ¿Simulación de juicio? ¿De actos judiciales? ¿Fue, por ventura, simulada la demanda? ¿Acaso lo fue la contestación? ¿Lo habrá sido el auto que mandó recibir a prueba el negocio? ¿Podrá reputarse simulada la sentencia? ¿Dónde empiezan y dónde acaban la ficción y el simulacro? No se concibe realidad más cierta que la ejecución de un fallo. Podrá la simulación —oímos decir— infirmar el contrato. No dejarán por ello de ser menos 'reales' el acto de presentar, como título de la demanda, el documento a que fue reducido, ni los actos subsecuentes, hasta pronunciarse sentencia definitiva. Así, la respuesta inmediata llega a invertirse: 'No existe la figura de la simulación en juicio.' De parco estímulo doctrinal, necesitaba el error para difundirse y cobrar énfasis de pretensión científica."

"2. Es que el concepto de la simulación todavía se adhiere tenazmente al de la falsedad. Donde no se atisba —donde no se palpa, expresando mejor la idea— una falsedad, y aun dijéramos una falsedad quirografaria, el observador desviado se obstina en no reconocer las huellas de la simulación. 'No fueron falsos, supuesto que en realidad pasaron, los múltiples actos que lo componen; luego no fue simulado el juicio.' Tanto es falaz el razonamiento. Pasaron, efectivamente, 'los múltiples actos que lo componen'; mas el proceso civil regular, como conjunto de ellos, ofrece una realidad extrínseca, formal puramente, y encierra otra, intrínseca y sustancial. Ahora bien, la simulación se determina por la ausencia de la segunda. Por eso se dice que el juicio simulado ofrece 'una apariencia de realidad', aunque ninguna 'contiene'."

"3. Por la técnica antigua la cuestión se resolvía sin obstáculo. Ayer nos explicaba don José de Vicente y Cervantes, que 'el juicio es una contienda legítima entre partes... con intereses opuestos... Si las partes están de acuerdo sobre el asunto que someten al juez, no da lu-

<sup>157</sup> *Concepto delictual de la "Simulatio Litis". "Criminalia",* año 11, núm. 10, páginas 129 y sigs.

gar a juicio, sino a un acto de jurisdicción voluntaria... 'Tan llano es el limpio lenguaje en que la solución se nos brinda: 'No habrá juicio.' Es decir, que los simuladores no contienden en realidad, sino conciertan un simulacro de controversia. Coinciden y son comunes sus intereses. Actor y reo buscan un solo fin. El uno y el otro 'quieren' el mismo resultado, y para producirlo, por el previo concurso de voluntades, predeterminan el sentido de la sentencia.'".

"4. Este resultado armoniza con las modernas construcciones procesalistas. Recuérdese cuál es, por ejemplo, la función jurisdiccional que Alfredo Rocco atribuye a la sentencia civil. Donde la incertidumbre respecto a la norma aplicable al caso especial, o la inobservancia de ella, no son obstáculo a la satisfacción de intereses que el Estado tutela; ciertamente sería absurdo presumir que la sentencia tiene por objeto 'declarar una relación controvertida e incierta' y se propone 'acreditar el derecho del caso concreto, mediante la aplicación a éste de las reglas generales'. Por otra parte, aquel autor nos enseña cómo la función jurisdiccional se acompaña, en su desarrollo y manifestaciones externas, de algunas 'formas extrínsecas' y que éstas son, entre otras, 'un juicio contradictorio regular' y 'un procedimiento preestablecido con formas predeterminadas'. Si el juicio fuere simulado, nadie habrá de obstinarse en llamarle regular ni contradictorio; cuando las partes no están verdaderamente en contradicción, sino antes bien, avenidas por el acuerdo preprocesal, bilateralmente dirigen su voluntad hacia la determinación de un efecto ya concertado. El juicio, como decían los prácticos, 'suena' a contradictorio, porque las partes lo revisten de las 'formas predeterminadas' que le son propias; pero, ¿dónde la alteración o el conflicto? Sin titubeo me aventuro a proponer una fórmula positiva: la suposición de juicio se presenta cuando las partes coordinan su actividad para satisfacer, mediante el pronunciamiento jurisdiccional, un interés congruo entre ellas, todavía no tutelado por el Derecho y jurídicamente irrealizable por otros medios."

"5. El profesor Eduardo Massari analiza agudamente la naturaleza de los 'hechos' y los 'actos' procesales, y desentrañando de los últimos el 'contenido negocial' por donde se caracterizan como actos jurídicos, los incluye, en su tipicidad más pura, en la vasta categoría, pulcramente delimitada, de los 'negocios jurídicos'. Logrado así, con enérgico trazo, este perfil constante, el problema de la simulación del acto procesal se investiga, se resuelve y se explica mediante la aplicación de las reglas generales, como la simulación de cualquier negocio jurídico."

"6. La teoría de la *Simulación de los Negocios Jurídicos* ha sido desarrollada admirablemente por Francisco Ferrara. No tardó su obra, por el rigor del método, por la erudición profunda, por el brillo, en ganar fervientes adhesiones entre nosotros. En lo sucesivo, ningún in-

véstigador podrá prescindir de ella. Sin embargo, Francisco Ferrara, frente a la simulación en juicio, adopta la más desconcertante de las posturas: le niega posibilidad. En tanto que el juez no simula, bien que presencia el simulacro, semejante simulación no existe ni puede existir. La negación es absoluta e irrevocable."

"7. Extrema como es, no satisfizo esta solución a todos nuestros juristas, aun cuando algunos, por interés o por snobismo, se precipitaron para acogerla. Sin lograr acceso a la Suprema Corte, llegó, sin embargo, a usurpar momentáneo asiento, para ser desahuciada a la postre, en la sala de espera de la Procuraduría General de Justicia. En aulas, nuestros civilistas la examinaron y discutieron; y un joven alumno, don Ramiro Cruz Figueroa, la eligió como parte de su tema para tesis profesional. Rebelde al dogma, a la negación rotunda opuso la categórica afirmación. Gallardamente, como de igual a igual, púsose el estudiante a medir armas con el maestro. La simulación, en suma, se produce precisamente porque el juez la contempla, sin medios para frustrarla, pero no participa en ella. El sustentante, seducido por el rigor de su propia dialéctica, fácil y sugestiva, sentíase victorioso... Tal es el ánimo que infunden los años mozos."

"8. Es necesario reconocer que el profesor de la Universidad de Pisa, en este punto, se contradice cuando concluye que 'falta el requisito esencial para que la simulación exista', 'porque el juez desconoce la voluntad de los simulantes' y se apoya en la autoridad de Kohler para afirmar que existe aquí 'simplemente una reserva mental sin ningún valor jurídico'. ¿Mas, no ha sido Ferrara quien trazó con mayor firmeza la línea por donde la simulación se distingue de la reserva mental? Creyérase que lo mejor del espíritu ferrarés de súbito se desvanece. Si niega, por una parte, la posibilidad de que la simulación se realice jamás en juicio, hacia el final de la obra nos hablará el eminente autor de 'juicios anormales por su forma, en que la simulación interviene'; más tarde llega a describir con viveza la figura cuya posibilidad negaba: 'El juicio, entonces, en vez de ser litigio entre partes, se reduce a una comedia para perjudicar a tercero.' Finalmente, especula sobre los remedios —contradictorios, por cierto, en Derecho mexicano— para hacer 'ineficaz en cuanto a tercero la sentencia', cuando se demuestre la 'confabulación' de las partes. ¿Cómo nulificar los efectos de la simulación como causa y negar, sin embargo, que la simulación existe? La antinomia es irrealizable. Sin embargo, al autor del *Trattato sulle persone giuridiche* tiene que refutársele con algo más que el solo razonamiento. Para ello es indispensable invocar doctrina, aun incurriendo en el riesgo de multiplicar citas y referencias."

"9. En realidad las fuentes no abundan. La definición de Marcelo Planiol abraza el género, y en él pudiera incluirse, como especie, la si-

mulación procesal, toda vez que concurren aquí, tanto como en el género, el acto oculto, o sea el que en realidad se proponen mediatamente efectuar las partes, y el ostensible, que lo sería, en este supuesto, el juicio. Mas la teoría del venerado civilista francés no responde fielmente a la noción que hoy aceptan nuestros juristas. Busquemos, por consecuencia, en otra parte, orientando la investigación hacia las disciplinas penales."

"10. Desde luego, la simulación de actos y escritos judiciales, lesiva para tercero, no asume figura propia en las legislaciones afines. El Derecho español se consulta en vano, y por la jurisprudencia francesa, según lo apunta Garraud, cuya opinión recogen Carpentier y Du-Saint, el proceso civil colusorio, mediante la equiparación de ciertos caracteres de la sentencia a los de un título, se incriminará como estafa, conforme a la prolija definición del artículo 405 francés, concordante con el 414 de nuestro antiguo Código. Como quiera que sea, el tipo no tiene, en la ley francesa, el *nomen juris* que recibe en la mexicana."

"11. La *simulatio litis* encuentra exacta definición en José Chiovenda. Cuando las partes recurren al proceso, prestándole 'fines anormales', para lograr un resultado diverso del suyo fundamental, se presentan dos figuras que no coinciden entre sí, pero guardan estrecho paralelismo. La una es el juicio aparente; la otra el simulado. Corresponde la primera a la *in jure cessio* de los romanos. La segunda se produce cuando las partes emplean el juicio 'con el fin de obtener el resultado práctico correspondiente a su negocio que no se puede constituir válidamente, o con el fin de hacer creer la existencia de un estado jurídico que las partes entre sí reconocen inexistente'. La descripción se ilustra por el más claro de los ejemplos: la donación entre cónyuges. De propósito he citado *in extenso* al catedrático de la Universidad de Roma para presentar el pasaje como síntesis de doctrina."

"12. En Derecho positivo el problema no se plantea: delito es toda acción u omisión que sancionan las leyes penales. Con sanción privativa de libertad y con sanción pecuniaria conmina el Código represivo al que hiciere un acto o escrito judicial simulados. Simulado es el acto, según nuestra ley civil, 'en que las partes confiesan o declaran falsamente lo que en realidad no ha pasado ni se ha convenido entre ellas'. Si ahora hacemos intervenir, como elemento consumativo, el daño para tercero, el concepto de la *simulatio litis* se despeja naturalmente. Las partes confiesan o declaran en juicio lo que en realidad no ha pasado ni entre ellas fue convenido. Cada una, en un acto oral o escrito, o en una serie de actos, procediendo bilateralmente, por su propia confesión, presta eficacia a la declaración o la confesión de la otra: por esta convergencia de su respectiva actividad procesal los simulantes 'constriñen al juez', según la expresión de Kirsch, a pronunciarse conforme



al interés coincidente cuya satisfacción persiguen, e integran la infracción por el final menoscabo de los elementos activos de un patrimonio ajeno."

348. FRAUDE EN LOS SORTEOS O POR OTROS MEDIOS.—*Las mismas penas (del fraude genérico) se impondrán... XI. Al que por sorteos, rifas, loterías, promesas de venta o por cualquier otro medio se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas, sin entregar la mercancía u objeto ofrecido (frac. XI del art. 387 reformado).* Implica el delito: a) una operación con cumplimiento en el futuro, a plazo o condicionalmente suspensiva, sea aleatoria como en los sorteos, rifas y loterías, o de otra naturaleza, como las promesas de venta u operación semejantes; y b) una defraudación consistente en que el autor se quede en todo, o en parte, con las cantidades que recibió como precio de la operación, sin cumplir su obligación de entregar lo ofrecido. En este delito el engaño no siempre es causa del enriquecimiento ilícito, pues el dolo en el agente puede nacer cuando ya ha recibido las cantidades, llevándolo su codicia al incumplimiento de las operaciones ya pagadas.

349. FRAUDE EN LAS CONSTRUCCIONES.—*Las mismas penas (del fraude genérico) se impondrán... XII. Al fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra cualquiera, que emplee en la construcción de la misma, materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de obra inferior a la estipulada, siempre que haya recibido el precio o parte de él; XIII. Al vendedor de materiales de construcción o cualquiera especie, que habiendo recibido el precio de los mismos, no los entregare en su totalidad o calidad convenidos.*

Al reformarse la enumeración de los delitos sancionados con las penas del fraude genérico, se introdujeron las dos anteriores fracciones relativas al que empleare en la construcción de una obra cualquiera materiales en cantidad o calidad inferiores a la convenida, o a la mano de obra estipulada, así como al vendedor de materiales de construcción de cualquier especie, que habiendo recibido el precio no los entregare en su totalidad o calidad convenidos. Fácil es observar que si en los supuestos de las dos fracciones se demuestra el empleo del engaño o se aprovecha del error del ofendido, no se necesitaría definir por separado estos casos por ser típicamente fraudes genéricos. Además estos preceptos son peligrosos porque pueden prestarse fácilmente a la persecución por fraude en casos de simple incumplimiento de obligaciones puramente civiles; sería por esas razones preferible la supresión de tan equívocos preceptos.

350. FRAUDE POR SUPUESTAS EVOCACIONES, ADIVINACIONES O CURACIONES.—Al reformarse la enumeración de los fraudes por decreto del 31 de diciembre de 1945 (*Diario Oficial* de marzo de 1946), se introdujo la fracción XV del art. 387, que fue conservada en los siguientes

decretos de reforma al mismo art. ordenando que las penas del fraude se impusieran: XV. *Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.* Estos fraudes tan frecuentes no necesitaban, sin embargo, la redacción de una fracción especial porque los medios empleados —supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones— encuadran perfectamente en el concepto de engaños o de maquinaciones o artificios a que se refieren el fraude genérico y el específico de estafa previstos en el art. 386.

351. FRAUDE EN LA VENTA O TRASPASO DE UNA NEGOCIACIÓN.—Por decreto del 31 de diciembre de 1954 (*Diario Oficial* del 5 de enero de 1955), se reformó nuevamente el art. 387, adicionando las fracciones XIV, XVI, XVII y XVIII.

En lo que concierne a la fracción XIV, por la cual se impondrán las penas del fraude genérico *al que venda o traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella, o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos siempre que estos últimos resulten insolutos*, debe hacerse notar que el caso supone una suspensión de pagos fraudulenta que encuadra perfectamente dentro del delito de quiebra.

352. FRAUDE EN LA PROPIEDAD LITERARIA, ARTÍSTICA O DRAMÁTICA.—El hecho de ejecutar actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas, previsto en la fracción XVI del art. 387, ahora derogado, aun cuando se sancionan con las mismas penas que el fraude, es más bien un delito simplemente equiparado al mismo, pues no supone una previa actividad engañosa o de aprovechamiento del error.

Los artículos del 1181 al 1280, que integraban el Título VIII del Código Civil "Los Derechos de Autor" a que nos referíamos en ediciones anteriores, prescribía que hay falsificación cuando faltaba el consentimiento del que obtuvo el privilegio para ejecutar los actos previstos en las distintas fracciones del citado artículo, tales como: para publicar, traducir, reproducir, representar, ejecutar, o imprimir en discos de fonógrafos o rollos para pianos automáticos, sus obras o parte de ellas, etc., fueron derogados primero por la Ley Sobre Derechos de Autor, del 29 de diciembre de 1956 y posteriormente esta Ley fue derogada por decreto del 4 de noviembre de 1963, *D. O.* 21 dic. 1963, por la Ley Federal de Derechos de Autor, que es la que protege los derechos del autor de toda obra intelectual o artística y salvaguarda el acervo cultural de la Nación Mexicana, cuando las obras constan por escrito en grabaciones o en cualquier otra forma de objetivación perdurable y que sea susceptible de reproducirse o hacer del conocimiento del público, o aun cuando sean inéditas.

La citada ley, sanciona en sus diversas modalidades este tipo, en sus artículos del 135 al 144 con penas privativas de la libertad y multas, haciéndose notar, que mientras que el Código sustantivo, para los efectos de la sanción económica la fija sobre la base del salario mínimo, la Ley Federal de Derechos de Autor, la sigue señalando en pesos.

Se prescribe en varios de sus artículos los casos en que la infracción debe perseguirse de oficio y cuáles son aquellos que sólo se perseguirán a petición de parte ofendida, y cuando los derechos hayan entrado al dominio público, es la Secretaría de Educación Pública, quien deberá formular la querella como la parte agraviada.

353. FRAUDE EN CONTRA DE TRABAJADORES.—La fracción XVII establece que las penas del fraude se impondrán *al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a las que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta o le haga otorgar recibos o comprobantes de pago de cualquier clase que amparen sumas de dinero superiores a las que efectivamente entrega*. Cuando las mermas al salario o estipendios al trabajador se obtengan *valiéndose de la ignorancia* el caso quedaría claramente comprendido como un fraude genérico por el aprovechamiento del error para hacerse de un lucro. Pero cuando el abuso se realiza aprovechando *las malas condiciones económicas* del trabajador, se comete grave delito económico contra el mismo que el legislador sanciona justamente con las penas del fraude.

354. FRAUDE POR MEDIO DE MERCANCÍAS SUBSIDIADAS O CON FRANQUICIA.—Las penas del fraude genérico se impondrán: XVIII. *Al que habiendo recibido mercancías con subsidio o franquicia para darles un destino determinado, las distrajerse de este destino o en cualquier forma desvirtúe los fines perseguidos con el subsidio o la franquicia*. En nuestro concepto, por la redacción del precepto debe entenderse que se trata de operaciones en comisión para su venta a un precio fijo, subsidiado, o con franquicia, para darles un destino determinado. La distracción de este destino o las formas que desvirtúen la entrega para su venta de mercancías subsidiadas, cuyo objeto es abatir los precios en el mercado, especialmente de mercancías muy necesarias, constituye un típico delito de abuso de confianza, sin que hubiera sido necesaria su previsión dentro del capítulo de fraude.

355. FRAUDE EN LA PROMESA FALSA DE TRABAJO O AL PROPORCIONAR EL MISMO.—El artículo 389 fue suprimido en virtud del decreto del 31 de diciembre de 1945 (*Diario Oficial* del 9 de marzo de 1946), y nuevamente puesto en vigor por decreto del 31 de diciembre de 1954 (*Diario Oficial* del 5 de enero de 1955, reformado por decreto de 29 de diciembre de 1975 (*Diario Oficial*, 30 de diciembre de 1975), en que se aumen-

tó el importe de la multa de cien a cuatrocientos la mínima y de mil a cuatro mil pesos la máxima eliminando también el último párrafo que decía "si el beneficio se logra como consecuencia de una promesa falsa se duplicarán sanciones". Siendo reformado una vez más, por decreto del 30 de diciembre de 1979 (*Diario Oficial* 7 de enero de 1980) en que aumenta la sanción, agregando además, si se logra por medio de dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio la promesa de obtener un ascenso o aumento de salario. Por lo que, el texto vigente queda como sigue:

Art. 389. *Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y multa de cuatrocientos a cuatro mil pesos el valerse del cargo que se ocupe en el Gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal, o en cualquiera agrupación de carácter sindical, o de sus relaciones con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos, para obtener dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en tales organismos.*

Coincidimos con las anotaciones de Carrancá Trujillo y Carrancá Rivas, que con precisión añaden en sus comentarios:

"La infortunada configuración del tipo penal contenida en el artículo comentado, constituye el subtipo del delito de cohecho tipificado en el artículo 217 C. P. consistente en la venta de influencia o la 'venta de humo'."

Cabe añadir que se advierte, una vez más, la preocupación del Legislador por sancionar, destacadamente, el enriquecimiento ilegítimo de funcionarios y empleados gubernamentales, mediante el uso indebido de sus facultades oficiales; el propósito, laudable en principio, fracasa porque el precepto repite, innecesariamente, el ilícito ya considerado en el cohecho, con el consiguiente y criticable aumento del casuismo, ausente la consideración de que las leyes, cuando más detalladas pretenden ser, son más expuestas a error.

356. FRAUDE COMETIDO POR INTERMEDIARIOS EN OPERACIONES SOBRE INMUEBLES O GRAVÁMENES REALES.—A su vez, por decreto del 2 de enero de 1968 (*Diario Oficial* del 8 de marzo de 1968), se agregaron las fracciones XIX y XX al art. 387.

Conforme a la fracción XIX, se impondrán las penas del fraude genérico: *A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de muebles inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinare, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro; para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino, o ha dispuesto, en todo o en*

parte, del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traspasación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en Nacional Financiera, S. A.; o en cualquier Institución de Depósito, dentro de los 30 días siguientes a su recepción a favor de su propietario o poseedor, a menos que le hubiese entregado, dentro de ese término, al vendedor o al deudor del gravamen real; o devuelto al comprador o al acreedor del mismo gravamen. Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior. El depósito se entregará por Nacional Financiera, S. A. o a la Institución de Depósito de que se trate, a su propietario o al comprador. Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidas con su actuación, antes de que se formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres días a seis meses de prisión. La farragosa descripción de este caso, era, en nuestra opinión innecesaria dentro del capítulo de fraude, pues en realidad, se trata de casos de disposición o retención indebida del dinero, títulos o valores importe del precio o del gravamen, no destinando los mismos a su objeto. El caso es típicamente un abuso de confianza.

357. FRAUDE EN OPERACIONES DE CONDOMINIO.—Respecto a la fracción XX, se aplicarán las penas del fraude genérico a los constructores o vendedores de edificios en condominio que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio o a cuenta de él, si no los destinaren en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro. Es aplicable a lo dispuesto en esta fracción, lo determinado en los párrafos segundo y quinto de la fracción anterior. Las Instituciones y Organismos Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los Organismos Oficiales y Descentralizados autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX. También en estos casos se trata lisa y llanamente de delitos de abuso de confianza por lo que resultaba innecesaria su previsión dentro del fraude.

357. a) ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.—El artículo 388 ahora reformado establece: "Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude." Es indiscutible,

que a quien se le otorga la administración o el cuidado de un bien ajeno, tiene la obligación de cuidarlo como propio, dar debida cuenta al titular del negocio o bien, rindiendo cuentas exactas de su encargo y en consecuencia, quien altere las cuentas o condiciones de los contratos haga aparecer gastos inexistentes o gastos innecesarios o abultando éstos, o retenga u ocultando valores, causando un perjuicio al titular, ha engañado a quien por la confianza se le otorgó la administración y obtuvo un lucro en forma indebida y condujo al ofendido en concepto distinto de la realidad, haciéndolo incurrir en una falsa creencia con su conducta a todas luces mentirosa.

No necesariamente el beneficio logrado tiene que ser para el Agente sino también para un tercero.

357. b) FRAUDE POR DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA. El artículo 388 bis, del nuevo junio establece *"Al que se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir las obligaciones a su cargo, con respecto a sus acreedores, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa."* La creación de esta figura tiende a proteger a los acreedores, ya que mediante diversas maquinaciones, artificios y de mala fe, el deudor se coloca en situación de insolvencia para así producir un perjuicio a sus acreedores.

Y en el supuesto de lo preceptuado por la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en que se repunte como quiebra fraudulenta, se estará a lo dispuesto por esta Ley.

357. c) Tradicionalmente, por sus características, el delito de fraude se persigue de oficio. El legislador, racionalizando el tratamiento de los delitos patrimoniales en beneficio de la víctima y victimario, así como de la sociedad misma, con objeto de evitar en lo posible procedimientos y sentencias condenatorias hasta cierto punto inconvenientes, ha adicionado el artículo 399 bis, estableciendo el requisito de querella en el caso del fraude, cuando éste no exceda en su monto, de quinientas veces el salario mínimo general, en el lugar donde se cometa, supuesto que de acuerdo con la penalidad aplicable, permite el beneficio de la libertad caucional pero se reduce este beneficio cuando se trate de un solo particular. Pues en el caso de que se trate de varias personas ofendidas, el procedimiento se seguirá como hasta ahora, de oficio, otorgándole al juzgador, la facultad para prescindir de la imposición de pena, cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y no exista oposición de alguno de ellos. Asimismo, se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude, cuando su momento no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo vigente en el lugar y en el momento en que se cometió el delito y el ofendido sea un solo particular. Si hubiese varios

particulares ofendidos, se procederá de oficio, pero el juez podrá prescindir de la imposición de pena cuando el agente haya reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y no exista oposición de cualquiera de éstos.

Como se verá, en el fondo esta adición favorece al agraviado y al agente activo, pero limita el segundo propuesto a la reparación de los daños y perjuicios y que no exista oposición de ninguno de los ofendidos o víctimas.

## EXTORSIÓN

Un nuevo delito se adiciona en el Código Penal, dentro del Título Delitos en contra de las personas en su patrimonio, La Extorsión.

Entendiéndose por extorsión según Escriche en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, como "el acto de sacar uno a otro por fuerza lo que no se le debe; y especialmente es el delito que comete el funcionario público o de gobierno que hace a los pueblos o a los particulares". En el caso especial el delito de extorsión se refiere no al delito que cometan los servidores públicos, pues nuestra legislación penal en el Título Décimo, Delitos Cometidos por Servidores Públicos ha dejado previsto la concusión y la intimidación.

El delito de extorsión, tiene una similitud con el robo, pero se distingue de éste, en que hay un apoderamiento de una cosa mueble por el sujeto activo, empleando la violencia física; mientras que en la extorsión la violencia es psicológica, mediante la intimidación, la coacción para obtener el lucro mediante el tolerar o dejar de hacer algo por parte del pasivo en contra de su voluntad.

Por decreto publicado el 10 de enero de 1994 fue reformado este artículo en la forma siguiente:

Artículo 390.— *"Al que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro causando a alguien un perjuicio patrimonial, se le aplicarán de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a ciento sesenta días multa.*

*Las penas se aumentarán hasta un tanto más si el constreñimiento se realiza por una asociación delictuosa, o por servidor público o ex-servidor público, o por miembro o ex-miembro de alguna corporación policial o de las Fuerzas Armadas Mexicanas. En este caso, se impondrá además al servidor o ex-servidor público o ex-servidor público y al miembro o ex-miembro de alguna corporación policial, la destitución del empleo, cargo o comisión y la inhabilitación de uno o cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos, y si se tratare de un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, la baja definitiva de la*

*Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargos o comisión públicos.*

Con la reforma se fijó la penalidad de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a ciento sesenta días multa que en el anterior no existía, ya que se remitía a la prevista por el delito de robo.

Igualmente mejoró y se amplió la descripción de la figura, ya que establece un aumento en la penalidad, cuando el Agente fuese servidor público o ex-servidor público o miembro o ex-miembro de alguna corporación policiaca o de las Fuerzas Armadas mexicanas.



## CAPÍTULO XXII

### DELITO DE QUIEBRA

(ARTS. DEL 91 AL 114 DE LA LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS)

#### TEMARIO

358. Diversos sistemas reglamentarios: el delito especial de quiebra y la enumeración de delitos en fraude de los acreedores.—359. La quiebra fraudulenta del Código Penal de 1871; crítica.—360. Sistema de la codificación de 1931. Observaciones de conjunto.—361. Sistema de la nueva Ley de Quiebras. Textos legales.—362. Generalidades de la Quiebra.—363. Quiebra culpable.—364. Quiebra fraudulenta.—365. Observaciones generales.

358. Dos diversos sistemas represivos ha seguido nuestra legislación para sancionar aquellos actos delictivos que pueden cometer los comerciantes con motivo de su insolvencia en los pagos, a saber: *a)* la tipificación de un delito especial, *quiebra*, dentro del cual se reglamentan el alzamiento del comerciante o sus quiebras culpable o fraudulenta; este último era el sistema que en general seguía la codificación de 1871 y se sigue en la nueva Ley de Quiebras; y *b)* la enumeración de distintos tipos de delitos que pueden cometer los comerciantes en *fraude* de sus acreedores, por medio de ocultaciones, maniobras o arbitrios tendientes a la disminución de la masa de los bienes, ya sea dentro de un concurso formal o de una quiebra, o bien antes de estos estados, para llegar a su simulación. Este era el sistema que en general seguía el Código vigente bajo la inadecuada denominación de delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, cuyos artículos del 391 al 394 fueron derogados por la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos promulgada el 31 de diciembre de 1942 y publicada en el *Diario Oficial* del 20 de abril de 1943.

359. LA QUIEBRA DELICTUOSA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1871.—Este Ordenamiento distinguía tres casos fundamentales de quiebra delictiva: el alzamiento del comerciante (art. 434); la ocultación o enajenación fraudulenta de bienes (art. 435), y los demás casos de quiebra

fraudulenta (art. 436). A su vez, el Código de Comercio, en esta materia, clasificaba las quiebras en fortuitas, culpables y fraudulentas, resultando serias contradicciones entre éste y el Código Penal.

Miguel S. Macedo<sup>158</sup> consideró que el capítulo de quiebra fraudulenta exigía una revisión completa a consecuencia de las profundas modificaciones introducidas en la legislación mercantil. "Las discrepancias de sistema de ambos Códigos originan serias dificultades. Desde luego, la quiebra culpable, que según el Código de Comercio debe ser punible, queda sin pena. Además, estando muy distinguidos y clasificados los casos en dicho Código, en el Penal no se hacen distinciones semejantes comprendiendo casos en que la culpabilidad es muy diferente."

Por otra parte, el sistema de 1871 implicaba necesariamente como requisito previo a la apertura del proceso penal la calificación de la quiebra hecha por la jurisdicción mercantil. El mismo Macedo<sup>159</sup> dijo: "En cuanto a la previa calificación de la quiebra, también hay antinomia. Según el Código de Procedimientos Penales, esa declaración es necesaria en todos los casos. Según el Código de Comercio sólo lo es cuando el procedimiento sea incoado por la acusación del Ministerio Público. La Comisión considera que el requisito de la previa calificación de la quiebra por la justicia civil no debe ser exigido como general para todos los casos. Algunos hay —los de alzamiento y ocultación, inutilización o destrucción de libros— en que el carácter fraudulento de la quiebra es notorio desde que se inicia el juicio civil, y hasta ridículo parece que la justicia penal esté atada de manos hasta que la civil declare en la sentencia de graduación, que no puede ser pronunciada antes de algunos años, si es que llega a ser pronunciada, un hecho que es patente desde el primer momento. En cuanto a los casos de ocultación o enajenación fraudulenta de bienes, parece que tampoco es indispensable esperar la calificación hecha en la sentencia de graduación, pues el hecho punible y que caracteriza la quiebra puede quedar averiguado y declarado ejecutoriamente antes de que dicha sentencia se pronuncie, y entonces, una vez que ya haya sido declarado por la justicia civil, es ya indiscutible el carácter fraudulento de la quiebra y no hay peligro en que sea incoado el procedimiento penal, ya que ese peligro es el que las declaraciones que una y otra jurisdicción hagan sobre la naturaleza de la quiebra vengán a resultar contradictorias. En los demás casos parece que, tanto en razón de ser menos

<sup>158</sup> *Trabajos de Revisión. Ob. cit.,* tomo IV, pág. 584.

<sup>159</sup> *Trabajos de Revisión. Ob. cit.,* tomo IV, pág. 590.

graves como por tratarse de hechos o circunstancias que por su naturaleza son menos notorios y se prestan más a discusión, hay menos perjuicio en la demora, al mismo tiempo que la investigación y el debate a que dé origen pueden ser más largos y complicados, por lo que sí se debe mantener la regla de que se exija como requisito previo la calificación de la quiebra hecha por la jurisdicción civil."

360. SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1931.—Bajo la incorrecta denominación de delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, el Código Penal vigente, dentro de sus artículos del 391 al 394 ya derogados, preveía distintas hipótesis de delitos de defraudación contra sus acreedores que podían cometer aquéllos por medio de ocultaciones, maniobras o arbitrios en sus bienes, tendientes a la disminución de su masa. La reglamentación vigente se aprobó teniendo a la vista el proyecto de reformas al Código de Comercio que no llegó a promulgarse. Los preceptos derogados por la Ley de Quiebras eran:

*Se impondrá la pena de uno a cinco años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los comerciantes sujetos a concurso, en los casos siguientes: I. Cuando haya ocultación o enajenación de bienes, simulación de embargos, gravámenes o deudas, o celebración de convenios o contratos, o se haya recurrido a maniobras o arbitrios ruinosos, con perjuicio del conjunto de los acreedores, ya sea en beneficio propio, de uno o varios acreedores o de terceras personas, o bien para retardar o disimular el estado de concurso; II. Cuando el estado de concurso sea aprovechado intencionalmente para especular con las propias obligaciones, adquiriéndolas con descuento, o para obtener cualquier otro provecho en perjuicio de los acreedores; III. Siempre que el estado de concurso sea ocasionado por dolo o imprudencia y con perjuicio de los acreedores. Cuando en el concurso de un comerciante colectivo apareciere que se han cometido los actos previstos en este artículo, se aplicarán a los directores y administradores del mismo comerciante las penas que el mismo establece (art. 391 derogado del Código Penal).*

*La averiguación y persecución de estos delitos será independiente del procedimiento mercantil (art. 392 derogado).*

*Si se acumularan varios de ellos, el máximo de la pena será de diez años de prisión. Si apareciere que se ha cometido, además un delito de fraude o abuso de confianza, o falsedad, en conexión con los enumerados en el artículo anterior, se seguirá también la averiguación por este concepto para que sea ejercitada, en su caso, la acción penal, pero de todos modos el máximo de la pena será de diez años de prisión (artículo 393 derogado).*

*La reparación del daño por los delitos previstos en este artículo*

*no formará parte de la sanción penal, sino que se regulará en el concurso mercantil de acreedores* (art. 394 derogado).

Los anteriores preceptos derogados daban lugar a las siguientes observaciones de conjunto:

1. Sólo podían ser sujetos activos del delito los comerciantes, debiéndose distinguir para una correcta interpretación entre: a) los comerciantes individuales, personas físicas que, de acuerdo con el artículo 3 del Código de Comercio, son aquellas que teniendo capacidad hacen del comercio su ocupación ordinaria; y b) los comerciantes colectivos, o sean las personas morales de Derecho mercantil, como las sociedades en nombre colectivo, comanditas, de responsabilidad limitada, anónimas y cooperativas. Para la aplicación de la penalidad a los primeros no se tropezaba con obstáculos, pues el artículo 391 del Código Penal la establecía claramente para cada uno de los casos que el mismo señalaba. En cuanto a los segundos, como en nuestro Derecho sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos, la sanción se reservaba a los directores o administradores de los comerciantes colectivos sin perjuicio de considerar responsables a todos los que hubiesen participado en el delito en las situaciones previstas en el artículo 13 del Código Penal.

2. Las operaciones fraudulentas a que en general se refería la reglamentación, eran aquellas en que maliciosa o imprudentemente se tendía a la disminución de la masa de los bienes con perjuicio de los acreedores en general, sea en beneficio propio del agente, o sea en beneficio de ciertos acreedores o terceras personas. Las principales operaciones fraudulentas enumeradas eran las de ocultación, enajenación, simulación, maniobras o arbitrios ruinosos y la de especulación con las propias obligaciones.

3. La figura admitía su comisión por imprudencia, cuando ésta daba ocasión al estado de concurso. Por excepción en este caso no debería aplicarse la penalidad ordinaria reservada a los delitos de imprudencia en general en el artículo 60 del Código Penal, sino la del encabezado del 391 derogado.

4. La reglamentación penal en esta materia era independiente del procedimiento mercantil. Por tanto, el juzgador no necesitaba esperar la previa resolución de la jurisdicción civil declarativa del estado de concurso o de quiebra en sus diversas variedades. Para el procedimiento represivo bastaría la demostración concreta de cualquiera de los hechos previstos en el art. 391 derogado del Código Penal.

5. Aun cuando el capítulo IV del título XXII, libro II del Código Penal se denominaba: "De los delitos cometidos por los comerciantes

sujetos a concurso", el contenido de detalle de la reglamentación no podía ser interpretado *ad rubrum*, por la misma circunstancia de que se preveían aquellas operaciones ruinosas, maliciosas o imprudentes, anteriores al estado de concurso, que podían dar por resultado su aceleramiento, su simulación o su retardo. Por eso al principio afirmábamos que era inadecuada la denominación capitular empleada.

361. SISTEMA DE LA NUEVA LEY DE QUIEBRAS.—La Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos, publicada en el *Diario Oficial* de 20 de abril de 1943, regresa al viejo criterio de tipificar delitos especiales para la quiebra culpable y la fraudulenta.

362. En lo que concierne a la culpable, en su art. 93, preceptúa: *Se considerará quiebra culpable la del comerciante que con actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil haya producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos, así: I. Si los gastos domésticos y personales hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a sus posibilidades económicas, II. Si hubiere perdido sumas con desproporción de sus posibilidades en juego, apuestas y operaciones semejantes en bolsas o lonjas; III. Si hubiere experimentado pérdidas como consecuencia de compras, de ventas o de otras operaciones realizadas para dilatar la quiebra; IV. Si dentro del período de retroacción de la quiebra hubiere enajenado con pérdida, por menos del precio corriente, efectos comprados a crédito y que todavía estuviere debiendo; V. Si los gastos de su empresa son mucho mayores de los debidos, atendiendo a su capital, su movimiento y demás circunstancias análogas.*

El artículo 94 agrega: *Se considerará también quiebra culpable, salvo las excepciones que se propongan y prueben la inculpabilidad, la del comerciante que: I. No hubiere llevado su contabilidad con los requisitos exigidos por el Código o que, llevándolos, haya incurrido en ella en falta que hubiere causado perjuicio a tercero; II. No hubiere hecho su manifestación de quiebra en los tres días siguientes al señalado como el de su cesación de pagos; III. Omitiere la presentación de los documentos que esta ley dispone en la forma, casos y plazos señalados.*

*La penalidad aplicable a los declarados en quiebra calificada de culpable será de uno a cuatro años de prisión. (art. 95).*

*Se reputará quiebra fraudulenta la del comerciante que: I. se alce con todo o parte de sus bienes, o fraudulentamente realice, antes de la declaración, con posterioridad a la fecha de retroacción o durante la*

*quiebra, actos u operaciones que aumenten su pasivo o disminuyan su activo; II. No llevare todos los libros de contabilidad, o los altere, falsificare o destruyere en términos de hacer imposible deducir la verdadera situación; III. Con posterioridad a la fecha de retroacción favoreciera a algún acreedor haciéndole pagos o concediéndole garantías o preferencias que éste no tuviere derecho a obtener (art. 96).*

*La quiebra de los agentes corredores se reputará fraudulenta cuando se justifique que hicieron por su cuenta, en nombre propio o ajeno, algún acto u operación de comercio distintos de los de su profesión, aun cuando el motivo de la quiebra no proceda de estos hechos. Si sobreviniere la quiebra por haberse constituido el agente garante de las operaciones en que intervino, se presumirá la quiebra fraudulenta, salvo prueba en contrario (art. 97).*

*La quiebra del comerciante cuya verdadera situación no pueda deducirse de los libros se presumirá fraudulenta, salvo prueba en contrario (art. 98).*

*A los comerciantes declarados en quiebra fraudulenta se les impondrá la pena de cinco a diez años de prisión y multa, que podrá ser hasta de diez por ciento del pasivo. El importe de estas multas se harán en efectivo sobre los bienes que queden después de pagar a los acreedores, o sobre los que tenga o adquiera después de la conclusión de la quiebra (art. 99).*

Debe destacarse que como presupuesto necesario o como condición de procedibilidad o de punibilidad se requiere una previa declaración por la autoridad judicial civil del estado de quiebra o de suspensión de pagos para poder proceder penalmente por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta (art. 111).

Con excepción de los temas correspondientes a la responsabilidad penal, todos los asuntos relativos a las quiebras y a suspensión de pagos, por su naturaleza mercantil, son de competencia concurrente del juez federal de distrito o del civil de primera instancia del lugar en que se encuentre el establecimiento principal de la empresa y, en su defecto, donde tenga el comerciante individual su domicilio; tratándose de sociedades mercantiles el de su domicilio social o donde tenga el principal asiento de sus negocios (art. 13 L. de Q.) debiéndose dar cuenta de la sentencia civil de quiebra al Ministerio Público para los efectos de la responsabilidad penal.

La declaración de quiebra hecha por el juez civil o el de distrito, puede serlo a solicitud del comerciante que va a ser declarado en quiebra, de sus acreedores, del Ministerio Público o de oficio cuando el juez advierte un estado de insolvencia (art. 5 Ley de Quiebras).

Joaquín Rodríguez y Rodríguez <sup>159 bis</sup> quien fue autor de la ponencia del Anteproyecto y de su Exposición de Motivos de la Ley de Quiebras, en su Derecho Mercantil al referirse a los supuestos de la declaración de quiebra cita el artículo primero de la ley que dice: Podrá ser declarado en estado de quiebra el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones, de lo que se desprende que debe de tratarse de un comerciante sea éste individual o social, y la cesación de pagos como segundo elemento de los que integran el concepto de quiebra.

Tratándose de la posible responsabilidad penal en las quiebras la ley que las regula distingue tres clases:

- 1) Quiebras fortuitas, que por su misma naturaleza no son delictuosas;
- 2) Quiebras culpables, y
- 3) Quiebras fraudulentas.

363. El encabezado del art. 93 de la Ley de Quiebras establece que *se considerará quiebra culpable la del comerciante que con actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil haya producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos*. En cinco fracciones el mismo precepto a título de ejemplos de quiebras culpables, señala los casos en que los gastos domésticos y personales hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a sus posibilidades económicas o si hubiere perdido sumas con desproporción de sus posibilidades en juego, apuestas y operaciones semejantes en bolsas o lonjas; o si hubiere experimentado pérdidas como consecuencia de compras, de ventas o de otras operaciones realizadas para dilatar la quiebra; o si dentro del período de retroacción de la quiebra hubiere enajenado con pérdida, por menos del precio corriente, efectos comprados a crédito y que todavía estuviere debiendo; o, por último, si los gastos de su empresa son mucho mayores de los debidos, atendiendo a su capital, su movimiento y demás circunstancias análogas. Además en el artículo 94 añade otros casos en que se presume la quiebra culpable. Rodríguez y Rodríguez <sup>160</sup> en relación con esos cinco casos de quiebra culpable manifiesta que "no son los únicos que pueden darse sino que deben considerarse como ejemplos que permiten la aplicación del precepto a todas aquellas situaciones que se comprenden en el enunciado general del art. 93 en su comienzo. Por eso no podrá alegarse que se trate de una aplicación analógica de preceptos legales que sería ilegal, sino de la hipótesis normal de todo juicio, al subsumir unos hechos

<sup>159 bis</sup> *Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 1957, 3ª edición, tomo II, pág. 304.

<sup>160</sup> *Ob. cit.*, pág. 324.

en la definición legal del tipo delictivo. Los cinco casos del art. 93 son cinco ejemplos entre muchos que pudieran citarse.

Jiménez Huerta <sup>160 bis</sup> señala: "No resulta, en verdad, técnicamente correcta la denominación de *culpable* con que la ley califica esta clase de quiebra, pues dicha expresión encierra un reproche de culpabilidad también proyectable sobre la fraudulenta. Tampoco es correcto concluir que en tanto que en la quiebra fraudulenta se recogen los actos dolosos que realiza el comerciante en perjuicio de sus acreedores, la culpable hace siempre referencia a actos culposos, pues aunque en otras épocas se estimó que todos los actos subsumibles en la quiebra culpable eran de naturaleza imprudencial o culposa, en la actualidad y según nuestro ordenamiento vigente esto no puede sostenerse, dado que los actos que se describen en el artículo 94 de la Ley Especial pueden también perpetrarse dolosamente. Por lo expuesto, estimamos más correcta la denominación de "quiebra simple" que emplean las legislaciones de Francia e Italia que la de "quiebra culpable" utilizada por los Códigos de hispánica raíz".

Por su parte Barrera Graf y Mantilla Molina en la Exposición de Motivos de su Proyecto de Ley de Quiebras <sup>161</sup> suprimen la denominación de quiebra culpable proponiendo dos delitos: la bancarrota simple y la bancarrota fraudulenta, sin condicionar siempre y en todo caso la tramitación de los procesos penales a una sentencia declarativa de quiebra prescindiendo de la división tripartita de las quiebras en fortuitas, culpables y fraudulentas, así como la necesidad de calificarlas.

364. En relación con la quiebra fraudulenta, Rodríguez <sup>161 bis</sup> indica que puede decirse que la quiebra fraudulenta es la de los comerciantes que dolosamente disminuyen su activo o aumentan su pasivo provocando o agravando la cesación de pagos, así como la de los comerciantes cuya verdadera situación no puede apreciarse. La ley reputa quiebra fraudulenta la del comerciante alzado con todo o parte de sus bienes, o que no llevare todos los libros de contabilidad, los alterar, falsificar o destruir, o que con posterioridad a la fecha de retroacción favoreciere a algún acreedor por medio de pagos o preferencias a que no tuviere derecho, todo ello en la forma prevista en las tres fracciones del art. 96, presumiéndose como fraudulenta la quiebra del comerciante cuya verdadera situación no pudiera deducirse de los libros, según el artículo 98 de la Ley de Quiebras.

<sup>160 bis</sup> *Derecho Penal*, Parte especial. Tomo IV, pág. 314.

<sup>161</sup> *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Enero-junio 1968, tomo XVIII, pág. 366.

<sup>161 bis</sup> *Ob. cit.*, pág. 325.



365. El mismo Rodríguez <sup>162</sup> como concepto del delito de quiebra señala que: "la quiebra por sí sola no es un delito; esto es, la cesación de pagos judicialmente declarada no está tipificada como delito. Esto surge cuando al lado del quebrado se prueba la existencia de ciertas circunstancias; el tipo delictivo se integra por la existencia de *un comerciante, que cese en sus pagos*, si esta cesación coexiste con *alguna de las circunstancias* enumeradas en los artículos 93, 96, 97 y 98. Estos tres elementos, de los cuales los dos primeros son fijos y el tercero variable, son los que constituyen el delito de quiebra".

Certeramente los profesores Barrera Graf y Mantilla Molina en su Exposición de Motivos de su Proyecto de Ley de Quiebras <sup>162 bis</sup> hicieron notar, además de que los órganos de la quiebra no se han podido integrar o no han funcionado en la forma prevista en la ley, que "*El régimen penal de las quiebras se muestra poco eficaz y raras veces llegan a aplicarse las sanciones previstas para los casos de quiebra culpable o fraudulenta; sin contar los casos de los quebrados que se sustraen a la acción de la justicia mediante la fuga. Ello se debe, en gran parte, a que los tribunales han considerado necesario para incoar el proceso penal, el que se hayan agotado los medios de impugnación en contra de la sentencia declarativa de la quiebra: apelación y, en su caso, juicio de amparo, con su doble instancia. Lo cual origina demoras que, por sí mismas, constituyen un obstáculo para la adecuada represión de los delitos de la quiebra. La necesidad de la previa calificación de la quiebra, por el juez penal, constituye una nueva fuente de dilaciones para la imposición de sanciones.*" Y añadieron que: "Por lo que respecta al *régimen penal de la quiebra* se juzgó suficiente requisito de procedibilidad el que se hubiese dictado sentencia declarativa de quiebra, aun cuando hubiese sido impugnada, pues en caso de que prosperara la impugnación, se daría una situación semejante a la que se presenta cuando, como consecuencia de un recurso de apelación, o de un juicio de amparo, queda insubsistente el auto de formal prisión, o cuando se desvanece uno de los datos que le sirvieron de base. Inclusive en casos en que puede preverse, de modo general, que no llegará a dictarse sentencia declarativa de la quiebra, es posible prescindir de ella y ejercer la acción penal".

<sup>162</sup> Ob. cit., pág. 325.

<sup>162 bis</sup> Ob. cit., págs. 358 y 361.

## CAPÍTULO XXIII

### DESPOJO DE COSAS INMUEBLES O DE AGUAS

(ARTS. 395 Y 396 DEL C. P.)

#### TEMARIO

366. Elaboración española del delito.—367. Estudio de Pardo Aspe acerca del delito de despojo en México; la figura debe limitarse a la ocupación violenta del inmueble; crítica del Código Penal de 1929.—368. Deplorable extensión dada al despojo en la legislación vigente.—369. Sistemática de exposición.—370. Objetos materiales del despojo: inmuebles o derechos reales; problema de los inmuebles por ficción del Derecho Privado.—371. Acciones delictivas: ocupación o uso de inmuebles o uso de derechos reales.—372. Modos de ejecución.—373. Violencia física o moral a las personas.—374. Furtividad y engaño; crítica.—375. Delito de despojo que puede cometer el dueño del inmueble.—376. Despojo de aguas.—377. Despojo de cosas en disputa o dudosas.—

377 a) Agravante.—378. Regla de acumulación.

366. Salvo algún antecedente de la legislación romana, el despojo de cosas inmuebles es un delito de plena elaboración española. El Fuero Juzgo, Ley II, título I, libro VIII, preveía que *quien echa a otro omne por fuerza de lo suio, ante que el juicio sea dado, pierda toda la demanda, magiier que aya buena razón*. El Fuero Real, Ley IV, título IV, libro IV, decía: *Si algún home entregare ó tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en juro, o en poder, y en paz, si el forzador algún derecho y habie, piérdalo: é si derecho y no habie, entréguelo con otro tanto de lo suyo...* La Partida VII, Ley X, título X, por su parte, establecía: *Entrando ó tomando alguno por fuerza por sí mismo sin mandado del Juzgador, cosa agena, quier sea mueble, quier rayz, dezimos, que si derecho o señorio auia en aquella cosa que assi tomó, que lo deue pechar; é si derecho ó señorio no auia en aquella cosa, deue pechar aquello tomó, o la entro quanto valia la cosa forçada, é demás deuelo entregar della, con todo los frutos, e esquilmos que den-de lleuo...* La Novísima Recopilación, Ley I, título XXXIV, libro X, transcribió el caso más o menos en los mismos términos. Esta tradición del delito fue recogida por el Código Español de 1822, artículo 811,

limitándose, como todos sus precedentes, al *despojo* violento de los bienes raíces.

Con excepción del Código Español de 1850, artículo 440, en que transitoriamente se rompe la tradición del delito al aceptarse formas no violentas de ocupación del inmueble y de la pésima reglamentación del Código de 1928, el Derecho Español, a través del Código de 1870 y de sus reformas, sólo sanciona la ocupación o la usurpación del inmueble o derecho real cuando se efectúen con fuerza o con intimidación a las personas.

367. Según estudio del maestro Pardo Aspe:<sup>103</sup> "El primer Código mexicano conserva la espléndida tradición hispana. Además, profundamente influido por la orientación francesa, advierte la suficiencia de la protección civil respecto de la propiedad inmueble. Muy explícitos son los expositores del Código Napoleón en poner de relieve la distinción, primera que tomaron en cuenta las legislaciones penales para organizar los medios de protección de la propiedad. La de los inmuebles está menos expuesta que la de los muebles, pues no es posible, por definición, mudarlos de lugar ni hacer que desaparezca la posesión de ellos, ni disimular su identidad."

"Así, la ley penal ordinariamente confía al Derecho Civil la tutela de la propiedad raíz. En el robo, el abuso de confianza, la estafa, es mueble el objeto de la acción típica. Bien es cierto que el delito de fraude puede, indistintamente, recaer sobre cosa mueble o inmueble; mas, si bien se observa, se advertirá que en las infracciones de esta categoría el ataque se dirige sólo indirectamente contra el bien inmueble. En la venta doble, en la enajenación fraudulenta de bien raíz, el agente ataca o usurpa, antes que 'la cosa', el título o el derecho. Pudiera decirse que el infractor actúa, bajo estas hipótesis, en el secreto de la Notaría. De allí la necesidad de la protección penal."

"El despojador, en cambio, opera sobre el inmueble. En el sentido romano de la palabra, 'roba' la posesión. Pero el raíz, ya se ha dicho, no puede ocultarse; no puede ser trasladado; conserva perpetuamente su identidad. Las sanciones interdictales protegen la posesión de él con segura eficacia. Luego la tutela penal no ha de extenderse a 'todos' los casos en que se realice el despojo. El Código mexicano de 1871 la limita, por tanto, por su artículo 442, a aquellos en que intervengan la violencia física o la amenaza. Certeramente explica Demetrio Sodi que

<sup>103</sup> *Despojo de cosa inmueble*. "Criminalia", año III, 1936, núm. 3, págs. 92 y sigs.

la infracción se caracteriza por la violencia. Es ella la que presta tipicidad al hecho."

"El Código Español de 1928, conocido por el Código de la Dictadura, en su afán por conminar penalmente el mayor número de acciones humanas, precisamente con el propósito político de circuir la libertad y la conducta del ciudadano, desdeñoso de la mejor tradición jurídico-penal, rompió el molde clásico para tipificar no solamente las formas coactiva e impositiva del despojo, sino además la engañosa y la furtiva (López Rey y Álvarez Valdés)."

"Nuestro reformador de 1929, como es sabido, padeció notoriamente la perniciosa influencia de su contemporáneo español. Texto exótico, en parte considerable adoptó por modelo el Código de la Dictadura, singularmente en lo que toca al régimen de las infracciones. En los Trabajos de Revisión, que presidió el maestro Macedo, se recibieron plausibles iniciativas tendientes a la supresión del delito de despojo. Ciertamente que la Comisión les negó acogida; mas el proyecto definitivo, al dar la fórmula del delito, previó como punibles solamente las maneras coactiva e impositiva del despojo. El legislador de 1929 desoyó esa prudente enseñanza para seguir el ejemplo, acaso por lo flamante y por lo extranjero, del Ordenamiento español de 1928 y trasplantó al Derecho patrio, sin exponer sus motivos, como 'última novedad', el despojo no caracterizado por la violencia ni por la amenaza. Para hacerlo punible, basta con el engaño."

368. El Código de 1931, tanto en la redacción original de la fracción I de su art. 395, como en su reforma introducida por decreto de 31 de diciembre de 1945 (*Diario Oficial* de 9 de marzo de 1946), conservó, ampliándola, la exagerada extensión dada por el Código de 1929 al delito de despojo de cosas inmuebles o de aguas, pues adicionó a los casos de ocupación por violencia o amenaza, aquellos cometidos furtiva o engañosamente. *Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos: I. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca* (frac. I del art. 395 reformado).

369. Para el estudio sistematizado del despojo deberemos examinar: a) los objetos materiales del delito que pueden ser los inmuebles ajenos y los derechos reales también ajenos; b) las acciones criminosas, o sean la ocupación del inmueble, su uso, o el uso de un derecho real;

y c) los modos de ejecución de dichas acciones, a saber: la violencia física o la moral, o la furtividad, o el engaño.

370. a) El delito puede reconocer exclusivamente como objetos materiales en que recae la acción, *las cosas inmuebles o los derechos reales*. Esto quiere decir que únicamente se tutela en el despojo la posesión de los inmuebles corporales, es decir, el suelo y las construcciones adheridas a él, y la posesión de los derechos reales susceptibles de uso material, tales como las servidumbres.

Dentro de la esfera del Derecho Penal no será posible extender el concepto de despojo de inmuebles al apoderamiento de aquellas cosas físicamente transportables y que, a pesar de su real naturaleza mutable, son estimadas por el legislador civil como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado su propietario, o sea por simple mandato legal. El apoderamiento de esos inmuebles fictos será constitutivo del delito de robo si se reúnen las diversas condiciones jurídicas de esta infracción (para mayores detalles ver antes núms. del 210 al 213).

371. b) Las acciones delictivas consisten en *la ocupación* del inmueble ajeno, o su uso, o el uso de un derecho real que no pertenezca al agente. Con rigor técnico puede pensarse que *la ocupación* es "el medio de adquirir una cosa con ánimo de hacerse dueño de ella"; pero la finalidad de adueñamiento o apropiación del inmueble no es imprescindible en el delito de despojo, puesto que *la ley admite como figura criminosa la de su simple uso*. En cuanto a los derechos reales, como para la integración del tipo se exige su uso, resulta que sólo aquellos derechos reales inmobiliarios que recaen en cosas corporales pueden ser objeto de la infracción, como en el caso de uso de servidumbres ajenas. En esencia, las acciones delictivas de despojo consisten siempre en una toma de posesión del inmueble o del derecho real, con ánimo de apropiación, de venganza o de, en cualquier forma, beneficiarse con su tenencia material.

Para Groizard<sup>164</sup> el derecho turbado es el de posesión. De aquí que todo acto que implique la pérdida para alguno de la posesión material de un inmueble debe tenerse, para los efectos de la ley, por ocupación. El dolo concreto es aquí constituido por el mal propósito de adquirir los inmuebles de que otro está en posesión pacífica. En último término, la ocupación o el uso de la cosa inmueble implican su toma de posesión material o su invasión realizada por el agente.

<sup>164</sup> El Código Penal de 1870. Ob. cit., tomo VI, pág. 414.

372. c) Los modos de ejecución de las acciones delictivas se encuentran enumerados en forma disyuntiva por la ley y son: 1. Violencia física o moral a las personas; 2. Furtividad; y 3. Engaños. A pesar de que el Código menciona además las amenazas, no se hace necesario destacarlas especialmente en la enumeración, porque <sup>pero no es</sup> siempre constituyen violencias morales por la intimidación que producen.

373. A semejanza de lo que explicamos en el delito de robo (véanse antes núms. 263 y 264), por violencia física en la ocupación del inmueble debe entenderse aquella fuerza material que se hace a una persona para posesionarse de los bienes, y por violencia moral, los amagos o amenazas de un mal grave presente e inmediato hechos a una persona para intimidarla. A estos casos se limitaba el delito en las antiguas legislaciones, comprendiendo el legislador que son los que necesitan protección penal, pues para las demás formas de ocupación basta la tutela ordinaria reivindicatoria del Derecho privado.

374. Por furtividad en la ocupación se entiende la maniobra oculta, clandestina, del agente que se traduce en la toma de posesión del inmueble sin conocimiento de sus custodios o de sus anteriores poseedores materiales. La ocupación engañosa sería aquella lograda mediante el empleo de falacias o mentiras que induzcan a error y que den por resultado la entrega pacífica del inmueble.

La innovación realizada por nuestro moderno Derecho —incluyendo entre las formas de comisión del despojo la furtividad o el engaño—, no obedece a una verdadera necesidad jurídica. Para Groizard,<sup>165</sup> tales actos “no reúnen las condiciones para que exista un interés público en que sean elevados a la categoría de delitos. Por mero fraude o astucia podría una persona ocupar una cosa inmueble; pero mantenerse en esa ocupación no parece posible sin una resistencia material contra el dueño, que determina una violencia o intimidación. Fácil es lograr con engaño alejar al propietario o su representante de una finca y ocuparla en su ausencia; pero no se comprende bien que el invasor permanezca en ella e impida al despojado ejercer sus derechos sin emplear contra él violencia o intimidación”. Por lo demás, basta en estos casos el amparo que proveen las leyes civiles, mediante los expedidos trámites de los interdictos, para una adecuada y eficaz protección de la propiedad contra el despojado.

375. *Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos: ... Al que de propia autoridad*

<sup>165</sup> El Código Penal de 1780. Ob. cit., tomo VI, pág. 414.

*y haciendo uso de los medios indicados en la fracción anterior, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permita por hallarse en poder de otra persona, o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante...* (frac. II del art. 395 reformado del Código Penal).

Siendo en esencia jurídica el despojo de cosas inmuebles o de aguas un delito contra la posesión de esos bienes, en la fracción II del artículo 395 del Código Penal se prevé el delito que comete el dueño que ocupa el inmueble cuando tiene disminuidos obligatoriamente sus derechos de completo dominio por encontrarse el bien en posesión material de otra persona, como en los casos de: depositaria del inmueble por secuestro, usufructo, obligaciones contractuales, etc. En otras palabras el delito existe cuando el dueño ha cedido la posesión convencionalmente a un tercero o cuando, por disposición de la ley, ha debido hacerlo.

*376. Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos: ... Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas* (frac. III del art. 395 reformado).

Las aguas a que indudablemente se refiere la fracción son aquellas que forman parte de un inmueble tales, como las de arroyos, cauces, canales, presas, depósitos, aguajes, etc., destinados al servicio del mismo. En cambio, el apoderamiento indebido de aguas entubadas no pertenecientes a un inmueble y proporcionadas por el municipio o por terceras personas a los consumidores mediante pago, sea a precio fijo o conforme a medidor, no constituirá despojo, sino el delito que se equipara al robo previsto en la fracción II del art. 368 del Código Penal, por tratarse de aprovechamiento de un fluido ejecutado sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de él (véanse antes núms. 285 y sigs.).

*377. La pena (del despojo) será aplicable aún cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada sea dudosa o esté en disputa. Cuando el despojo se realice por grupo o grupos, que en conjunto sean mayores de cinco personas, además de la pena señalada en este artículo, se aplicará a los autores intelectuales, y a quienes dirijan la invasión, de uno a seis años de prisión* (párrafo final del art. 395 reformado del Código Penal). Hemos dicho que el despojo, más que un delito contra la propiedad, es un atentado violatorio de la posesión; por eso se admite también como delito la usurpación de inmuebles aun en el caso

de que el despojador tenga derechos dudosos o litigiosos respecto del inmueble. Groizard<sup>100</sup> manifiesta que cuando la ocupación tiene como fin realizar un pretendido derecho, "el delito pierde su naturaleza de acto contra la propiedad para revestir el carácter de un delito social, que debería ser reprimido entre las violaciones de los derechos inherentes al ejercicio de la justicia o al poder público, pues no puede concebirse en un Estado bien organizado que nadie se tome la justicia por su mano. El Código de Chile castiga, sin embargo, como delito de usurpación aunque con pena disminuida, al dueño de una cosa inmueble que la ocupa con violencia contra el que ilegítimamente la posee con derecho aparente".

La realización del delito por grupo o grupos que en conjunto sean mayores de cinco personas, trae como consecuencia una agravación de la penalidad para los autores intelectuales y para quienes dirijan la invasión; probablemente la reforma al Código Penal en el año de 1945, fue en atención a los mayores riesgos que provocan estos últimos con la invasión del inmueble.

377 a) Ante la proliferación de liderzuelos que en forma maliciosa han empleado las conocidas maniobras de posesionarse en forma furtiva y contumaz de inmuebles ya sean urbanos o rústicos, fabricando de la noche a la mañana, barracas de cartón y madera, empleando a grupos pseudo menesterosos a quienes inducen para despojar a los legítimos propietarios.

Ante la peligrosidad de estos autores intelectuales del delito, que no sólo se conforman con el despojo, sino que además, obligan a los posesionarios a cubrir cuotas, venden a incautos lotes de terrenos que de antemano saben que no les pertenecen, aprovechándose de la ignorancia y necesidad de éstos, el legislador ha adicionado a la fracción III un párrafo más que dice: *... A quienes se dediquen en forma reiterada a promover el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal se le aplicará una sanción de dos a nueve años de prisión. Se considera que se dedican a promover el despojo de inmuebles urbanos en forma reiterada, quienes hayan sido anteriormente condenados por esta forma de participación en el despojo, o bien, se les hubiere decretado en más de dos ocasiones auto de formal prisión por este mismo delito, salvo cuando en el proceso correspondiente se hubiese resuelto el desvanecimiento de datos, el sobreseimiento o la absolución del inculpaado.*

378. *A las penas que señala el artículo anterior (despojo), se acumulará la que corresponda por la violencia o la amenaza (art. 396 del Código Penal).*

<sup>100</sup> El Código Penal 1870. Ob. cit., tomo VI, pág. 415.



## CAPÍTULO XXIV

### DAÑO EN PROPIEDAD AJENA

(ARTS. 397, 398, 399 Y 399 BIS DEL C. P.)

#### TEMARIO

379. Noción general del delito de daño.—380. El daño como delito de simple injuria patrimonial.—381. Su diferencia con otros delitos patrimoniales.—382. Antecedentes y sistemas legales.—383. Legislación vigente: daños genérico y calificado.—384. Delito genérico de daño; sus condiciones jurídicas.—385. Delito de daño calificado; sus condiciones.—386. Modos de ejecución.—387. El incendio.—388. La inundación.—389. La explosión.—390. Observaciones comunes a estos estragos.—391. Daños o peligros del delito calificado.—391 bis. Sabotaje y terrorismo.

379. El delito de daño, examinado en sus características de conjunto, consiste en la destrucción o en la inhabilitación totales o parciales de cosas corporales ajenas o propias con perjuicio o peligro de otro. Creemos que la nominación adecuada al tipo debe ser la de *delito de daño en las cosas* y no la de *daño en propiedad ajena* usada en nuestros textos legales, porque en la infracción se comprenden algunas destrucciones de bienes propios. Envuelve la figura diversos casos: el incendio, la inundación o la explosión con perjuicio de edificaciones, terrenos, cultivos, bosques, la destrucción de títulos o documentos, la fractura, horadación o rompimiento de cosas, los daños a los animales y, en general, cualquiera suerte de ofensas materiales a las cosas muebles o inmuebles.

380. Al daño lo hemos clasificado, salvo casos complejos o especiales, como un delito de simple injuria patrimonial (véase antes núm. 195), porque su único efecto inmediato es la lesión al ofendido, quien por el atentado ve disminuidos los valores que le proporcionan sus bienes económicos, sin que la acción de dañar cause al infractor ningún beneficio directo. Al hacer la anterior clasificación otorgamos a la palabra injuria su significado romano de cualquiera ofensa a los derechos ajenos.

Al agente dañador no lo mueve el lucro sino variados propósitos de venganza, de odio o de simple malevolencia. Ciertamente que por excepción se pueden citar casos en que el daño es apenas un medio o vehículo para realizar finalidades posteriores de codicia, como: cuando un comerciante para evitarse la competencia de un rival le destruye su establecimiento; o cuando se introduce ganado en plantíos o prados ajenos para beneficiarse con el ahorro de la pastura; o cuando el asegurado incendia voluntariamente sus cosas para defraudar al asegurador, etc. En todos estos ejemplos el resultado inmediato es el menoscabo físico, circunstancia que permite clasificar el delito como de simple injuria al patrimonio, ya que el beneficio que pretende el infractor es mediato, teleológico, indirecto, remoto. El delito se consuma con la acción de dañar; el posterior cumplimiento de los objetivos de la codicia no constituye sino el agotamiento del proceso subjetivo.

381. Precisamente la línea divisoria que permite distinguir el daño de otros delitos patrimoniales —robo, abuso de confianza, fraude y despojo—, a los que hemos llamado delitos de enriquecimiento indebido, es la ausencia del lucro directo. Todos los delitos contra las personas en su patrimonio atacan y disminuyen los valores económicos de la víctima por la injusta merma de su activo patrimonial; pero los de enriquecimiento indebido, aparte el perjuicio, proporcionan a sus autores o a las personas a quienes éstos desean favorecer una utilidad más o menos permanente o reparable debido al ilícito adueñamiento o apropiación de las cosas que no les pertenecen. El dañador, ni para sí ni para otro, se hace de lo ajeno; su acción alcanza al simple atentado en la cosa (véanse antes núms. 195 y 196).

382. El Derecho romano concedió especialísima protección penal a la propiedad inmueble y a los productos rurales contra los daños que podían inferírsele por el incendio y otros estragos. La reglamentación más amplia fue contenida en la *Lex Aquilia*, cuyas disposiciones pasaron al Digesto (Ley IX, tít. II); en dicha ley se castigaba el daño inferido a otro, como la muerte de un esclavo o algún animal de su propiedad, con exclusión de los feroces; igualmente se castigaba toda injuria a las cosas, ya fuera destruyéndolas, quemándolas o rompiéndolas, como el incendio de bosques o edificios, la destrucción de colmenas, la alteración de vinos, la inutilización de vestidos, la mezcla de trigo u otros granos con materias de separación difícil, etc., etc.

La legislación española siempre proporcionó amplia tutela a las propiedades rústicas y urbanas contra el daño en sus variadas manifestaciones. El Libro VII del Fuero Juzgo contiene títulos especiales para:

*los danos de los arboles e de los huertos e de las mieses e de las otras cosas; el danno que faze el ganado e de las otras animalias; los puercos que pascen e de las animalias que andan erradas; y las abejas y del danno que facen.* La Partida Setena define en general al daño como el empeoramiento o menoscabo o destruymento que ome rescibe en si mesmo o en sus cosas por culpa de otro; puede verse que esta descripción del delito comprendía como daños, aparte los patrimoniales, los en la salud de las personas causados por culpa. La misma Partida Setena (Ley I, tít. XV), especifica: *Los daños son de tres maneras: la primera es quando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan o por otro mal quel fazen: la segunda quando se mengua por razón del daño que fazen en ella: la tercera es quando por el daño se pierde o se destruye la cosa del todo.*

Las modernas legislaciones, bajo diversos nombres y siguiendo por lo general un sistema de laboriosa casuística, prevén los distintos casos de destrucciones o deterioros a la propiedad mueble o inmueble. Así, nuestro Código de 1871, en sendos capítulos trata: de la destrucción o deterioro causado en propiedad ajena por incendio; de la destrucción o deterioro causado por inundación, y de la destrucción, deterioro y daño causados en propiedad ajena por otros medios. El mismo Código multiplica para cada uno de esos delitos las reglas especiales (véanse arts. 457 al 500 del Código Penal de 1871).

383. La legislación vigente, bajo el nombre de *daño en propiedad ajena*, en los artículos 397, 398, 399 y 399 bis, contiene la reglamentación del delito en la que se ha suprimido la casuística minuciosa de las anteriores legislaciones. Las reglas previstas en el Código Penal las podemos dividir en dos grupos: I El delito genérico de daño, en el que la destrucción o el deterioro se causan por cualquier medio; y II. El delito específico de daño, cualificado por el peligro que acarrea a las personas o por la importancia mayor de los bienes perjudicados.

384. I. EL DELITO GENÉRICO DE DAÑO.—*Quando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple* (art. 399 del Código Penal).

Las condiciones de la regla genérica son: a) un hecho material de daño, destrucción o deterioro; b) que el perjuicio recaiga en cosa ajena o en cosa propia con perjuicio de tercero; y c) cualquier medio de ejecución.

a) Por la acción de destruir se entiende deshacer o arruinar una cosa material en forma tan completa que ésta se desintegre y se im-

sibilite para el uso, por ejemplo: el incendio de bienes, la rotura de documentos que hace imposible su recomposición, etc. Deteriorar la cosa es estropearla o menoscabarla sin que el acto lleve a su total destrucción, como la fractura de un vehículo o mueble cualquiera. Además, en la ley se menciona la acción de dañar, por la que debe entenderse, excluidos los actos de destruir o deteriorar ya explicados, la inhabilitación de la cosa para el uso a que está destinada o que es propio de su naturaleza, como acontece cuando se mezcla el vino o la leche con otros líquidos inseparables fácilmente, o cuando se abre la compuerta de un gas aislado y éste se expande por el aire, etc. Dada la enumeración legal de los distintos perjuicios constitutivos del delito, decimos que el elemento externo de la infracción consiste en la destrucción o en la inhabilitación totales o parciales de las cosas corporales.

b) La cosa en que recae el daño puede ser ajena o propia del agente siempre que en este último caso resulte perjuicio a tercero. Por cosa ajena se entiende aquella que no pertenece en propiedad al dañador. El Código, en el delito genérico, limita el daño en las cosas propias a aquellos abusos del propietario que repercuten en contra de derechos de tercero, como en los casos en que el dueño destruye bienes acerca de los cuales ha consentido o debido consentir, convencional o legalmente, intervención jurídica de otros; por ejemplo: la destrucción del bien por el arrendador con violación de los derechos de uso y disfrute del arrendatario; la destrucción de un fundo propio con daño de las servidumbres pasivas establecidas.

c) Las acciones de dañar, destruir o deteriorar las cosas pueden realizarse por cualquier medio de ejecución, sea éste químico —empleo de corrosivos— o físico —rotura de bienes o mezcla perjudicial de los mismos.

385. II. EL DELITO DE DAÑO CUALIFICADO.—*Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de: I. Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; II. Ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales; III. Archivos públicos o notariales; IV. Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos; y V. Montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género (art. 397 del Código Penal).*

En este caso especial, con penalidad agravada, la cualificación se condiciona a la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) los modos de comisión deben ser incendio, inundación o explosión; y

b) estos siniestros deben causar daño o poner en peligro a ciertos bienes con riesgo de alguna persona (frac. I y II), o a ciertos bienes enumerados en la ley por ser valiosos a la colectividad (fracs. III, IV y V).

386. a) *Modos de ejecución.*—Se mencionan como modos de comisión del daño cualificado al *incendio*, la *explosión* y la *inundación*, porque son procedimientos cuyas consecuencias, incontrolables por el mismo agente que los utiliza, pueden originar grandes estragos, catástrofes y desolación. Son inicuos modos originadores de perjuicios a múltiples derechos; sus efectos no se reducen al daño en las propiedades públicas y privadas, sino que entrañan intenso peligro para la seguridad de las personas.

387. Es difícil intentar la definición de incendio. Los antiguos juristas entendían que era el daño proveniente del fuego, *damnum igne datum*. Carrara<sup>167</sup> critica esta noción porque en su concepto comprende más y menos de lo que se pretende definir. Comprende más, porque abraza la simple combustión que no es incendio, por ejemplo, el daño producido por el que, con intención dolosa o por negligencia, quema con un cigarro o un carbón encendido, sin levantar llamas, la tela de un rico vestido o el lienzo de un cuadro de mérito. Comprende menos, porque concreta incendio al daño *producido* y no al *potencial*.

Kock,<sup>168</sup> salvando los anteriores escollos, desde un punto de vista esencialmente jurídico e independientemente de las consecuencias finales, proporciona el siguiente concepto: *Incendium est delictum quo ignis periculosos excitatur*. Carrara<sup>169</sup> agrega que el fuego debe ser ocasionado por la mano del hombre.

En nuestro Derecho, como el incendio no es sino un modo de ejecución del delito, debe ser interpretado desde el punto de vista de la acción ejecutada por el dañador, o sea como la acción de incendiar, que no es sino la circunstancia de prender fuego a una cosa con daño o simple peligro de las propiedades o personas en la forma enumerada en las distintas fracciones del artículo 397.

388. La inundación es la invasión de las propiedades por el agua con daño o peligro de aquéllas o de las personas que en ellas se encuentren. Ejemplos de inundación los podemos encontrar en la rotura de diques, presas o bordes, taponamiento de válvulas de escape, desvío de corrientes fluviales, etc., todos ellos procedimientos para lograr la invasión del agua.

<sup>167</sup> *Programma. Ob. cit.*, tomo VI de la *Parte Speciale*, párrafo 3049.

<sup>168</sup> Citado por Carrara, *Programma. Tomo VI, de la Parte Speciale*, párrafo 3053.

<sup>169</sup> *Programma. Ob. cit.*, tomo VI de la *Parte Speciale*, nota al párrafo 3053.

389. La explosión es la acción de reventar un cuerpo continente por la expansión o dilatación del cuerpo contenido, generalmente productor de gases. La moderna industria de los explosivos, que ha creado algunos fáciles de manejar y de grandes consecuencias destructoras, da importancia creciente a esta forma de atentado por medio del cual se amenazan edificios, construcciones públicas, talleres, vías de comunicación y aun a las personas. La explosión de minas, bombas o máquinas llamadas infernales, como manifestaciones de terrorismo, constituyen los ejemplos más frecuentes. No debe confundirse este delito con los disparos de arma de fuego, porque si bien éstos literalmente son explosiones, se encuentran tipificados concretamente en el artículo 306 del Código Penal para el caso en que el disparo se haga contra alguna persona (véase núm. 49 de la Primera Parte).

390. Como observación común a las formas de incendio, inundación y explosión, se debe hacer notar que las mismas —peligrosas siempre para las propiedades y las personas—, pueden ser cometidas por el agente con propósitos muy variados no siempre patrimoniales. Algún comentarista afirma que si por regla general la causa de estos estragos es la venganza o el odio, por excepción puede ser también la codicia, el propósito de facilitar la consumación de un robo, de un rapto, de un homicidio, de inferir una ofensa al sentimiento religioso, de privar al país de un instituto o establecimiento importante, a un ejército de un almacén de provisiones o a una nación de medios de defensa, siendo inmensa la escala de maldades que por estos delitos se pueden perpetrar. Así, pues, resulta que esos agentes poderosos destructores pueden ser apenas medios o vehículos para la realización de diversos delitos: daños en las propiedades, homicidios, robos, rebeliones, etc., por lo que resultan muy difíciles en su correcta clasificación doctrinaria. Nuestro Código los cataloga entre los delitos contra las personas en su patrimonio porque el daño a las cosas es el efecto más inmediato. Otras legislaciones, como la italiana, les reservan título especial entre los delitos contra el orden público.

391. *Daños o peligros del delito cualificado.*—Las hipótesis comprendidas en las cinco fracciones del artículo 397 del Código Penal que comentamos, las podemos reducir a dos categorías: 1. Que por los estragos de incendio, inundación o explosión se cause daño o peligro ciertos bienes con riesgo de las personas; y 2. Que esos mismos estragos causen daño o hagan peligrar ciertos bienes enumerados en la ley por su valor colectivo.

1. Dentro del primer grupo, en las fracciones I y II del artículo 397, se mencionan el daño o peligro de un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona, o de ropas, muebles u objetos en forma que puedan causar graves daños personales. Para la integración del caso poco interesa que los procedimientos de incendio, inundación o explosión no lleguen a consumar el perjuicio; la tutela de la ley se establece preventivamente a efecto de evitar su consumación. Tampoco interesa que el agente, al ocasionar el siniestro, no haya tenido intención manifiesta de causar daños directos a las personas; aquí se sanciona la eventualidad previsible del riesgo.

2. Dentro del segundo grupo, las fracciones III, IV y V del mismo artículo mencionan el daño o peligro de: archivos públicos o notariales; bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos; y montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género. En esta enumeración se toma en cuenta la naturaleza de las cosas afectadas por el estrago, por ser ellas de evidente interés colectivo.

391 bis. De acuerdo con el decreto del 27 de julio de 1970 (*Diario Oficial* del 29 de julio de 1970), en el delito llamado de sabotaje se previó pena de *dos a veinte años de prisión y multa de mil a cincuenta mil pesos, al que dañe, destruya o ilícitamente entorpezca vías de comunicación, servicios públicos, funciones de las dependencias del Estado, organismos públicos descentralizados, empresas de participación estatal o sus instalaciones; plantas siderúrgicas, eléctricas o de las industrias básicas; centros de producción o distribución de artículos de consumo necesario, de armas, municiones o implementos bélicos, con el fin de trastornar la vida económica del país o afectar su capacidad de defensa.* (Primera parte del art. 140 del Código Penal.)

Además en el delito de terrorismo el mismo decreto en su artículo 139 señaló *pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado o presionar a la autoridad para que tome una determinación. Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y su identidad, no lo haga saber a las autoridades* (art. 139 del Código Penal).

Por lo que se refiere al primer delito mencionado, Franco Sodi<sup>169 bis</sup> decía: "El sabotaje rebasa el bien jurídico protegido por los diversos delitos de daño y de ataques a las vías generales de comunicación, ya que en éstos el propósito es únicamente destruir el bien mueble o inmueble o la vía de que se trate, mientras que en el sabotaje esa destrucción no agota la intención que encuentra en el daño ocasionado sólo un medio de realización de su propio objetivo... Conforme al Código Penal, atento su art. 13, puede cometer sabotaje cualquiera que pretenda impedir o disminuir el normal rendimiento de la producción o cuyos actos u omisiones redunden en impedimento, daño o perjuicio en la vida económica o en la capacidad bélica de un país... la actividad sabotadora debe encaminarse a lesionar la seguridad interna de la Nación". En el caso del terrorismo igualmente se sancionan con penas mayores, entre otros, los daños causados destinados a producir, como el nombre del delito lo indica, terror, alarma o temor más o menos generalizados en la población, con el objeto de perturbar la paz pública o menoscabar la autoridad del Estado, o presionarla para que tome alguna determinación.

391 bis a).—Por decreto del 16 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre del mismo año, se reformó el último párrafo del artículo 399 bis para establecer: *Se perseguirán por querrela, los delitos previstos en los artículos 380 y 382 a 399, salvo el artículo 390 y los casos a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo 395.*

Al modificarse este numeral estableciendo la querrela para la persecución de los delitos de abuso de confianza en cualquiera de sus modalidades (art. 382) "robo de uso" (art. 380), el fraude en sus distintas modalidades (386, 387, 388, 389 y 389 bis), las fracciones I, II y III del artículo 395 únicamente por lo que se refiere al despojo de inmuebles y aguas. Esta reforma no contempla el dispositivo 395 cuando el delito de despojo es cometido por más de cinco personas o es cometido en forma reiterada; los artículos 397, 398 y 399 que se refieren al delito de daño en propiedad ajena en cualquiera de sus modalidades, los que se perseguirán de oficio.

---

<sup>169 bis</sup> Criminalia. México, Diciembre 1960. *Historia, Anatomía y Diagnóstico de un Delito*, pág. 1043.



**TERCERA PARTE**  
**DELITOS SEXUALES**

## CAPÍTULO XXV

### DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL HOSTIGAMIENTO SEXUAL, ABUSO SEXUAL, ESTUPRO Y VIOLACIÓN

#### TEMARIO.

392. Características doctrinarias de los delitos sexuales en general.—393. a) La actividad corporal lúbrica como acción típica.—394. b) Daños o peligros a la vida sexual del ofendido; la libertad o la seguridad sexuales como bienes jurídicos objeto de la tutela penal.—395. Denominaciones empleadas para los delitos sexuales por las legislaciones de otros países.—396. Los "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres", en el Código Penal de 1871; crítica.—397. Mejor ordenación en el Código Penal de 1929; los "Delitos contra la moral pública", los "Delitos contra la libertad sexual" y los "Delitos cometidos contra la familia", en ese Código; crítica en cuanto a la denominación de los segundos.—398. Distribución en el Código Penal de 1931 vigente; los "Delitos contra la moral pública", los "Delitos sexuales" y los "Delitos contra el estado civil y bigamia", en este Ordenamiento.—399. Estudio comparativo general de Emilio Pardo Aspe entre los delitos contra la moral pública y los sexuales.—400. Enumeración de los delitos que el Código Penal vigente clasifica genéricamente como sexuales.—401. El atentado al pudor, el estupro y la violación como delitos sexuales propiamente dichos.—402. El rapto como delito sexual por analogía y por posible antecedente de un atentado sexual.—403. Crítica en lo que concierne a la clasificación legal del incesto y del adulterio entre los delitos sexuales propiamente dichos.—404. Noción doctrinaria general de los delitos sexuales.—405. Distinción entre los delitos sexuales y aquellos que acusan simple fondo sexual.—406. Variantes en la evolución histórica del Derecho Penal.—407. El paganismo y los delitos sexuales.—408. Influencia de la doctrina ascética cristiana en las legislaciones seculares; confusión del pecado de lujuria con el delito sexual.—409. Reacción contra la intromisión de la ley penal en el dominio de la moral individual; corriente de las legislaciones sajonas y corriente de las legislaciones latinas.—410. Necesidad de distinguir los campos de la moral individual y del Derecho Penal.—411. Opinión del autor acerca de las relaciones entre moral y derecho; urgencia de exigir la presencia de finalidades éticas en la tarea legislativa de redacción de los tipos y en la imposición de las penas.—412. Intensificación contemporánea de los estudios relativos a la vida sexual.—413. La endocrinología; su importancia; peligro de la interpretación unilateral de la conducta a través de la endocrinología.—414. Importancia del estudio de las glándulas sexuales dentro de la endocrinología; su doble funcionamiento: incretor y excretor.—415. El psicoanálisis; su importancia y crítica.—416. Correcto aprovechamiento de la endocrinología y el psico-

análisis en los estudios criminológicos.—417. Autonomía del Derecho Penal ante esas disciplinas; necesidad de no confundir los delitos sexuales con las anomalías o enfermedades sexuales.—418. La anafrodisia; su irrelevancia para el Derecho Penal.—419. La satiriasis; su importancia criminológica.—420. Las perturbaciones cualitativas del instinto sexual.—421. El onanismo; su irrelevancia.—422. El exhibicionismo lúbrico y los ultrajes a la moral pública.—423. Fetichismo y bestialidad.—424. El homosexualismo; diferentes soluciones legales.—425. La voluptuosidad por el dolor.—426. El sadismo; su interpretación criminológica.—427. El masoquismo; su interpretación.—428. Necromanía; profanación de cadáveres.—429. La prostitución; sus problemas penales.—430. Medidas de seguridad para delinquentes sexuales enajenados.—431. Medidas de simple esterilización y castración.—432. Resolución del XI Congreso Penal y Penitenciario.—433. La simple esterilización.—434. La castración.

392. Para el correcto entendimiento y la ulterior interpretación exegética de los tipos de delitos sexuales en especie, nos parece necesario inicialmente, desde un punto de vista puramente doctrinario, fijar su concepto general derivado de la observación de sus características constantes y esenciales. En nuestra opinión, para poder denominar con propiedad como *sexual* a un delito, se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares: a) que la *acción típica* del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de *naturaleza sexual*; y b) que los *bienes jurídicos* dañados o afectados por esa acción sean relativos a la *vida sexual* del ofendido. En efecto:

393. a) Cuando decimos que para llamar en doctrina como sexual un delito se requiere, en primer lugar, que su acción típica sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual, queremos expresar que no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos más o menos definidos en la conciencia del actor o sumergidos en su subconsciente, sino que es menester además que la conducta positiva del delincuente se manifieste en *actividades lúbricas somáticas* ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hacen ejecutar. Estas acciones *erótico-sexuales* —para emplear la redundante fórmula tan grata al legislador mexicano— pueden consistir: en simples caricias o tocamientos libidinosos, como en el delito de atentados al pudor (véase adelante núm. 446), o en las distintas formas del ayuntamiento sexual que sean *normales*, como en el delito de estupro (véase adelante núm. 479), o indistintamente *normales o contra natura*, como en el delito de violación (véase adelante núm. 507).

394. b) Se requiere, además, que la acción corporal de lubricidad típica del delito, al ser ejecutada físicamente, produzca de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal, atañedores a la propia vida sexual de la víctima. Los bienes jurídicos así susceptibles de lesión por la conducta delincuencia, pueden ser, según las diversas figuras de delito, relativos a la *libertad sexual* o a la *seguridad sexual* del paciente. Así, en la violación, la cópula no consentida e impuesta por la fuerza física o moral constituye evidente ataque contra la libre determinación de la conducta erótica del ofendido, concretamente contra su *libertad sexual*, y lo mismo acontece en aquella forma del atentado al pudor realizado en púberes, puesto que ha de ser sin su consentimiento. En cambio, en el estupro, la cópula realizada en mujeres apenas núbiles por su corta edad, con su consentimiento, pero por procedimientos engañosos o de seducción, lo que realmente tutela el legislador —por interés individual y colectivo— no es la libertad sino la *seguridad sexual* de las inexpertas jóvenes contra actos carnales facilitadores de su prematura corrupción de costumbres; igual situación se observa en aquella forma del atentado al pudor realizado en impúberes, pues el delito existe aun cuando éstos proporcionen consentimiento al acto. Refiriéndose al objeto de la tutela penal en los delitos de libidine, Manzini<sup>170</sup> expresa que consiste en “el interés social de asegurar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se refiere a la *inviolabilidad carnal* de la persona contra las manifestaciones violentas o de cualquiera otra manera abusivas o corruptoras de la libidine de otra”.

395. Dentro del Derecho comparado, las legislaciones de diversos países han empleado distintas denominaciones y clasificaciones para comprender los delitos que en algo afectan la honestidad sexual. El Código francés los denomina “atentados contra las costumbres”; el italiano, “delitos contra la moral pública y las buenas costumbres”; el alemán, “crímenes y delitos contra la moralidad”; el belga, “contra el orden de las familias y la moralidad pública”; el danés, “atentado contra las buenas costumbres”; algunos Códigos norteamericanos, como los de Nueva York y California, hablan de delitos contra “la decencia y la moral públicas”; el vigente Código del Perú, “delitos contra las buenas costumbres”; el de Venezuela y el uruguayo, “contra las buenas costumbres y el orden de la familia”; el español, “delitos contra

<sup>170</sup> *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*. 2ª ed. Fratelli Bocca, Torino, 1923, pág. 384.

la honestidad", título que, según Cuello Calón,<sup>171</sup> se emplea como equivalente a *moralidad sexual*.

396. El Código Penal mexicano de 1871, en el título VI de su libro III, bajo el epígrafe común de *Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres*, incluía en capítulos distintos las siguientes infracciones: I. Delitos contra el estado civil de las personas (suposición, supresión, sustitución, ocultación y robo de infantes, así como cualquier otro hecho contra el estado civil de las personas); II. Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres (exposición, venta o distribución de objetos obscenos y ejecución pública de acciones impúdicas); III. Atentados al pudor, estupro y violación; IV. Corrupción de menores; V. Rapto; VI. Adulterio; VII. Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales; y VIII. Provocación a un delito y apología de éste o de algún vicio. Puede observarse que a estos delitos corresponden formas muy variadas de acciones típicas y también muy heterogéneas especies de bienes jurídicos objeto de la tutela penal, pues algunos conciernen a la honestidad o moralidad públicas, otros a la libertad o seguridad sexuales, otros son protectores de las formalidades matrimoniales o del carácter monogámico del matrimonio y, por último, algunos atañen a la prevención general de cualquier especie de delitos o vicios.

397. El Código Penal de 1929, en títulos separados, distinguió: a) *Los delitos contra la moral pública* (ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio); b) *Los delitos contra la libertad sexual* (atentados al pudor, estupro, violación, rapto, incesto), y c) *Los delitos cometidos contra la familia* (delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia u otros matrimonios ilegales). (Títulos VIII, XIII y XIV del libro III del Código Penal de 1929.) En general, esta distribución acusa mejor técnica, salvo que indebidamente se empleó para el título XIII la denominación de "Delitos contra la libertad sexual", ya que el atentado al pudor y el rapto en sus formas consensuales de comisión, el estupro y el incesto, no constituyen atentados contra la libertad sexual, pues más bien ofenden la seguridad sexual los tres primeros, y el buen orden familiar el último de los mencionados. En cambio, fue plausible la clasificación del adulterio dentro de los delitos contra la familia.

<sup>171</sup> *Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1936. Tomo II. Parte especial, pág. 479 y nota 2ª de la pág. 480.

398. La moderna legislación mexicana, contenida en el Código Penal de 1931, no siempre con acierto, distribuyó los delitos bajo los siguientes títulos: a) *Delitos contra la moral pública* (ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio); b) *Delitos sexuales* (atentados al pudor, estupro, violación, rapto, incesto y adulterio); y c) *Delitos contra el estado civil y bigamia* (títulos VIII, XV y XVI del Código Penal de 1931).

399. Emilio Pardo Aspe,<sup>172</sup> refiriéndose a la vigente distinción entre el título de *Delitos contra la moral pública* y el título de *Delitos sexuales*, dice:

"Las infracciones de esta doble categoría se agrupan, en los Códigos extranjeros, bajo un solo rubro. Nuestra ley, con mayor acierto, establece entre ellas una división bipartita: *Delitos contra la moral pública* y *Delitos sexuales*. En el Código Napoleón estos delitos se llaman, genéricamente, *Attentats aux mœurs*, es decir, *Atentados contra "las buenas costumbres"*. El título es adecuado, pero sólo parcialmente, porque no conviene con exactitud a todas las infracciones a que se aplica. Sin embargo, el Código danés, tan reciente y de técnica tan segura, conserva esa denominación. El Código italiano emplea el título: *Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres*; el alemán: *Crímenes y delitos contra "la moralidad"*. Adelante señalaremos la inadecuación de ambos rubros. En el Código español vigente se mantiene la denominación clásica: *Delitos contra la honestidad*, objetable principalmente por su pronunciado sabor canónico. La supervivencia de este título en un texto positivo favorece la confusión entre Derecho y Moral, entre delito y pecado. Semejante confusión debe evitarse con especial esmero en torno a este género de infracciones."

"La ley penal no se propone mantener incólumes las virtudes, como lo serían la castidad, la pureza, etc. Esos valores pertenecen a la esfera de la Religión y de la Moral. Hemos dicho en clase, con Manzini, que el Derecho Penal tiene por objeto mantener el *mínimo ético* indispensable para la buena convivencia social, y frente a él carecen de relevancia las acciones impúdicas o deshonestas, mientras no comprometan ni ataquen ni lesionen determinados órdenes sociales."

"El *objeto jurídico* de estos delitos, o sea el interés penalmente tutelado, tiene como titular *inmediato*, algunas veces, a la *sociedad*; en otras, *al hombre* directamente. Por esa razón elogiamos la división que

<sup>172</sup> *Apuntes del II Curso de Derecho Penal*, en la Escuela Libre de Derecho, año 1937-38.

nuestro legislador establece entre los *Delitos contra la moral pública*, cuyo sujeto pasivo es la *sociedad*, y los llamados *Delitos sexuales*, cuyo sujeto pasivo es siempre un individuo determinado, una *persona humana*."

"Aquellos (contra la moral pública) como especie de los delitos contra la honestidad, ante el Derecho español constituyen los *Delitos de escándalo público*, subtítulo más exacto que el rubro empleado en el Código alemán, en el italiano y en el nuestro. En efecto, el delito ataca siempre a la moral pública. No debe olvidarse aquel 'mínimo ético' a que nos hemos referido, cuya violación está necesariamente en la base de toda infracción penal, aun de las llamadas 'artificiales' (ejemplos: portación de armas prohibidas, contrabando, etc.), o 'de creación legal'. La exigencia moral *mínima* de la sociedad es que el hombre viva en el seno de ella sin delinquir. Luego todos los delitos son 'contra la moralidad', contra 'la moral pública', y no se justifica que la ley reserve ese título para los *de fondo sexual*. Así denomina González de la Vega a estas categorías."

"En el título VIII, *Delitos contra la moral pública*, se contienen cuatro tipos: 1. Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres (pudor, decencia colectivos); 2. Corrupción de menores; 3. Lenocinio (rufianería, proxenetismo); 4. Provocación a un delito y apología de éste o de algún vicio."

"El orden social que atacan estos delitos de *escándalo público* suele ser extraordinariamente complejo. Por el de *lenocinio* la salubridad pública, la dignidad humana, etc., resultan comprometidas o dañadas. a veces, más que 'las buenas costumbres' o la 'moral pública', a menudo ciega, indiferente o cómplice. Sólo remotamente es de fondo sexual este delito, cuyo móvil, según el presupuesto legal, es el lucro. Tampoco ofrece relevancia sexual la *apología de un delito o de algún vicio*, si éste o aquél no se relacionan a su vez con la sexualidad. Pero todas estas cuatro infracciones (menos pronunciadamente la segunda) poseen una característica común: pertenecen a la clase que Ihering denomina 'delitos contra las condiciones esenciales para la *existencia moral* de la sociedad'. El *sujeto pasivo* es, en efecto, *la sociedad*."

En cambio, agregamos, en los "delitos sexuales" el *hombre* (la persona humana) es el sujeto pasivo, porque en su cuerpo siempre recae directamente la acción erótica criminal.

400. Los delitos que el Código Penal vigente incluye en el título XV de su libro II, clasificándolos genéricamente como sexuales, ahora con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de enero de 1991 como Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, podemos enumerarlos como sigue:

I. Delito de hostigamiento sexual (art. 259 bis.);

II. Delito de atentados al pudor (púberes, cualquier persona o impúber; persona menor de doce años) (arts. 260 y 261, este último reformado por Decreto del 26 de diciembre de 1997);

III. Delito de estupro (art. 262);

IV. Delito de violación propiamente dicha (art. 265, reformado por Decreto del 26 de diciembre de 1997);

V. Delito que se equipara a la violación o violación impropia (art. 266, reformado por Decreto del 26 de diciembre de 1997);

VI. Delitos de raptó (violento o consensual) (art. 267, ahora derogado por Decreto del 22 de diciembre de 1990).

VII. Delito de incesto (entre ascendientes y descendientes o entre hermanos) (art. 272); y

VIII. Delito de adulterio (en el domicilio conyugal o con escándalo) (art. 273).

Asimismo, conforme al artículo tercero del decreto del 26 de diciembre de 1997, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* cuatro días después, en el Código Penal se incluye el delito de violencia familiar en el título XIX, capítulo Octavo, artículos 343 bis, 343 ter y 343 quáter.

401. Observando la naturaleza de las acciones características de cada uno de los delitos anteriormente enumerados y la naturaleza de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal, podemos concluir que el hostigamiento sexual, el atentado al pudor, el estupro y la violación, en puridad doctrinaria, están bien clasificados como sexuales, ya que en ellos la conducta del delincuente siempre consiste en actos corporales de lubricidad —caricias eróticas o ayuntamientos sexuales— que producen como resultado la lesión de la libertad o de la seguridad sexuales del sujeto pasivo.

402. Si el raptó, en cambio, consiste en la sustracción o en la retención de una mujer por medios violentos, falaces o seductivos, para la satisfacción de un deseo erótico o para casarse, tales características no corresponden, en rigor, a las peculiares a los delitos sexuales. En efecto, la acción típica consiste en el apoderamiento de la mujer, es decir, en la acción de tomarla y llevársela o de retenerla, la que en sí misma no implica una agotada realización sexual. Además, no siempre es necesario que la finalidad perseguida por el raptor sea erótica, puesto que la matrimonial no forzosamente la supone. Su inclusión en el título de los delitos sexuales en parte puede explicarse porque, con frecuencia, el raptó no es sino el antecedente de una violación o de un estupro (véase adelante núm. 540).

403. En el incesto —relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos—, aun cuando la acción típica es evidentemente sexual, el objeto de la tutela no lo es, pues no ofende, salvo ca-



sos verdaderamente excepcionales (incesto con menores o impuesto por la violencia), ni la libertad ni la seguridad sexuales; más bien es un delito contra el orden de las familias, concretamente contra el orden sexual exogámico regulador moral de la formación de dichas familias (véanse adelante núms. 558 y sigs.).

El delito de adulterio —ayuntamiento sexual entre persona casada y persona extraña a su vínculo matrimonial, efectuado en el domicilio conyugal o con escándalo— no obstante que la acción en que se consuma es erótica, constituye más bien infracción de extrema injuria contra el cónyuge inocente, por la afrentosa invasión de la residencia común o por la grave publicidad que entraña su realización escandalosa.

Por tanto, la discutible clasificación legal del incesto y del adulterio como delitos sexuales obedece exclusivamente a que los actos consumidores de los mismos son de naturaleza sexual.

404. En resumen de lo expuesto y en un sentido doctrinario derivado de las notas más esenciales que presentan los delitos sexuales dentro del Derecho comparado contemporáneo, podemos proponer como noción general de los mismos la siguiente: *Son aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o su seguridad sexuales*, siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal. La nota somática de la conducta en estas infracciones debe ser destacada con singular relieve. A los delitos que reúnen estas condiciones —atentados al pudor, estupro, violación— en la legislación mexicana se agregan: el rapto, porque con frecuencia termina en afrentas sexuales, y el incesto y el adulterio, porque sus acciones típicas son eróticas y afectan primordialmente el orden sexual de las familias.

En su Relación al Rey acerca del Código Penal italiano, Rocco indica que la “expresión *delitos sexuales* no es jurídica sino simplemente literaria, puesto que únicamente hace referencia al *móvil* o al *hecho material* y no indica el *derecho lesionado*”. Pensamos que cuando el Código Penal mexicano usó dicho título quiso expresar: *delitos contra la libertad o seguridad sexuales, o contra el orden sexual de las familias*; título que se ha reformado por decreto del 20 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de fecha 21 de enero de 1991, con el rubro de Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, como ya se citó, y cuya denominación nos parece más amplia y abarca los derechos lesionados.

405. Ante esta noción doctrinaria resulta imposible confundir los delitos sexuales propiamente dichos con los de simple *fondo sexual*, a los que así designamos porque en ellos pueden observarse antecedentes, conexiones, motivos o finalidades de lineamientos eróticos más o menos pronunciados. Así, por ejemplo, el aborto supone un *antecedente*

*te sexual* que consiste en el acto erótico originador de la preñez, la que se interrumpe criminalmente con la muerte del producto para evitar una maternidad no querida (véanse *supra*, núms. 138 y sigs.); el lenocinio, en sus formas de trata de mujeres, proxenetismo o celestinaje y rufianismo, es delito de simple *conexión con actos sexuales*, puesto que el lenón no actúa por sí mismo lúbricamente, limitando su conducta a lucrar con la vergonzosa intermediación en el comercio carnal de los demás; las lesiones y homicidio pueden cometerse por móviles o *motivos sexuales*, como en los dramas sanguinarios de los celos o de la sorpresa del adulterio (véanse *supra*, núms. 52 y sigs.); también estos delitos pueden realizarse con una *finalidad sexual* cuando se efectúan para satisfacer motivos depravados en que el sadista derramamiento de sangre es el modo o vehículo que encuentra el sujeto para lograr satisfacción libidinosa (véase *supra*, núm. 98); la profanación de cadáveres puede realizarse con *finalidad lúbrica* (necrofilia), etc., etc. En todas estas infracciones, no obstante su fondo erótico, no existe la acción típica carnal, o bien la lesión a intereses jurídicos relacionados con la vida sexual de los ofendidos, o una y otra características reunidas.

406. Pero el restricto criterio que para distinguir los delitos sexuales hemos dejado establecido, no siempre se observa en la evolución histórica del Derecho Penal. Examinaremos sus épocas más denotativas.

407. En términos de gran generalidad, las variadas culturas paganas, principalmente las de las ciudades griegas y de la Roma primitiva, guardaban una actitud de elegante indiferencia ante los problemas de la sexualidad desordenada. Si el paganismo es aquella fase de las creencias míticas en que el hombre politeísta proyecta en sus dioses y héroes semidivinos los incomprensidos fenómenos y fuerzas de la naturaleza que lo rodean amenazantes y también el misterio de sus personales pasiones, parece natural que las divinidades se comporten a imitación del hombre y tengan sus mismas inclinaciones y apetencias, aun las del delito. Así, en el Olimpo, el prepotente Zeus ama corporalmente y llega hasta realizar acciones vedadas, por ilícitas, a los simples mortales: disfrazado de toro, rapta; en forma de lluvia de oro, estupra; encarnado en cisne, viola; es, además, incestuoso y adúltero crónico. Afrodita y Eros simbolizan y prestan su nombre al amor carnal. La celebración de los misterios dionisiacos termina en frenética y promiscua orgía. Todavía buen número de perturbaciones libidinosas derivan sus designaciones de dioses, personajes o lugares paganos: narcisismo, anafrodisia, satiriasis, ninfomanía, uranismo o amor socrático, amor lésbico o sáfico, etc. Como repercusión de esa indiferencia, las legislaciones punitivas, en términos de generalidad, tenían que ser parcias en la expresión de delitos relativos a la licencia en las costumbres. Es cierto que, por ejemplo, en la lenta evolución del Derecho

Penal romano anterior al Cristianismo, según enseña Mommsen,<sup>173</sup> se llegaron a considerar como delitos la violación, el rapto, el incesto, el adulterio, el estupro, el lenocinio y la pederastia. Sin embargo, advertimos nosotros, la represión de estos hechos no se debía fundamentalmente a preocupaciones de pura moral sexual, sino a que entrañaban por coincidencia lesión a otros intereses estimados como muy valiosos; así, la violación y el rapto violento eran estimados como delitos de *coacción*, merecedores de pena extrema por el ultraje que representaban contra la *libertad individual*; el rapto voluntario, el adulterio de la mujer casada y el estupro se entendían como ofensas al pudor de la mujer, valorados como verdaderos *robos* contra el jefe de la familia, dado el criterio patrimonial que a ésta presidía; el incesto, además de las ideas religiosas condenadoras de su práctica, era sancionable como delito violador de los *impedimentos matrimoniales*, y la pederastia se reprimía de manera análoga al *robo de hombres*.

408. Al advenimiento del Cristianismo, con su alta doctrina ascética interdictora de toda concupiscencia sexual, los signos religiosos cambian: el ímpetu erótico de Zeus y la liviandad de Afrodita son sustituidos por la castidad de Cristo y por la inmaculada virginidad de la Madre de Dios, pura de todo contacto aun en la concepción. Se necesita la administración de sacramentos para redimir a los hombres de la ilicitud que entraña la fornicación: el bautismo lustra del pecado de origen, que es de incontinencia sexual, y el matrimonio es la única forma de licitud para las relaciones sexuales; además, a lo menos ortodoxamente, se impone a los sacerdotes celibato y castidad obligatorios. Las legislaciones seculares, incluidas por la suprema moral cristiana, incurrieron, sin embargo, en el error de confundir la noción de *pecado de lujuria* —acto de fornicación contrario a la ley de Dios— con la de *delito sexual*, asociando la misión ascética de la justicia divina con la misión política de la justicia de los hombres.

409. Con razón dice Garraud:<sup>174</sup> “Dos rasgos comunes caracterizan las disposiciones penales en esta materia: parece, en primer lugar, que las disposiciones de la ley penal han sido desprendidas de una obra teológica; los límites que separan el pecado y el delito no se perciben; lo que la ley castiga es la lujuria, es decir, toda conjunción sexual, toda costumbre carnal ilícita; en segundo lugar, se reprime ese pecado con

<sup>173</sup> *El Derecho Penal Romano*. Trad. esp. Madrid, sin fecha, tomo II.

<sup>174</sup> *Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français*, 3a ed. Recueil Sirey. París, 1924. Tomo V, párrafos 2064 y 2065.

una severidad extrema, hasta el grado de sancionar la relación erótica fuera del estado matrimonial con la pena capital. Es necesario leer sobre las diversas formas del crimen de lujuria, sobre la fornicación, el concubinato, el estupro, los matrimonios clandestinos, el rapto, la violación, el adulterio, el incesto, la poligamia y los crímenes sexuales contra natura, lo que escribieron acerca de cómo estaban en vigor en su tiempo, durante la segunda mitad del siglo XVIII, los dos criminalistas franceses más autorizados de esa época: Jousse y Muyart de Vouglans. Los germanos y los latinos siguieron, no obstante, desde este punto de vista ideas diferentes. Los primeros acordaron para el matrimonio una protección particular. Los segundos tuvieron una manera de ver más indulgente y, a pesar de la influencia del Cristianismo, no llegaron a considerar como punibles todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio; la simple fornicación no estaba marcada con pena alguna. Mas unos y otros castigaban los actos de libertinaje. Una reacción contra esta intromisión de la ley penal en el dominio de la moral individual se produjo, tanto en Alemania como en Francia, en la segunda mitad del siglo XVIII; pero no es sino hasta el siglo XIX cuando este movimiento ha podido triunfar y cuando se ha logrado que los Códigos modernos distingan más y más cada vez lo que pertenece al dominio de la ley moral y lo que pertenece al dominio de la ley social. Todavía en nuestros días las legislaciones de origen germánico conservan, desde el punto de vista de los delitos contra las costumbres, una tendencia a la vez más extensiva y más represiva que la de los Códigos que han tenido su origen en el francés."

Sobre este particular, y en el mismo sentido, Cuello Calón<sup>175</sup> anota que "mientras los países latinos en general han conseguido emanciparse por completo de la antigua concepción religiosa que confundía en el terreno sexual los ataques contra moral o la religión y el Derecho, por el contrario, numerosos Códigos y leyes, especialmente germanos y anglo-sajones, aún se muestran profundamente influidos por aquellas ideas, penando la *homosexualidad* (como hacen aún los Códigos alemán, noruego, los de numerosos cantones suizos, las legislaciones inglesas y norteamericanas, etc.) y la *bestialidad* (el Código Penal alemán, húngaro, noruego, la legislación inglesa, el Código de Canadá, Tasmania, varios cantones suizos, etc.). En algunos países aún se pena la *unión sexual extramatrimonial*, la *simple fornicación* (en los Códigos de los cantones suizos de San Galo, Lucerna, Graubünden, Obwalden, en los dos cantones de Appenzell) y el simple *concubinato* aun sin escándalo (Basilea, Lucerna, Schaffhausen, Graubünden, Obwal-

<sup>175</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, nota 4ª de la pág. 481.

den, Berna, Glarus) ". Naturalmente estas enumeraciones de Códigos de los cantones suizos, eran para los anteriores al actual Código de la Confederación Suiza. Pero en los años actuales, como una consecuencia de la mayor libertad en las costumbres sexuales y de la disminución de la censura social, se ha abierto paso una corriente más liberal en las legislaciones penales, no sólo latinas sino germánicas y anglosajonas, tendiente a no considerar ya como delitos los simples actos irregulares del instinto sexual.

En términos generales, Garraud <sup>176</sup> insiste: "La séparation del Derecho respecto de la moral y de la religión es uno de los rasgos característicos de las legislaciones del siglo XIX al compararlos con las legislaciones de siglos pasados. Es, sobre todo, a propósito de los actos contrarios a las buenas costumbres en donde el contraste es muy perceptible. Los Códigos modernos pasan indiferentes al lado de esos actos que, en principio, quedan bajo el dominio de la conciencia y no entran bajo la esfera de la ley penal sino cuando van acompañados de las siguientes circunstancias: 1º Cuando son cometidos públicamente y constituyen así ultrajes al pudor de todos; 2º Cuando son cometidos por medio de *violencia*; 3º Cuando son cometidos en personas que no pueden emitir un *consentimiento válido*; 4º Cuando constituyen violación de la *fe conyugal*; y 5º Cuando suponen *excitación al libertinaje o facilidades dadas a la prostitución*. Tal es el cuadro en el que se desenvuelven, en nuestros días, las legislaciones de los países civilizados."

410. Al comentar para la legislación española los delitos contra la honestidad, Cuello Calón <sup>177</sup> hace notar que no todos los actos que constituyen una violación de la moral sexual están reprimidos por el Código Penal. "El Derecho Penal tiene un campo menos vasto que el de la moral, y en esta esfera, peculiar de la vida sexual, no puede aspirar a imponer la observancia de todos los deberes proclamados por la ética sexual, sino tan sólo el de aquellos cuyo cumplimiento repunte necesario para la ordenada convivencia social. En el campo sexual no puede el Derecho Penal, ni es su misión, tender a la moralización del individuo, a apartarle del vicio de la sensualidad; su actuación se reduce a la represión de aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos individuales y colectivos poniendo en peligro la vida colectiva."

411. Aceptamos de modo pleno la necesidad de separar cuidadosamente la esfera de la moral y la del Derecho Penal; pero creemos que resultaría indebido construir un Derecho Penal positivo desprovisto de

<sup>176</sup> *Traité*, Tomo V, párrafo 2056.

<sup>177</sup> *Derecho Penal*, Tomo II, pág. 479.

todo contenido ético. Por nuestra parte,<sup>178</sup> en ocasión del discurso que pronunciamos en la recepción de Mariano Ruiz Funes como miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y refiriéndonos a las relaciones entre la moral y el Derecho, ya habíamos dicho:

No toda la moral debe estar amparada por el Derecho Penal; pero sí todo el Derecho Penal debe estar amparado por la moral. No se crea, sin embargo, que con esto negamos autonomía al Derecho Penal respecto de la moral. Tampoco implica nuestro aserto la consideración de que la legislación penal ha de trocarse en código de moral. Las esferas de la moral, como las del Derecho, no pueden confundirse. Mas esto no quiere decir tampoco que para el Derecho no exista la moral o que, para la moral, carezca de sentido la norma jurídica.

Siguiendo necesidades teoréticas, las tendencias contemporáneas de la filosofía jurídica han llegado a poner de relieve distinciones entre Derecho y moral. Por todos los juristas son conocidos los criterios de distinción, los cuales, por razones obvias, no hemos de exponer aquí. Tan sólo subrayamos el formalismo de los filósofos modernos al situar, en perspectivas de lejanía, lo moral y lo jurídico, y la preocupación que nos embarga ante las consecuencias de semejante pensamiento en la creación de los tipos de delitos y en la imposición de las penas. Ya se ha dicho que es concebible un Derecho mercantil sin contenido moral; así también podemos imaginar codificaciones sobre economía o contratos en donde la moral no tenga por qué ser tomada en cuenta. Pero no podemos concebir un Derecho Civil, en su parte relativa a las "personas", sin datos morales, o un Derecho político apartado de urgencias éticas. El problema se agudiza en el Derecho Penal. Tanto los delitos como las penas atañen no a accidentales motivos de la vida humana, sino a los ángulos más recónditos de su conducta. La sociedad exige protección a aquellas instituciones sin cuya función le es imposible vivir un minuto más. Los delitos, para tener sentido, han de ser expresión fiel de una defensa de lo esencial en las comunidades. Y en las penas, insistamos infatigablemente, es menester dibujar siempre la figura del hombre. La moral es parte sustancial del concepto *hombre*. No podríamos aludir a la vida humana sin destacar, en efecto, su conducta, la cual, indiscutiblemente, oscila entre el cumplimiento del deber y su negación.

Históricamente, las primeras normas conformadoras del humano proceder han sido morales. Con el desarrollo de las culturas han surgi-

<sup>178</sup> *Meditación actual sobre la pena*. Discurso de contestación de Francisco González de la Vega. Cuadernos "Criminología", núm. 11, México, 1912, págs. 41 y sigs. También en "Criminología", 1911, tomo VII, págs. 535 y sigs.

do las normas jurídicas. Pero éstas, en rigor de verdad, nunca se han podido alejar radicalmente de los estratos morales de la sociedad. Sólo lo han intentado en períodos de extremado formalismo retornando, más tarde, a las fuentes seculares. En el Derecho Penal, la moral ha desempeñado importante misión. Púedese afirmar que, en cuanto a la represión de los delitos, siempre se ha tendido a proteger aquellas instituciones u objetos sostenidos principalmente por los sentimientos morales de la sociedad. Y de manera central, en estados de madurez, como el alcanzado por la cultura occidental, el Derecho Penal puede ser estimado como un *mínimum del mínimum moral*, conforme lo afirmara Manzini. El Derecho debe siempre, según lo expresara Jellinek, ser un *mínimum ético* por ser su misión reglar la conducta humana (conducta moralizada). El Derecho Penal, como ninguno otro, dada su cercanía con problemas exclusivos de la conducta, debe respetar siempre las cualidades de la persona. Sólo un derecho deshumanizado, destinado no a hombres sino a seres avitales, puede mantenerse apartado absolutamente de la moral. Así pues, todo derecho, en tanto que destinado al hombre, debe respetar su característica de moralidad.

La norma moral y la norma jurídica son susceptibles de diferenciaciones formales. Esto puede aceptarse. Mas precisa interponer la interrogante de si acaso en un plano axiológico realicen valores no necesariamente distintos. Admitiendo esto, no se antoja monstruoso sostener la presencia de finalidades éticas en el Derecho Penal.

Bien sabemos que el tema ha sido hondamente investigado desde hace luengos siglos. No intentamos, en modo alguno, criticar las actuales meditaciones de algunos filósofos del Derecho. Tan sólo planteamos pensamientos con los que el criminalista tropieza en su labor. Pensamos en la necesidad de que la creación de delitos obedezca en su generalidad a motivos éticos; buscamos en la pena una humanización, esto es, que sea la pena impuesta a un ser moral como lo es el hombre, cuya finalidad tienda a su mejoría y no a su aniquilamiento.

Para resolver tamañas inquietudes hace falta no tan sólo la serenidad de aislada meditación; sino frecuente contacto con el humano vivir. Entonces resplandece el hombre en todos sus matices de drama y anhelo y se siente la urgencia, por ejemplo, de vigilar con sumo cuidado los delitos ausentes de fondo ético, para impedir su multiplicación.

Ya Mariano Ruiz Funes<sup>170</sup> hace referencia a "delitos de nueva creación obedientes a caprichos políticos pasajeros". Estos delitos —agregamos— no tienen contenido moral. Claro que su validez, como norma

<sup>170</sup> *Meditación actual sobre la pena.*

de una legislación dada, es indiscutible; pero en su ausencia de ética estriba su deshumanizada negación de la libertad individual. Formalmente no podrá el Derecho Penal estar moralizado; pero intereses más fundamentales que los de la escueta teoría exigen moral en las normas penales, porque de lo contrario sucumbirá el hombre frente a las leyes del Estado.

Rememoremos un argumento empleado por don Emilio Pardo Aspe en su cátedra, con fines didácticos, para pulsar el criterio moral de sus alumnos. La inspiración fue tomada de Garófalo, sin desconocer, por supuesto, las críticas que ha recibido el positivista italiano por su simplista clasificación de los delitos. Nos dice Pardo Aspe que el repertorio del Código Penal, en realidad, se compone de tres delitos conceptualmente *sinceros* —homicidio, violación, robo—, siendo los demás como paráfrasis de ellos. En efecto, agregamos nosotros, el primer delito es el homicidio, tutelador de la integridad biopsíquica del hombre; en torno a él giran el parricidio, el infanticidio, el aborto, las lesiones y el abandono de personas, etc. El segundo delito es la violación, tutelador de la libertad sexual, y sus paráfrasis, más o menos cercanas, son los atentados al pudor, el estupro, el rapto, el incesto, quizá el adulterio, etc. El tercer delito es el robo, tutelador del derecho patrimonial de las personas, siendo los delitos de abuso de confianza, de fraude, de daño en propiedad ajena, de despojo de cosas inmuebles o de aguas, etcétera, sólo paráfrasis. Y también Pardo Aspe<sup>189</sup> ha reconocido la final función moral del derecho punitivo al escribir en ocasión reciente que esta disciplina legal se propone, en suma, “aliviar al hombre, mediante el dolor imprescindible de la pena, de su inhumana perversidad”.

Y nos preguntamos: ¿Por qué la permanencia de estos tres delitos angulares en las legislaciones de todos los países de cultura occidental? ¿No será, acaso, por su contenido de transgresión ética? Las condiciones normales de la cultura se fincan en la punición de delitos como éstos, cuyo interior se trasluce fuertemente.

412. En la época contemporánea se han intensificado notablemente los estudios relativos a la vida sexual, antes considerados por una serie de prejuicios morales y de tabús religiosos como dignos de censura. Principalmente la endocrinología y el psicoanálisis han contribuido al esclarecimiento científico de los problemas del sexo.

---

<sup>189</sup> Prólogo a la obra de González Bustamante *El delito de libramiento de cheques sin provisión de fondos*. México, 1914.



413. La endocrinología es una disciplina fisiológica dedicada al estudio de las glándulas de secreción interna, no en su aspecto puramente anatómico-descriptivo sino en el funcional. Las glándulas de secreción interna, principalmente las tiroides, hipófisis, suprarrenales, paratiroides, el timo y las genitales masculinas y femeninas, segregan determinadas sustancias llamadas hormonas, que al invadir el torrente circulatorio a través de los fenómenos físico-químicos que producen, contribuyen a determinar la caractereología somática y psíquica del sujeto, su fisiología general y, por ende, influyen poderosamente en las manifestaciones mismas de su conducta. El funcionamiento de las diversas glándulas puede manifestarse en formas normales o anormales de hiperfunción, disfunción, hipofunción y afunción, resultando así en cada sujeto y en su total régimen glandular muy variadas manifestaciones o ecuaciones hormonales de las que resulta su caractereología. Nicolás Pende<sup>181</sup> llega hasta decir "de la distinta fórmula endócrina individual... depende, en último término, la personalidad psíquica de todo sujeto". En sentido crítico, Rivera Silva<sup>182</sup> expresa: "La vida aquí se reduce a la matemática de las hormonas; ellas integran el 'kismet' del hombre, siendo vanos todos los esfuerzos que haga para eludir su sino, pues éste es fatal como los designios de Delfos. La resultante de la existencia se encuentra en el libro de cuentas de las hormonas." Y agrega: "Dos personas que tienen exactamente la misma anomalía de una glándula incretora, se producen en la vida de manera completamente diferente. La conducta del hombre depende también del ambiente en que se agita, y como cada generación se encuentra ante diferentes problemas, la misma posesión de facultades tiene que traducirse en líneas de conducta diferentes."

Jiménez de Asúa,<sup>183</sup> al concluir su atrayente monografía *Endocrinología y delincuencia*, estima necesario, como norma de prudencia, hacer un llamamiento a la cautela: "Los estudios endocrinológicos son de máxima importancia para las ciencias penales; pero la delincuencia tiene múltiples aspectos para asignarle un solo origen. El delito es también un fenómeno social oriundo de variados factores exógenos. Por muy prometedoras que sean las investigaciones llevadas a cabo en el campo de las secreciones internas, jamás podrá creerse en que esta doctrina sea la única interpretación del crimen. Los que quisieran transformar en endocrinología toda la criminología, emprenderían una

<sup>181</sup> Citado por Jiménez de Asúa. *Libertad de amar y derecho a morir*. 4ª ed. "Historia Nueva", Santander, 1929, pág. 185.

<sup>182</sup> *La esencia del Derecho Penal y las escuelas contemporáneas*. Tesis profesional. México, 1937, págs. 47 y 48.

<sup>183</sup> *Libertad de amar*, pág. 214.

ruta simplista y unilateral." Y se complace en destacar que Mariano Ruiz Funes <sup>184</sup> coincide con su punto de vista cauteloso cuando escribe que los estudios de la endocrinología "abren un nuevo campo a los problemas de la criminalidad. Adicionan a la ciencia del hombre delincuente un capítulo importante. Aportan ideas fecundas a la génesis, a la prevención y a la cura del delito. Pero no hay que interpretarlos con ánimo optimista, propicio a las amplificaciones. . . . Sería extremadamente ingenuo hablar de criminales tiroides, hipofisarios, suprarrenales, tímicos o genitales. Habríamos llevado la investigación demasiado lejos. . . . Es suficiente con que en ese complejo humano ilimitado, variable y oscuro, que designamos con el nombre de actividad criminal, se haya iluminado un sector, por pequeño que sea, con la luz de los estudios endocrinológicos."

414. Las glándulas sexuales, tanto en el hombre como en la mujer, representan un doble funcionamiento: incretor y excretor. Salvo casos de ablación, de plena hipertrofia o de afunción, la increción sexual es vitalicia, iniciándose su funcionamiento desde que el feto se encuentra en el claustro maternal. Dicha función incretora influye energicamente en la determinación somática y psíquica de los rasgos característicos diferenciales de uno y otro sexo: masculinidad y femineidad. En cambio, la función de excreción sexual es temporal y perentoria; se inicia con los fenómenos de la adolescencia, indicadores del principio de la aptitud para la vida sexual de relación, y termina normalmente con el climaterio en que periclitán las funciones sexuales. De todas maneras la increción de las genitales masculinas o femeninas influye en la función excretora, por lo que su estudio es capital dentro de la endocrinología.

415. El psicoanálisis, que se inició como una técnica clínica para las enfermedades nerviosas, llegó a formular, no sólo en las doctrinas originales de Freud, sino en diversas escuelas disidentes, interpretaciones más o menos generales de la conducta derivadas principalmente de la psique erótica. Especialmente en la niñez —se afirma—, las primeras apetencias eróticas relegadas de la conciencia al subconsciente por la censura o por la represión, se transforman en complejos fantasmales o impulsos sumergidos, que sólo esperan un relajamiento de la censura para emerger presidiendo la conducta del ser humano, no sólo en sus sueños y ensoñaciones, sino en los "actos fallidos" o equivocaciones de

---

<sup>184</sup> Citado en *Libertad de amar*, pág. 256.

la vida cotidiana, en las actividades de la neurosis, en el arte, en el simbolismo de las religiones y aun en el crimen.

Según el resumen crítico de Mezger,<sup>185</sup> el psicoanálisis freudiano explica el fenómeno anímico con auxilio de los denominados *complejos*, que tienen su origen en la vida anímica infantil, complejos que envían a la conciencia de su portador, de ordinario de un modo inconsciente, imágenes sustitutivas de la más variada índole. "Dichas fuerzas —añade— son de índole sexual, y de modo decisivo son determinadas y configuradas en las vivencias de la vida sexual infantil. En primer plano aparece el denominado *complejo de Edipo*, el odio al padre (encarnación de la autoridad) y el amor a la madre. El parricidio y el incesto con la madre son los delitos originarios de la especie humana. La *concepción psicoanalítica del delito* explica éste con auxilio de tales denominados complejos. El criminal, a consecuencia de su instinto delictivo inconsciente, no trata, por ejemplo, de evitar la pena, sino que más bien la busca. El complejo de Edipo hace surgir el sentimiento social de culpabilidad; el portador de dicho sentimiento, que no consigue desembarazarse de sus deseos delictivos, comete el acto punible, deseando a través de él la pena, al objeto de aplacar aquella conciencia de la culpabilidad que le ahoga. Siendo de advertir que en ello el sentimiento de culpabilidad y la conciencia de la culpabilidad no sólo subsiguen al acto delictivo, sino que le preceden. Tales 'delincuentes neuróticos' cometen el delito porque es un acto prohibido y porque su realización les proporciona un alivio anímico. Un sentimiento de culpabilidad que pesa permanentemente sobre tales personas de origen desconocido, que en realidad procede del complejo de Edipo, se conecta en virtud del hecho punible en un determinado acto, transformándose de este modo en una forma accesible a la conciencia que el individuo soporta con más facilidad. En el fondo, enfermos neuróticos y delincuentes neuróticos son una misma cosa: los primeros muestran autoplásticamente en el síntoma nosológico neurótico la tensión entre las conmociones instintivas inconscientes y las fuerzas reprimidoras; los segundos, por el contrario, trasladan esta tensión aloplásticamente a la realidad por medio de la acción delictiva. Lo que el neurótico expresa de modo simbólico en síntomas inocentes para los que lo rodean, lo lleva a cabo el criminal en acciones delictivas reales. Pero ambos —neuróticos y delincuentes— son enfermos, y la conducta morbosa de unos y otros tiene su origen en ambos casos en los procesos del inconsciente; éstos, a su vez, surgen de la vida sexual infantil y de sus deseos prohibidos."

<sup>185</sup> *Criminología*. Trad. esp. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942, págs. 81 y sigs.

“El psicoanálisis —agrega Mezger en sentido de crítica— no ha podido suministrar la prueba respecto a la existencia del denominado complejo de Edipo como fenómeno humano genérico; con ello caen también por tierra sus fundamentos *criminológicos*. Kretschmer ha señalado de manera nítida que los dos conflictos típicos entre padres e hijos, esto es, infantil precoz (ligamen instintivo a los padres) y el de la pubertad (fase de protesta característica), se comportan respecto a la vida posterior precisamente de *modo inverso* a como pretende el psicoanálisis; lo determinante es la superación o no superación en la época de la *pubertad*.”

Rivera Silva, en su tesis profesional <sup>186</sup> y al hacer la crítica del psicoanálisis como escuela contemporánea dentro del Derecho Penal, dice que “nadie podrá dudar que la existencia para el maestro vienés (Freud) está regida por causas y efectos. Este ordenamiento es precisamente el científico y con toda razón dice Ortega y Gasset que ‘Freud tiende a hacer de la vida psíquica un proceso mecánico, bien que de un mecanismo mental y no físico’. La vida no se puede mecanizar, el delito no se puede explicar a través de la desarmonía de las provincias anímicas hechas por Freud, sino más bien, como dice el escritor acabado de citar, ‘el todo psíquico debe explicar las partes’. En cada criminal la historia es diferente y por eso cada uno posee razón suficiente en sus actos diferentes. Por todo lo dicho, desde el punto de vista formal, la teoría freudiana aplicada al Derecho Penal no es aceptable”. A lo menos, agregamos, sin hacer las más prudentes reservas.

416. Sin embargo, no debemos restar importancia científica a la endocrinología y al psicoanálisis; son de utilidad manifiesta en los estudios criminológicos: sirven principalmente para interpretar la personalidad psico-somática del delincuente y, en casos concretos, las causas biopsíquicas que impulsaron su acción, insinuadoras del tratamiento de readaptación adecuado. Pero no debe intentarse la interpretación total de los fenómenos delictivos empleando esas disciplinas unilateralmente, ya que el delito es un fenómeno social, constituye una conducta humana vertida en el seno colectivo y valorada como dañosa o peligrosa por el legislador. Por tanto, en la tarea legislativa de redactar las normas descriptivas de las distintas infracciones, han de tomarse en cuenta los datos *culturales* y los del ambiente y medio social, para escoger y valorar correctamente los intereses necesitados de la tutela penal, aseguradora del *mínimum ético* indispensable para la vida colectiva.

<sup>186</sup> *La esencia del Derecho Penal*, págs. 58 y 59.

417. De la misma manera que, salvo el *mínimum ético*, las legislaciones modernas al depurarse y rescatar la autonomía del Derecho Penal enfrente de la religión o de la moral individual evitaron la confusión anterior entre los delitos sexuales y los pecados o actos inmorales de lujuria, en la época contemporánea conviene perseverar en esta tendencia autonómica defendiéndonos ahora de confundir los delitos sexuales con cualesquiera de las anomalías o enfermedades sexuales, sean éstas de origen glandular o psíquico. La descripción legislativa de esos delitos no puede coincidir con la lista de las llamadas anormalidades, aberraciones, desviaciones, fijaciones irregulares, neurosis o complejos del instinto erótico, tomada de cualquier manual de patología sexual. Para demostrarlo examinaremos sucintamente las principales de estas anormalidades, valorándolas dentro del territorio social de derecho punitivo.

418. Entre las anormalidades cuantitativas del instinto sexual se menciona, en primer lugar, la *anafrodisia o frigidez* —falta o sensible disminución de la apetencia erótica—. La anormal abstención del amor en ocasiones frecuentes es la resultante de un mal funcionamiento de las glándulas genitales masculinas o femeninas en formas de *afunción o hipofunción* de las mismas. Otras veces se debe a ciertos *complejos psicológicos* por los que el sujeto, a pesar de su plena potencialidad orgánica, reprime su *libido* como consecuencia de un *trauma psíquico* recibido en las primeras insatisfactorias o infortunadas experiencias sexuales, originadoras de cierta timidez que autolimita subconscientemente la vida sexual de relación. No obstante, nótese que la castidad absoluta en determinados sujetos se debe, no a anormalidades psíquicas o hipogenitales, sino a convicciones éticas o al respeto voluntario a normas o a convencionalismos sociales, como en los casos del celibato de los sacerdotes católicos y de la abstención de todo placer sexual en las solteras castas.

Cualesquiera que sean sus causas, la frialdad sexual es irrelevante para el Derecho Penal, a lo menos en forma directa, pues con su abstención el sujeto que la padece no puede dañar, ni siquiera comprometer peligrosamente, los intereses legítimos de otra persona o de la colectividad.

419. La otra perturbación cuantitativa consiste en la exacerbación libidinosa llamada *satiriasis* en los varones y *ninfomanía* en las mujeres. Aun cuando para la clínica patológica los anormales por exceso o defecto de la apetencia lúbrica pueden ser diagnosticados como pacientes de un mismo género de dolencia sexual, diferenciados apenas por

el *quantum* del erotismo, la valoración jurídica de su conducta externa tiene que variar radicalmente, puesto que si el inapetente con su *anestesia sexual* nada puede comprometer o dañar, en cambio, el exacerbado, el que sufre *hiperestesia sexual*, siendo un eterno insatisfecho, por su furor lúbrico fácilmente se convierte en perturbador del orden jurídico mediante la comisión de hechos delictuosos tales como: atentados al pudor, estupro, violación, rapto, incesto, adulterio, ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres en forma de exhibicionismo obsceno, corrupción sexual de menores y apología de vicios. La *satiriasis típica*, dice Leopoldo Baeza,<sup>187</sup> al igual que la ninfomanía, parece obedecer en gran parte al influjo de los últimos destellos del vigor sexual, que lleva a situaciones vergonzantes a personas cuya vida hasta entonces había sido modelo de honradez y pulcritud.

420. Dediquemos ahora breves comentarios a las principales formas cualitativas perturbadoras del instinto sexual, con el mismo objeto de valorarlas dentro del campo social del Derecho Penal: onanismo, feticchismo, exhibicionismo obsceno, sadismo, masoquismo, bestialidad, necrofilia y homosexualidad, caracterizadas todas por el extravío del instinto sexual de sus senderos naturales.

421. El *onanismo* es aquella fijación irregular de la apetencia erótica por la que el sujeto que la padece encuentra anormal satisfacción a través del placer solitario. Dentro de las doctrinas psicoanalíticas originales, la vagarosa libido o fuerza del Eros —cuya descripción condensada podríamos intentar diciendo que es la vitalicia potencialidad sexual del ser humano que le impulsa siempre a la satisfacción de sus apetitos lascivos—, antes de fijarse definitiva y normalmente en la atracción por el sexo contrario (heterosexualismo) emprende en la vida del niño y en las épocas que rodean la adolescencia incesantes viajes de exploración y experimentación. Resumiendo brevemente las principales observaciones psicoanalíticas acerca de la errante evolución de la libido, podemos señalar los siguientes tránsitos o etapas: al principio de la vida infantil la libido se encuentra esfumada en todo el organismo sin concentrarse todavía en determinados órganos, constituyéndose así un primer indiscriminado, vago e indeterminado *periodo poliforme y multivalente del erotismo*, en que la criatura se place a través de las sensaciones nutritivas y calóricas. Pronto el infante, con las iniciales experiencias de la lactancia, descubre en su boca la primera *zona erógena*. Inmediatamente, debido a los fenómenos naturales de la de-

<sup>187</sup> *Endocrinología y criminalidad*. Tesis profesional. México, 1936, pág. 60.

yección, surge la *fase anal*. El siguiente tránsito migratorio de la libido consiste en el descubrimiento de la *fase uretral* como principal fijación locativa del placer lascivo. Ya en la segunda infancia, de los tres a los siete años generalmente, surge una etapa *narcisista* en que el niño concentra en sí mismo el objeto y el sujeto de su erotismo, y disfruta con su propia contemplación o exhibición ante los demás. Rebasado el período narcisista, empieza a proyectar su libido al exterior, fuera de su propio cuerpo, estableciéndose entonces como objeto de la fijación o atracción sexual la persona del progenitor del sexo contrario, atracción que debido a la censura se reprime y relega al fondo del subconsciente formándose así el llamado *complejo de Edipo*, piedra angular de las primeras doctrinas psicoanalíticas. Con el inicio de los cambios fisiológicos de la pubertad, la libido, hasta entonces errante, se fija en los propios órganos genitales. Al coincidir el anterior período de retorno de la libido con el inicio de los fenómenos de la adolescencia y con el incremento de los impulsos, se originan el autoerotismo del sujeto y la fase *onanista masturbadora*. Por último, el púber rebasa la fase autoerótica y proyecta de nuevo su libido fuera de su cuerpo, eligiendo para objeto sexual *al sexo contrario* (heterosexualismo).

Los anteriores estadios muestran la evolución normal de la libido que produce en definitiva al hombre o mujer de vida psíquica sexual correcta. Según las doctrinas psicoanalíticas, que la crítica no siempre admite como certeras, las aberraciones sexuales aparecen en el adulto cuando su libido no ha tenido una evolución completa deteniéndose en etapas correspondientes a una sexualidad infantil perversa, o cuando el sujeto retrocede a estadios evolutivos anteriores, pudiendo los pervertidos serlo por *infantilismo del objeto sexual* o por *infantilismo del fin sexual*.

En otro sentido, puramente fisiológico, se trata de explicar el onanismo como uno de tantos groseros fenómenos descongestionadores de la tumefacción de las glándulas genitales. Pero cualquiera que sea su interpretación, la degradante aberración masturbadora surge cuando el adulto no ha logrado rebasar las épocas más o menos normales de autoerotismo de la adolescencia. Se ha señalado su práctica como productora de degeneraciones físicas, mentales y morales que llevan al sujeto en ocasiones hasta verdaderos estados mentales enajenativos; algunos, como Vachet,<sup>188</sup> indican que lejos de ser causa el onanismo de trastornos mentales o fisiológicos, no es sino el síntoma de ellos. Con independencia de sus causas y de los daños individuales que ocasione,

<sup>188</sup> *La inquietud sexual*. Trad. esp. Jason, Barcelona, pág. 42.

la conducta de estos viciosos es indiferente para el Derecho Penal, pues con su autoerotismo no pueden lesionar ni poner en peligro, a lo menos directamente, los intereses legítimos de los demás; la solución del problema corresponde a la conciencia o moral individuales, o a la clínica de patología sexual, no a los Códigos Penales.

422. El *exhibicionismo lúbrico* es la perturbación sexual por la que el sujeto se place con la exposición pública de sus partes pudendas. Para Juarrós existen dos clases de exhibicionismo: a) con predominio de la actitud pasiva o afán de mostrarse; y b) con predominio de la actitud activa o afán de ver; y añade que la satisfacción es precaria y humillante y que lo hondo de tan anormales aptitudes tiende a conseguir una reciprocidad por personas del sexo opuesto. Según Garnier,<sup>189</sup> esta perversión es "obsesionante e impulsiva y se caracteriza por la necesidad irresistible de mostrar en público los órganos genitales en estado de flaccidez y con excepción de toda maniobra lúbrica o provocadora, acto en el cual se resume el apetito sexual y cuya realización, poniendo fin a la lucha, cierra el acceso" Los pacientes de esta fijación irregular del instinto sexual son generalmente personas cercanas al climaterio o poseídas de semi-impotencia por degradación anterior de sus costumbres. Como las acciones impúdicas las efectúan en público, son reiterantes autores del delito de ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, previsto en el segundo apartado del artículo 200 reformado del Código Penal, *al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro exhibiciones obscenas*.

423. En cambio el *fetichismo* —fijación irregular libidinosa por la que el sujeto que la padece encuentra apetencia o satisfacción eróticas en objetos inanimados o impresiones sensoriales en los que ha desplazado su codicia sexual—, no interesa al Derecho Penal, salvo casos verdaderamente excepcionales en que el fetichista se convierte en autor de raterías de objetos para él representativos de la lubricidad. Idéntica observación puede hacerse para la *bestialidad: sodomia ratione generis (concubitus cum bestia)*.

424. El *homosexualismo* es una fijación irregular del instinto sexual que tiende a la satisfacción erótica con personas del mismo sexo, llamado *amor socrático* para los varones y *amor lésbico o sáfico* para las mujeres. Generalmente los homosexuales activos o pasivos se clasi-

<sup>189</sup> Citado por Jiménez de Asúa y Antón Oneca. *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Reus, Madrid, 1929. Tomo II, pág. 249.



fican en: a) absolutos; b) anfigenos, o sea los que sienten entusiasmo por ambos sexos; y c) ocasionales, o sea los que por circunstancias especiales practican la inversión, pero que, vueltos a condiciones sociales normales de vida, adquieren hábitos ordinarios, verbigracia, los presidiarios.

El homosexualismo ha sido de las perturbaciones sexuales la más discutida dentro del Derecho Penal y la que representa soluciones legislativas más contradictorias. Ya sabemos, por explicaciones vertidas con anterioridad en este mismo capítulo, que no sólo la práctica de la inversión sexual sino todos los actos de fornicación extramatrimonial eran reprimidos penalmente en las épocas en que, por exagerada influencia de las ideas religiosas, se confundían los pecados de lujuria con los delitos sexuales. Rebasada esta época, en la edad contemporánea los países de tradición latina han permanecido generalmente indiferentes ante la práctica de los actos de *sodomia ratione sexus*, salvo cuando éstos se realizan con empleo de fuerza física o intimidación moral, o cuando se practican en menores, constituyendo así *pederastia*, o cuando se efectúan escandalosamente. Por vía de excepción, algunos Códigos latinos, como el chileno, sancionaban al que se hiciera reo del delito de *sodomia*, y el derogado Código español de 1928 punía al que habitualmente o con escándalo cometiera actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo.

En cambio, generalmente los países sajones y anglosajones sancionaban el homosexualismo en sí mismo considerado; así lo hacían los Códigos alemán, noruego, la legislación inglesa y la de algunos estados de la Unión Americana; pero la tendencia, en esos mismos países ha sido la de ir suprimiendo el carácter delictuoso de esos actos.

La legislación mexicana no contempla como figura de delito la práctica de la inversión sexual, debiéndose, sin embargo, notar: que el acto homosexual realizado por *fuerza* o *intimidación* integra delito de *violación* (véase adelante núm. 517); que cuando recae en *menores* (pederastia) puede constituir *delito de corrupción*, a que se refiere el artículo 201 del Código Penal; que las sanciones de lubricidad realizadas en personas del mismo sexo sin propósito inmediato y directo de llegar al ayuntamiento en púberes sin su consentimiento o en impúberes, reúnen las características del *atentado al pudor* (véase adelante núm. 443), y que cualquier acto escandaloso por su publicidad efectuado por razón de homosexualismo encuadra en la tipicidad del delito de *exhibiciones obscenas* descrito en el artículo 200 reformado, del Código Penal.

Valorando el homosexualismo a la luz del Derecho Penal, que en materia de sexualidad desordenada no debe invadir el puro terreno de

la conciencia o moral individuales, limitándose a tutelar intereses tan preciosos como los concernientes a la libertad o la seguridad sexuales —mínimum ético indispensable para la vida colectiva—, nos parece correcta la actitud de los Códigos mexicanos obedientes a la tradición latina de indiferencia ante estos problemas, y, en la materia, nos unimos a la opinión de Jiménez de Asúa<sup>190</sup> —el ilustre profesor ya fallecido, desterrado de su cátedra española, pero, por derecho propio, honorario huésped de las de Latinoamérica—, destacada en los párrafos que en seguida trasladamos: “En la época en que todos los actos humanos se ponían a cargo de la voluntad, parecía lógico castigar a los homosexuales, no ya en el caso de que trataran de practicar por la fuerza sus uniones extraviadas —lo cual está hoy penado con justicia como abusos deshonestos contra el individuo—, sino incluso cuando sus actos contra natura se realizaban libremente entre personas de iguales tendencias o bien mediante un convenio voluntariamente estipulado. En estos últimos casos el castigo tenía lugar en defensa de las buenas costumbres. Pero aún se mantiene en leyes vigentes y en Códigos proyectados este viejo criterio de castigar las uniones homosexuales practicadas sin violencia ni engaño. Estas penas, que algunos Códigos y modernos proyectos imponen a los homosexuales, están orientadas en torpísimas concepciones médicas, o mejor dicho en la ignorancia de los problemas más elementales de patología sexual. Lejos de afirmarse hoy que el invertido es un delincuente, se procura la búsqueda de interpretaciones científicas, a cuya luz aparece claro que el *amor socrático* y el *amor sáfico* no son actos delictivos, son hechos reveladores de trastornos constitucionales del sujeto. En todo ser, varón o hembra, existen, además de los rasgos morfológicos de su sexo, vestigios de los del sexo contrario, recuerdo de la primera época del feto en que el embrión era bisexuado. La secreción interna de la glándula genital correspondiente —ovario en la mujer, testículo en el hombre— conserva e impulsa los rasgos sexuales específicos; pero otras secreciones internas, probablemente emanadas de la corteza suprarrenal, por lo menos en su mayor parte (quizá también de la hipófisis), pueden actuar, excitando la reviviscencia de los caracteres sexuales contrarios. La energía de las hormonas homosexuales (ovario en la hembra, testículo en el macho) mantiene apagadas las hormonas heterosexuales y da lugar a la mujer morfológica y psicológicamente muy femenina y al hombre muy varonil. Mientras que el estado hormonal inverso, esto es, la relativa debilidad de las hormonas homosexuales, da lugar al hombre afeminado y a la mujer varonil (Marañón). No basta, pues, uno de los elementos

<sup>190</sup> *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Tomo II, págs. 244, 246, 247 y 249.

harmónicos para que se verifique la tendencia a la inversión sexual; son precisos los dos... Un tratamiento médico opoterápico bien dirigido; prudentes operaciones quirúrgicas en ciertos casos, y, a lo sumo, cuando el sujeto haya demostrado ser peligroso para la sociedad y los particulares, medidas asegurativas de custodia y protección, constituyen el solo tratamiento eficaz contra los homosexuales."

425. Entre las perturbaciones caracterizadas por una especial fijación de la voluptuosidad por vía del dolor (algolagnia) se mencionan el *sadismo* y el *masoquismo*, que aun cuando para la psicopatología sexual son dolencias de manifestaciones semejantes en su raíz, en que el instinto erótico se funde con el de destrucción —el amor a través del dolor—, para el Derecho Penal ofrecen problemas distintos, pues las manifestaciones externas de la conducta de los sujetos que las sufren son diametralmente opuestas.

426. El sadismo es una desviación del fin sexual en que el sujeto encuentra posibilidad de apetencia erótica o posibilidad de plena satisfacción a través de los actos de crueldad, morales o materiales, que realiza o hace realizar en la persona de otro. Tres son los momentos principales en que los sadistas pueden conectar el instinto erótico con sus complejos de crueldad: a) antes del acto sexual, como modo preparatorio frecuente en individuos que presentan síntomas de semi-impotencia, cuya libidine sólo despierta ante el dolor ajeno como extraño afrodisíaco; b) después de ejecutado el coito, en que no se ha encontrado plena satisfacción, integrándose el placer con los actos crueles; y c) en los casos de plena impotencia para el coito, en que la tortura resume el apetito y satisfacción sexuales. Para Garnier<sup>191</sup> dicha perversión obsesionante e impulsiva está caracterizada por la estrecha dependencia entre el dolor infligido o mentalmente representado y el organismo genital, siendo absoluta la frialdad sin esta condición, a la vez necesaria y suficiente.

Interpretando subjetivamente a los sadistas, podemos decir que en su fondo psíquico siempre se encuentra sumergido un torturador, un aniquilador, un destructor de los demás; por eso siempre son *homicidas en potencia*. Las manifestaciones frecuentes de su conducta antijurídica serán para el sadista afecto a la tortura moral, las amenazas, injurias o intimidaciones; y, para el inclinado a la violencia física, los golpes, privación violenta de libertad, lesiones más o menos graves y aun homicidio. Los casos sádicos de derramamiento de sangre "por

<sup>191</sup> Citado por Jiménez de Asúa y Antón Oueca. *Ob. cit.*, tomo II, pág. 250.

voluptuosidad" constituyen en la legislación mexicana delitos de homicidio o lesiones cometidos con la calificativa de obrar por *motivos depravados* (véase núm. 98).

427. El masoquismo es aquella fijación irregular del fin sexual por la que el sujeto que la padece encuentra posibilidad de apetencia erótica o posibilidad de plena satisfacción sexual a través de los actos de crueldad, de índole moral o material, realizados en su propio cuerpo. Para Mezger<sup>192</sup> en el masoquismo o servidumbre sexual existe un ligamen específico del instinto voluptuoso con acciones de rebajamiento, humillantes, productoras de repugnancia o de dolor. Leopoldo Baeza<sup>193</sup> observa que el masoquismo es en todo semejante al sadismo, con la única diferencia de que se trata de un caso de sadismo negativo: el masoquista es el individuo que halla placer y voluptuosidad sexuales en los malos tratamientos, en las humillaciones y crueldades que en él se cometan.

Podemos afirmar que en el fondo psíquico de todo masoquista se encuentra sumergido un torturador de sí mismo, un destructor de su propia personalidad, un *suicida en potencia*. Por dolorosa y anormal que sea esta perturbación y por semejante que sea clínicamente con el sadismo, de la que apenas si constituye el ángulo complementario o el reverso de la medalla, como los sujetos que la sufren sólo se dañan a sí mismos, las manifestaciones de su conducta son irrelevantes para el Derecho Penal; las lesiones o muerte que el sujeto a sí mismo se causa, no constituyen delito, a lo menos en el Derecho Penal común (véanse núms. 10 y 102). Nótese, no obstante, que como el consentimiento del ofendido no extingue la acción penal, salvo en los delitos de querrela necesaria, el sujeto que se presta a lesionar al masoquista para proporcionarle placer es culpable del delito que resulte.

428. La *necrofilia* o *necrofilia* es aquella perturbación del fin sexual consistente en la atracción lúbrica por los cadáveres. El necrófilo realiza conducta delictiva en forma de comisión de delitos de *profanación de cadáveres* (art. 281 del Código Penal). Puede transformarse en homicida para, después, desahogar su aberración (véase adelante número 523).

429. En cuanto a la prostitución —habitual comercio carnal de la mujer o el hombre (homosexual) con variados varones por el interés de la paga—, estando su ejercicio íntimamente relacionado con el delito de lenocinio del que es objeto y presupuesto, parece útil reservar

<sup>192</sup> *Criminología*. Ob. cit., pág. 68.

<sup>193</sup> *Endocrinología y criminalidad*, pág. 65.

su estudio para cuando examinemos esta infracción. Es pertinente por ahora limitarse a señalar: a) que si bien la prostitución en sí misma considerada no constituye necesaria perturbación del instinto sexual, su degradante ejercicio conduce fácilmente a la mujer, al hombre (homosexual) o a sus clientes a la adquisición de manías aberrantes; y b) que si la prostitución, según explicaremos en lugar adecuado de esta obra, no debe contemplarse legislativamente como delito, su ejercicio trae con frecuencia aparejados hechos profundamente antisociales, como las distintas formas del lenocinio (trata de personas, celestinaje, rufianismo), corrupción de menores, escándalos públicos, vagancia y malvivencia profundamente caracterizadas, contagio de enfermedades venéreas y otras graves manifestaciones, como la terrible enfermedad del siglo "Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida" (SIDA), que ha asolado al mundo entero, para las que resultan necesarias las más prudentes y sagaces medidas preventivas y, en su caso, adecuada represión.

430. En términos de generalidad, es necesario advertir respecto de la conducta delincinencial de los perturbados sexuales, que sus anormalidades con frecuencia son síntomas de estados mentales enajenativos. Recomendable resulta en los procesos su examen por peritos psiquiatras. Cuando se demuestre que la acción lasciva ha sido realizada por un enajenado mental, la sanción aplicable será, a título preventivo y de tratamiento, reclusión por tiempo indefinido, hasta la sanidad del sujeto, en manicomios criminales o establecimientos especiales (arts. 68 y 69 del Código Penal).

431. Como a veces la delincuencia por impulso sexual es apenas el síntoma de tendencias patológicamente anormales de los sujetos que las padecen, que los hacen especialmente temibles por la frecuente reiteración de su conducta criminal, se han recomendado, y puesto en práctica en diversos países, procedimientos preventivos o de seguridad consistentes en la *simple esterilización* o en la *castración*. Leyes de esterilización existen en diversos Estados de la Unión Norteamericana y en Suiza, Dinamarca, Suecia, Noruega, Canadá, Alemania, etc. Algunos de estos países (especialmente Suiza, Dinamarca y Alemania) llegan hasta prescribir la castración para ciertos delincuentes sexuales peligrosos.

En nuestro país, en el Estado de Veracruz, por ley 121 de 4 de julio de 1932 y sus reglamentos, se faculta la esterilización para enajenados, idiotas, degenerados o amantes en grado tal que, a juicio de la Sección de Eugenesia e Higiene Mental, la lacra del individuo se considere incurable y transmisible por herencia, siempre que la operación quirúr-

gica o el procedimiento en virtud del cual se realice la esterilización no cause al sujeto más que la incapacidad genésica, pero le conserve, en cambio, todas las funciones sexuales. Esta ley veracruzana no ha llegado a tener efectos prácticos por su total desuso. Según observa Luis Garrido: <sup>194</sup> "En México, donde desde el punto de vista constitucional hay indiferenciación entre penas y medidas de seguridad, no se podrían aplicar dichas prácticas por la prohibición del artículo 22 de nuestra Carta fundamental respecto a las penas inusitadas y trascendentales, pues la asexualización no se ha usado en nuestro Derecho republicano y tiene repercusiones importantes más allá de la persona. Solamente cabría como una medida a la que se sometiera voluntariamente el interesado." Además, agregamos, las medidas de esterilización o de castración no pueden ser aplicables legalmente en nuestro país porque el mismo artículo 22 de la Constitución prohíbe también la mutilación.

432. Contra el voto oficial de diversos países, entre ellos México, que tuvimos el honor de representar en el XI Congreso Penal y Penitenciario <sup>195</sup> reunido en Berlín el año de 1935, por mayoría de votos de delegados individuales, entre los que dominaban numéricamente los representantes de la Alemania nazi (no por delegaciones de países, no obstante que reclamaron la votación numerosos representantes), se aprobó la siguiente resolución:

Primero. *Ha lugar, en todo texto de ley, de distinguir claramente los dos términos de esterilización y de castración, que se refieren a operaciones de naturaleza y resultados diferentes.*

Segundo. *Los buenos resultados terapéuticos preventivos de la castración en las perturbaciones sexuales con tendencia a la delincuencia, deben llevar a todos los países a adoptar en sus leyes las modificaciones o adiciones necesarias para que esas operaciones puedan ser practicadas, a solicitud del interesado o con su consentimiento, para librar al individuo de sus tendencias sexuales anormales que hagan temer la ejecución de delitos sexuales.*

Tercero. *Lo mismo debe acontecer para las operaciones de esterilización por motivos sanitarios o higiénicos con el consentimiento del sujeto operable.*

Cuarto. *La castración por coacción puede ser asimilada a las otras medidas de seguridad ordenadas por las leyes existentes.*

*La esterilización por coacción y por indicaciones eugenésicas, es*

<sup>194</sup> *Asexualización de enfermos mentales y delincuentes*. Ediciones "Criminalia". México, 1934, pág. 16.

<sup>195</sup> *Actes du Congrès Pénal et Penitentiaire International de Berlin*. Berna, 1935.

*una medida preventiva recomendable, porque disminuirá para el porvenir el número de individuos anormales dentro de los cuales se recluta una parte considerable de los criminales.*

*Quinto. Las medidas legales de seguridad relativas a la esterilización por razones sanitarias o eugenésicas, así como la castración de delincuentes sexuales peligrosos o reincidentes, son oportunas, con la condición de que se tomen serias garantías para la justificación de esas operaciones.*

*Sexto. Las legislaciones nacionales deberán garantizar, desde todos los puntos de vista, que las operaciones de castración y de esterilización por coacción no tendrán lugar sino con una prudencia extrema y conforme a un procedimiento regular, que preverá un examen cuidadoso del caso por un comité de médicos y juristas.*

433. La simple esterilización consiste, para los varones y las mujeres, en cualquier procedimiento que, sin extirpar las glándulas genitales y sin impedir la apetencia y la actividad lúbricas, vede la posibilidad de reproducción. Aparte de la aplicación de rayos X, que se estima como no siempre suficientemente eficaz, el método más usual para la simple esterilización femenina consiste en la interrupción, ligadura o corte de las trompas en la mujer (salpinguectomía), operación que requiere necesariamente una intervención quirúrgica abdominal que, por su propio carácter, no deja de ofrecer riesgos. En los varones se realiza por el corte o interrupción de los canales espermiáticos (vasectomía), que constituye una operación relativamente benigna. Debe observarse que la simple esterilización no es una medida de seguridad eficaz contra los delincuentes obcecados e impulsivos de tipo sexual, porque conservándose en el sujeto la apetencia erótica y la posibilidad de actividades sexuales, pueden ser reiterantes autores de atentados. Más bien es medio de selección eugenésica tendiente al evitamiento de descendencia degenerativa en ciertos sujetos enfermos o anormales. Según Naville,<sup>196</sup> "la esterilización no es en general un medio propio del cuadro del Derecho Penal, por más que pueda ser aplicado a delincuentes de taras hereditarias o familiares, y, al contrario, la castración es una medida penal de seguridad y de mejoramiento, para los delinquentes sexuales peligrosos, tanto a título terapéutico como preventivo". En nuestro concepto, la aplicación de medidas esterilizadoras supone un pleno dominio científico acerca de las leyes de la herencia que está lejos de alcanzarse, y supone, además, en cada caso individual, un cierto diagnóstico de las dolencias del sujeto, por lo que su adopción

<sup>196</sup> *Actes du Congrès. Vol. I, pág. 317.*

sólo podría recomendarse con infinitas cautelas. Sin embargo, en los últimos años y ante el aumento explosivo de la población, se llega a recomendar la licitud de la esterilización especialmente de los varones por la vasectomía y en las mujeres por el corte de las trompas. En el caso de las mujeres, más recomendable que la salpinguectomía, si se quiere evitar una maternidad no deseada o de tendencia degenerativa, es el uso de los modernos anticonceptivos, sean mecánicos o químico-glandulares.

434. La castración consiste en una ablación de las principales glándulas sexuales masculinas o femeninas —extirpación de los ovarios en la mujer, a través de una intervención quirúrgica abdominal, o de los testículos en el varón—. Estas peligrosas operaciones producen como general consecuencia la inactividad sexual del sujeto, y por eso se las ha recomendado como medios eficaces preventivos de la reiteración de delitos sexuales o de simple fondo erótico en sujetos de impulsos lúbricos anormales. Es necesario reconocer, en sentido crítico, que la castración puede producir tremendos trastornos endócrinos, por la afunción, y psíquicos, complejo de inferioridad, que den por consecuencia, no obstante la asexualización, nuevas manifestaciones delictivas de la conducta. Por otra parte, hemos visto cómo en Alemania las leyes de esterilización y de castración se han prestado, bajo las doctrinas nazis de pureza de la raza, a tremendas infamias políticas. Por los abusos a que puede dar lugar, estamos lejos de recomendar su adopción.



## CAPÍTULO XXVI

# DELITOS DE ATENTADOS AL PUDOR

(ARTS. 260 Y 261 DEL C. P.)

*NOTA: Por Decreto del 20 de diciembre de 1990, publicado en el Diario de la Federación de fecha 21 de enero de 1991, se reformó la denominación del Título Décimoquinto, Libro Segundo y el Capítulo I del Código Penal, para el Distrito Federal en materia común y para la República en materia del fuero Federal, para quedar como sigue: "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual.—Capítulo I.—Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación".*

*Por lo anterior, y estimando que los Códigos Penales de los Estados, aún continúan con las denominaciones clásicas, es conveniente que los comentarios y criterios del autor queden como fueron concebidos, por lo que en este Capítulo, al referirnos al delito de Atentados al Pudor, debe entenderse como "Abuso Sexual" de acuerdo con la nueva denominación.—(R. G. H.)*

### TEMARIO

435. Noción general del atentado al pudor; objeto de la tutela penal.—436. Evolución indiferenciada del delito en el Derecho romano.—437. Formas del atentado al pudor en el Derecho francés; crítica.—438. Hipótesis de abusos deshonestos en la legislación española; crítica.—439. Otras legislaciones.—440. Reglamentación en el Código Penal mexicano de 1871; crítica.—441. Sistema del Código Penal de 1929.—442. Descripción legal del atentado al pudor en el Código Penal vigente.—443. Sujetos activos y pasivos del delito.—444. Dos modalidades del delito.—445. Elementos constitutivos.—446. Primer elemento: acto crónico-sexual distinto al ayuntamiento.—447. Hipótesis de actos lúbricos que resiente la víctima.—448. El exhibicionismo lúbrico.—449. Distinción entre el delito de atentados al pudor y el delito de ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres.—450. Casos de coexistencia de los dos delitos.—451. Segundo elemento: ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula.—452. Tercer elemento: variantes según sea púber o impúber el ofendido.—453. Atentado al pudor en púberes; ausencia del consentimiento; sus varias formas; el objeto de la tutela penal; libertad sexual.—454. El atentado al pudor en impúberes; ausencia o presencia del consentimiento; la seguridad sexual como objeto de la tutela.—455. Cuarto elemento: el ánimo de lubricidad.—456. Problema del beso y el atentado al pudor o los ultrajes a la moral pública.—457. Consumación del atentado al pudor; la tentativa no es punible.—458. Crítica a la denominación del delito; el concepto de pudor; la represión no tiene por objeto la protección del pudor sino de la libertad o seguridad sexuales.—459. El atentado al pudor es un delito sexual propiamente dicho.—460. El delito de atentado al pudor como signo psicológico de insatisfacción sexual.

435. En términos esenciales, se entiende por delito de atentado al pudor, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos, los actos corporales de lubricidad, distintos a la cópula y que no tienden directamente a ella, ejecutados en impúberes o sin consentimiento

de personas púberes. Desde el principio es de advertirse que la denominación "atentados al pudor" heredada a la legislación mexicana por el Código Napoleón, es inadecuada, pues, según explicaremos adelante, no es el *pudor* de los ofendidos el bien jurídico objeto de la protección penal en este delito, sino primordialmente la *libertad sexual* cuando recae la acción en púberes o la seguridad sexual cuando en *impúberes* (véase adelante núm. 458).

Salvo esta crítica que afecta a la nomenclatura, se puede afirmar que la reglamentación del tipo de delito en el Derecho mexicano vigente —de la que derivamos la noción anteriormente vertida—, representa una correcta elaboración en la que se ha logrado darle a la figura sustantividad propia, independiente de los otros delitos sexuales y de sus tentativas, de que generalmente carece en otras legislaciones. Para demostrarlo examinaremos sus antecedentes y las descripciones más características utilizadas por algunos de los Códigos extranjeros.

436. El Derecho romano no llegó a elaborar para esta infracción una figura independiente y propia, usándose la genérica denominación de *atentados al pudor en la mujer* para los delitos de *adulterium* y *stuprum*. No obstante, en la lenta evolución de las instituciones penales romanas, las formas impositivas o violentas de lo que ahora designamos "atentados al pudor", se llegaron a sancionar como una de tantas formas de la *coacción* consistente, según Mommsen,<sup>197</sup> en la fuerza por medio de la cual una persona constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad (*vis*), o cohibe esa voluntad mediante la amenaza de un mal, o lo que es lo mismo, por miedo (*metus*) para determinarla a ejecutar o no ejecutar una acción. También, dentro del amplísimo concepto de la *injuria* u ofensa intencionada a la personalidad de un tercero, se comprendieron la seducción para fines inmorales u obscenos y los atentados al pudor contra niños nacidos libres; por último, esa forma se utilizaba para reprimir las tentativas de violación en mujer libre o en niña libre, de conducta honesta, haciéndose posteriormente extensiva a todo acto que ofendiera el pudor de mujer honrada.

437. El Código Penal francés (arts. 331 y 332 reformados), bajo la designación común de *attentat á la pudeur*, comprende tres formas del delito: a) el atentado al pudor sin violencia sobre la persona de un niño de uno u otro sexo de edad *menor de trece años*; b) el atentado al pudor cometido por cualquier ascendiente sobre la persona de un menor, aun cuando su edad sea mayor de trece años, siempre que no estuviere emancipado por matrimonio; y c) el atentado al pudor *con violencia* contra individuos de uno y otro sexo, sin distinciones de

<sup>197</sup> *Derecho Penal Romano*. Tomo II, pág. 127.

edad. Además de su casuismo, el sistema es defectuoso porque limita la existencia del delito a los casos en que recae en *menores* o en que se utiliza la *violencia*; literalmente no prevé aquel atentado realizado por sorpresa en adultos *sin su consentimiento*, pero sin uso de violencia, que es la forma más frecuente de su comisión; la jurisprudencia francesa, a través de múltiples dudas y desatendiéndose de la tipicidad literal, se ha inclinado a llenar la laguna legislativa en el sentido de que el delito existe cuando se realiza sin consentimiento de la víctima, aunque sea sin violencia.

438. La legislación española, bajo la denominación de "abusos deshonestos", comprende variadas formas del delito. Entresacando las hipótesis legislativas contenidas en los artículos 432, 439 y relativas del Código Penal español antiguo igual al vigente, para darnos cuenta de su farragoso casuismo, mencionaremos: a) abuso deshonesto en personas de uno y otro sexo cuando se usare la fuerza o intimidación; b) abuso deshonesto en persona de uno u otro sexo que se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa; c) abuso deshonesto con persona de uno u otro sexo menor de doce años cumplidos aunque no concurrieran ninguna de las dos circunstancias mencionadas anteriormente; d) abuso deshonesto en mujer mayor de doce años y menor de veintitrés, interviniendo engaño grave; e) abuso deshonesto en doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de su educación o guarda; y f) abuso deshonesto con hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años.

De esta reglamentación española escapan casos tales como los actos libidinosos realizados en adultos sin engaño ni violencia, pero sin consentimiento de la víctima, como cuando sin contar con su anuencia se la sorprende de improviso con la caricia obscena; además, el legislador español no se preocupó de especificar concretamente en qué consiste la acción de "abusar deshonestamente", habiendo sido necesario que la jurisprudencia, a veces contradictoria, fijase su concepto limitándolo a los actos libidinosos realizados sin intento de ayuntarse.

439. El Código Penal argentino y otros sudamericanos siguen sistemas semejantes al español.

El Código italiano de Zanardelli, dentro de los delitos de libidine o de impudicia, comprende los actos lúbricos distintos al ayuntamiento carnal o a su tentativa que se cometen: con violencia o amenaza; en menores de doce años por cualquier persona; en menores de doce a

quince años, por sus ascendientes, tutores o educadores; en personas arrestadas o condenadas, por los encargados de su transporte o custodia; y en personas que por enfermedad de la mente o del cuerpo u otra causa semejante no pudieren resistir (art. 333 y relativos del Código Penal italiano). Este sistema, salvo el mérito de haber eliminado la posible confusión con la tentativa de otros delitos, merece la misma crítica que la ya expresada para la legislación española.

El Código de Defensa Social de Cuba, en su artículo 483, contiene las siguientes hipótesis del delito: a) el abuso deshonesto en una mujer, sin ánimo de acceso carnal, por la fuerza o intimidación, o cuando esté privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir, o cuando sea menor de doce años; b) el abuso deshonesto con persona del mismo sexo concurriendo esas mismas circunstancias. Raggi y Ageo,<sup>198</sup> para la primera hipótesis, comenta que el texto del precepto introduce un elemento diferencial, la ausencia o falta del "ánimo de acceso carnal" en el delito de abusos deshonestos, distinguiéndolo del de violación; esto es, que el sujeto activo no se hubiere propuesto en ningún momento yacer con la mujer, realizar el coito o cópula. En cambio, en el abuso deshonesto realizado en personas del mismo sexo —agrega—, "se observará que en esta modalidad se prescinde de precisar el 'ánimo de acceso carnal', pues, en todo caso, cualquier acto libidinoso o lascivo realizado sobre persona del mismo sexo que el agente, concurriendo las circunstancias previstas, integrará la figura". Debe observarse, sin embargo, que la reglamentación cubana del delito y la interpretación de Raggi se explican porque en ella el delito de violación se limita al realizado en mujer y, por tanto, el ayuntamiento homosexual violento quedaría impune si no se le incluyese en el delito de abusos deshonestos. En el Derecho mexicano esto no ocurre, porque la cópula homosexual impuesta por la fuerza o la intimidación integra delito de violación.

440. En el Código Penal mexicano de 1871 se describía al delito así: *Se da el nombre de atentado contra el pudor: a todo acto impúdico que puede ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y que se ejecuta en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo* (art. 789).

Esta redacción acusaba tres defectos sensibles:

a) La frase legal "acto impúdico que puede ofenderlo", indicadora de la acción humana típica del delito, era oscura y limitaba taxativamente la protección penal a las personas susceptibles de sentir ofendido su pudor, es decir, a las de conducta sexual pudorosa. Por tanto, literalmente a lo menos, no era delito el acto de obscenidad realizado

<sup>198</sup> *Derecho Penal Cubano*. Cultura, S. A. Habana, pág. 418.

en una prostituta degradada aunque se efectuase contra su voluntad, como si la prostituta, por haber perdido el pudor, hubiese perdido la libertad sexual y todos tuvieran derecho a atentar en su contra. Igualmente, las acciones libidinosas ejecutadas en niños de muy corta edad en que aún no se hubiese formado el sentimiento del pudor, dada la redacción literal del precepto, habían de quedar impunes.

b) Es de notarse que dentro de la fórmula utilizada por la antigua legislación mexicana se exigía imprescindiblemente que el acto impúdico "se ejecutase en la persona de otro *sin su voluntad*", no quedando comprendidas las acciones lúbricas efectuadas en personas impúberes si éstas proporcionaban consentimiento al acto. Estos hechos son en sí mismos muy graves, puesto que facilitan la prematura corrupción de personas que, por su corta edad, no son aptas siquiera para la vida sexual de relación y para emitir un consentimiento válido. Con justicia Manuel Roa,<sup>199</sup> en los *Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871*, propuso la adición del precepto en el sentido de que los actos impúdicos realizados en menores de diez años serían punibles con independencia del consentimiento. Esta propuesta no llegó entonces a tener vigencia legislativa.

c) Dados los términos de la misma descripción, dentro de la tipicidad del delito quedaban comprendidos tanto los casos en que el agente realizaba las caricias lúbricas sin propósito de llegar al ayuntamiento, como aquellos en que las maniobras corporales eróticas tenían por objeto inmediato obtener en forma violenta dicho ayuntamiento. Como el mismo Código agregaba: *el atentado contra el pudor se tendrá y castigará siempre como delito consumado* (art. 792), resultaba que los actos de libidine integradores de la tentativa de violación, figura muy grave, sólo podían reprimirse con las leves penas del atentado al pudor. Con razón Demetrio Sodi<sup>200</sup> criticaba el sistema, haciendo notar que desde un simple beso hasta una verdadera violación frustrada tenía la misma pena, no obstante que la diferencia entre los dos casos es notable, puesto que en uno tan sólo el agente quería proporcionarse un placer subjetivo y en el otro el criminal pretendía violar a la víctima. "Si la ley, para castigar los atentados contra el pudor prescinde de la intención del culpable, del peligro que corre la víctima, de la naturaleza del hecho ejecutado, de los perjuicios físicos que resiente, y todo acto que pueda ofender el pudor se castiga de igual manera, la ley no puede ser buena."

Como veremos más adelante, estos tres defectos del viejo Código mexicano han sido remediados en forma plena por la legislación vigente.

<sup>199</sup> *Trabajos de Revisión del Código Penal*. México, 1914. Tomo IV, pág. 694.

<sup>200</sup> *Nuestra ley penal*. 2ª ed. México, 1918. Tomo II, pág. 431.

441. El efímero Código de 1929 empleó la siguiente descripción del delito: *Se da el nombre de atentado al pudor: a todo acto erótico-sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecuta en una persona púber sin su consentimiento, o en una impúber, aun con el consentimiento de ésta* (art. 851). De esta manera la citada legislación dejó en pie, a lo menos, el inconveniente de incluir la tentativa corporal de violación dentro de la tipicidad del atentado al pudor.

442. El Código Penal vigente establece: *"Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá una pena de seis meses a cuatro años de prisión. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad"* (art. 260 reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997).

443. El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer; igualmente el sujeto pasivo puede serlo hombre o mujer. Esta indiferencia en cuanto al sexo de los protagonistas la explica Carrara<sup>201</sup> haciendo notar que "en los actos de libidine la diversidad de sexos no puede ser requisito, porque la concupiscencia pervertida puede encontrar un desahogo aun sobre el cuerpo de individuos del mismo sexo; y no puede serlo, aunque el ultraje se cometa con fines de odio o de venganza, porque el resultado que se quiere impedir es idéntico y el derecho que tiene toda persona de que sea respetada su pudicia debe ser protegido contra la violencia de otro, cualquiera que sea el sexo del violentador. Por lo demás, se comprende fácilmente que la dificultad práctica de la realización de un caso de delito de violación cometido por la mujer en hombre, no existe en el atentado al pudor" (véase adelante núm. 517).

Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad. (art. 261 reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997).

444. El estudio de dichos preceptos, indica dos modalidades distintas del delito de atentado al pudor según recaiga: En personas mayores de doce años (púberes) o en personas menores de doce años (impúberes). Como veremos adelante, en estas modalidades varían la composición jurídica del delito y los bienes jurídicos objeto de protección penal.

<sup>201</sup> *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte speciale. 10ª ed. Tomo II, párrafo 1546.*

445. El análisis del precepto total muestra los siguientes elementos constitutivos: I. Ejecución en la víctima de un acto erótico-sexual distinto al ayuntamiento; II. Ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula; III. Que dicho acto se efectúe: a) sin el consentimiento de persona púber, o b) con o sin consentimiento de persona impúber. A estos requisitos derivados de la redacción literal de la ley debe agregarse como elemento psicológico específico: IV. *El ánimo de lubricidad*.

446. I. EJECUCIÓN EN LA VÍCTIMA DE UN ACTO ERÓTICO-SEXUAL DISTINTO AL AYUNTAMIENTO.—El primer elemento, indicador de la acción humana característica de este delito, consiste, según frase legal, en la ejecución en la víctima de un *acto erótico-sexual*. Esta fórmula, introducida por la legislación de 1929 y conservada por la vigente, es redundante, puesto que lo erótico es precisamente lo sexual y lo sexual es lo erótico, sin que exista una diversa categoría para lo erótico-sexual. Claro es que en un significado general amplio existen distinciones entre lo erótico y lo sexual, pero también existen coincidencias. En materia delictuosa en que las acciones típicas consisten precisamente en la cópula o en manejos lúbricos en el cuerpo, estos actos eróticos corporales son al mismo tiempo sexuales, así sean completos o incompletos fisiológicamente considerados. Por supuesto, no se trata de simples pensamientos, inclinaciones, manifestaciones poéticas eróticas o de deseos vagarosamente amorosos, sino de acciones libidinosas ejecutadas corporalmente, lo que equivale a actos somáticos eróticos o sexuales tales como tocamientos lúbricos o fornicaciones.

Según veremos al examinar el segundo elemento, la redacción completa de la norma descriptora del delito excluye de su contenido la cópula, por lo que limitativamente debemos entender por *actos eróticos* en el atentado al pudor: aquellas acciones de lubricidad que resiente *corporalmente* la víctima, tales como caricias, tocamientos o manejos, realizados para excitar o satisfacer, de momento al menos, la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual.

447. Decimos que el atentado al pudor es un delito *corporal* porque el sujeto pasivo siempre lo sufre en su persona ofendiéndose su *inviolabilidad carnal*. Por eso, dentro del concepto de acto erótico o de acto sexual, ejecutado en la víctima, caben diversas hipótesis, en las que ésta siempre resiente en su cuerpo la acción: a) las acciones obscenas que el autor del delito realiza directamente en el cuerpo de la víctima; b) las que hace realizar por un tercero en el ofendido para go-

zarse con su contemplación; c) las acciones corporales lúbricas que se hacen realizar a la víctima en su ofensor; d) las que le hacen efectuar en un tercero como modo contemplativo de excitar o satisfacer la libidine; e) las a que se obliga a un púber o se induce a un impúber a ejecutar materialmente en su propio cuerpo. Nótese que en todas estas hipótesis los resultados de la actividad criminal recaen físicamente en la persona del sujeto pasivo o del activo, que es lo que la ley exige cuando dice: "Al que... ejecute en ella (en la víctima) o la obligue a ejecutarlo, un acto sexual..."

448. La legislación vigente suprimió la disposición del Código Penal de 1929 que ordenaba sancionar como atentados al pudor al *exhibicionismo* (art. 854 del Código Penal de 1929). En materia de lubricidad se entiende por exhibicionismo la acción de mostrar a otro las partes pudendas. Según vimos en capítulo anterior (véase antes número 422), el exhibicionismo lúbrico es una perturbación del instinto sexual por la que el sujeto se place con la exposición en público de sus órganos genitales. Cuando esas acciones impúdicas son efectuadas en sitio público, es decir, en lugar público o en lugar abierto al público, les son aplicables las penas del delito *de ultrajes a la moral pública*, previsto en el segundo apartado del artículo 200 reformado por decreto del 3 de enero de 1966 (*Diario Oficial* de 14 de enero de 1966), del Código Penal. Dentro del atentado al pudor sólo podrán ser reprimibles aquellas exhibiciones obscenas a que se *obligue* corporalmente a cualquiera o a que se *induzca* a un impúbero, así sean realizadas en sitio público o privadamente.

449. Para evitar posibles confusiones entre el delito de *atentados al pudor* que estamos estudiando y el diverso de *ultrajes a la moral pública*, previsto en el artículo 200 reformado, y que consiste en que *ejecute o haga ejecutar por otro exhibiciones obscenas*, es conveniente recordar que el objeto jurídico de este último delito tiene como titular inmediato a la *sociedad* y, en cambio, el atentado al pudor a una *persona humana*. Garraud<sup>202</sup> observa que: "Para que el atentado al pudor sea punible poco importa que haya sido cometido o no en público, mientras que la publicidad es elemento esencial de los ultrajes. Esta diferencia se explica porque el ultraje a la moral pública resulta de un acto que en sí mismo no lesiona la libertad o la moralidad de una persona determinada. La ley no castiga estos actos sino porque son cometidos en público y constituyen así manifestaciones de desprecio a sí mismo y a los demás. Por otra parte, mientras que el ultraje a la moral pública puede consistir en todo acto, todo gesto, toda actitud o, en breves palabras, en todo hecho material que atestigua de parte

<sup>202</sup> *Traité*. Tomo V, párrafo 2088.



de su autor desprecio para el pudor público, es necesario, en cambio, para que el delito de atentados al pudor exista, que el hecho inmoral u obsceno haya sido cometido directamente sobre la persona de un individuo cualquiera."

450. "Sin embargo —agrega Garraud—,<sup>203</sup> resulta que el mismo hecho es susceptible, según las circunstancias, de ser calificado al mismo tiempo de ultraje a la moral pública y de atentado al pudor. En efecto, nada se opone a que un individuo autor de atentado al pudor lo sea, por coincidencia, de ultraje a la moral pública." Cuando esas acciones impúdicas son efectuadas en forma de exhibición, es decir, para que otros las contemplen, les son aplicables las penas del delito de ultrajes.

Estos casos en que con un solo hecho ejecutado en un solo acto se violen varias disposiciones penales, constituyen ejemplos de lo que en la doctrina se llama *acumulación ideal* de delitos o *concurso formal* de infracciones, que nuestra legislación prevé en el artículo 58 (derogado por Decreto del 30 de diciembre de 1983), ordenando para esos casos la aplicación de la pena del delito que merezca mayor sanción, la que podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración. Para Eugenio Florian,<sup>204</sup> el concurso formal existe cuando la acción es una y varias las violaciones de la ley penal que de la misma derivan. "Dos son los requisitos de dicho concurso formal, la unidad del hecho y la pluralidad de las lesiones jurídicas: a) el hecho realizado por el delincuente debe ser único; b) el siguiente supuesto consiste en la violación de varios preceptos legales, esto es, en la circunstancia de que el hecho constituya varios delitos."

451. II. AUSENCIA DE PROPÓSITO DIRECTO E INMEDIATO DE LLEGAR A LA CÓPULA.—El segundo elemento, de tono psicológico negativo, consiste en la ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. Este elemento revela que desde un doble punto de vista el atentado es un acto sexual incompleto: a) material o fisiológicamente; y b) psicológica o subjetivamente.

a) Cuando decimos que la acción lúbrica en el atentado al pudor ha de ser incompleta, material o fisiológicamente, queremos expresar que debe limitarse a los simples tocamientos o acciones corporales lascivos que no lleguen hasta la consumación de la cópula; si se sobrepasa la acción y se realiza ayuntamiento sexual desaparece la figura de atentados al pudor, ahora con la reforma Abuso Sexual, pudiendo surgir otra infracción sexual más grave. Así, cuando se obtiene la cópula por medios violentos o impositivos se integra el delito de violación, previsto en el artículo 265; cuando se efectúa la cópula con privada

<sup>203</sup> *Traité*. Tomo V, párrafo 2088.

<sup>204</sup> *Parte general del Derecho Penal*, trad. esp., Habana, 1929. Tomo II, págs. 75-77.

de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir, o como dice actualmente la reforma sufrida, "*al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo*" el caso encuadra en el delito que se equipara a la violación previsto en el artículo 266 (reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997); cuando se realiza la cópula en menores de doce años (impúberes), aún obteniendo su consentimiento, el caso queda comprendido en el mismo artículo 266, puesto que por la muy corta edad es circunstancia que impide, a lo menos psíquicamente, resistir pretensiones lúbricas cuyo significado, alcance y consecuencias se ignoren racionalmente (véase adelante número 487).

b) No basta que la acción libidinosa en el atentado al pudor, o ahora abuso sexual sea incompleta desde el punto de vista fisiológico o material; menester es, además, que sea incompleta psicológica o subjetivamente, entendiendo por ello que el agente, a través de los actos lúbricos que realiza corporalmente en la víctima, no se proponga en el instante la consecución de la cópula. Para expresarlo positivamente, el delito de atentados al pudor, (*abuso sexual*) se caracteriza porque el agente satisface su libidine, de momento al menos, con los simples tocamientos o acciones lascivas distintas no sólo al ayuntamiento sexual, sino a sus intentonas. La legislación emplea las palabras "sin el propósito *directo e inmediato* de llegar a la cópula" para eliminar el contenido del atentado al pudor (*abuso sexual*) aquellos casos más graves en que el sujeto emplea las maniobras lascivas como principio de ejecución de una cópula, o como modo para obtenerla en el instante o momento, sin solución de continuidad en los actos. En cambio, se integra delito de atentados al pudor, (*abuso sexual*) aunque exista deseo de obtener el ayuntamiento, si el propósito es remoto o lejano.

Este carácter psicológico limitativo es el que da sustantividad propia al atentado al pudor (*abuso sexual*) y el que permite distinguirlo de los otros delitos sexuales en que el ayuntamiento es elemento constitutivo. Si el agente persigue con sus acciones lúbricas ejecutadas en el cuerpo del ofendido una inmediata fornicación con persona impúber o sin consentimiento de persona púber, desaparece la figura del atentado al pudor, surgiendo la tentativa de violación, infracción desde todos puntos de vista más grave. Así, los actos impúdicos ejecutados violentamente en el cuerpo del ofendido para vencer su resistencia y obtener en el instante la conjunción carnal, integrarán tentativa de violación cuando el ayuntamiento no se logre por causas ajenas a la voluntad del agente.

En los procesos, la ausencia de propósito inmediato y directo de ayuntarse se puede inferir fácilmente observando los datos de la con

ducta del atentador y las circunstancias de modo y ocasión en que se haya realizado el atentado. Por ejemplo, resulta evidente que no existe ese propósito, de momento al menos, cuando en la vía pública y sin consentimiento de una mujer un varón la sorprende con sus caricias obscenas.

• 452. III. ATENTADO AL PUDOR EN PÚBLERES O EN IMPÚBLERES.—El tercer elemento indica dos diversas hipótesis legales del delito según el mayor o menor desarrollo fisiológico-sexual de los ofendidos (públeres o impúbleres) y los supuestos que en cada caso ha de llenar la acción (relativos a la ausencia o presencia del consentimiento). Para la integración del delito de atentados al pudor se requiere que el acto erótico se ejecute: a) *sin consentimiento* de persona *públer*; o b) *con o sin consentimiento* de persona *impúblere*. En estas modalidades varían no sólo la composición jurídica del delito sino la naturaleza de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal.

Las glándulas genitales masculinas o femeninas en el decurso de la vida del ser humano representan un doble funcionamiento: incretor y excretor. Cualquiera que sea el sexo, la *secreción interna* de las glándulas sexuales se inicia durante la vida intrauterina del ser humano y, salvo casos de ablación, atrofia o plena afunción glandulares, se manifiesta durante toda la vida del sujeto, contribuyendo este funcionamiento incretor a su fisiología general y a determinar somática y psíquicamente los rasgos diferenciales específicos de uno u otro sexo. La *secreción externa*, en cambio, es temporal y perentoria; se inicia con el juvenil desarrollo general y sexual del sujeto —época característica de la adolescencia, en que comienza la aptitud o capacidad para la vida sexual de relación—, y concluye normalmente con el climaterio en que periclitán las funciones sexuales y reproductoras.

Cualquiera que sea su sexo, *públer* es la persona en que ya han acontecido los fenómenos del desarrollo o del inicio de la aptitud para la vida sexual externa (adolescencia); por tanto, públeres tanto son los jóvenes como los adultos o ancianos, independientemente de su sexo o de que en ellos ya hayan cesado las funciones sexuales por cualquier causa. *Impúbleres* son los niños o niñas en que aún no se han manifestado los fenómenos característicos del desarrollo y de la posibilidad fisiológica de la función sexual excretora.

La determinación del estado puberal o impuberal es obvia tratándose de sujetos ya adultos o de niños de corta edad, en que es suficiente la sencilla observación de su edad o de su morfología somática. En cambio, para las personas que lindan entre la infancia y la juventud,

• La reforma al art. 261 habla de menores de doce años pero se considera dejar el comentario como lo estableció el autor.

en que puede resultar dudoso su estado, deberá consultarse la opinión de los peritos médicos en la inteligencia de que, en términos de generalidad y salvo casos anormales o patológicos, para la mujer el diagnóstico de la adolescencia es fácil por su coincidencia con la aparición de los periódicos tributos ováricos. En el varón, no existiendo un dato externo así de directo y sensible, se establece por la observación de los datos secundarios de la adolescencia: cambio característico de la voz, transformación morfológica del sujeto manifestada en el desarrollo angular o varonil del cuerpo, aparición del bozo y del bello puberal, etcétera, datos reveladores de la posibilidad de eyaculación seminal. Claro es que el diagnóstico sólo debe establecerse a través de esos signos o síntomas secundarios, ya que las pruebas experimentales para verificar la aptitud sexual serían ilícitas por contrarias a las buenas costumbres y por ser facilitadoras de una posible corrupción sexual de los menores.

453. a) *El atentado al pudor en púberes.*—Para la existencia de esta modalidad del delito se requiere, como condición imprescindible, que el acto erótico se ejecute *sin consentimiento* de la persona púber.

La ausencia del consentimiento, que es el elemento que exige la ley, puede manifestarse en varias formas, según sean las ocasiones de comisión, el estado en que se encuentren las víctimas o los procedimientos de ejecución empleados por el autor, a saber:

1. Contra la voluntad libre o expresa del paciente del atentado, ejecutándose la acción libidinosa mediante el empleo de la violencia física —fuerza material aplicada en el cuerpo del sujeto pasivo para anular su resistencia— o de la violencia moral: intimidaciones, amenazas, constreñimientos, en que la víctima por el miedo que la sobrecoge deja ejecutar en su cuerpo el acto que realmente no ha querido. Los atentados por fuerza o intimidación constituyen formas enérgicamente agravadoras del delito, ya que, además del atentado sexual, la violencia expone a la víctima a otros riesgos o daños personales. Por eso el segundo apartado del artículo 260 dispone: *Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena aumentará hasta en una mitad.* (reformado) en lugar de la penalidad ordinaria de la infracción que discurre entre seis meses a cuatro años de prisión (reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997).

2. Contra la voluntad indudable del sujeto pasivo, pero sin el empleo de violencias, como en los casos en que el responsable, por la rapidez o agilidad con que ejecuta la maniobra lúbrica, sorprende de improviso a su víctima, sin darle siquiera lugar a oponerse o a evitar la acción.

3. Contra la voluntad del ofendido, pero sin violencia ni sorpresa, como cuando se realiza el acto erótico en personas que no lo consien-

ten, pero que no pueden ofrecer resistencia dada su plena indefensión: parálíticos, enfermos de dolencias debilitantes o imposibilitadoras de todo esfuerzo, etc.

4. En ausencia de la voluntad o consentimiento de la víctima, en que el acto se realiza en personas privadas de conocimiento por circunstancias tales como: el sueño natural, el sueño por influencia hipnótica, el sueño por drogas hipnóticas, los síncope o desmayos, etc. Aquí la acción se realiza, no contra la voluntad expresa del ofendido, pero sí en ausencia de su consentimiento y aun de su conocimiento.

5. Por último, creemos que los casos anteriores deben extenderse a la realización de actos de deshonestidad sexual en enajenados mentales, aunque se obtenga su aparente consentimiento; opinamos que si el autor conoce la dolencia del paciente debiera sancionarse el hecho como atentados al pudor, porque el consentimiento de los incapacitados mentales está viciado de origen y se estima como no apto jurídicamente. Sin embargo, para evitar dudas, hubiese sido preferible la mención legal de la hipótesis en forma semejante a lo que para la cópula se hizo en el delito que se equipara a la violación previsto en el artículo 266 (véase adelante núm. 534).

En todas estas hipótesis de atentados cometidos sin anuencia de la víctima, lo que ofende la acción delictiva es el derecho subjetivo a la libre determinación de la conducta erótica. Por eso decimos que, cuando esta modalidad del atentado al pudor recae en púberes, el verdadero objeto de la tutela penal es concerniente a la *libertad sexual* y no al *pudor*, como parece sugerirlo la incorrecta denominación del delito empleada en la legislación mexicana por extralógica influencia de la francesa.

En sentido contrario, cuando la acción libidinosa, por inmoral o degradante que sea, es aceptada voluntariamente en forma tácita o expresa por personas que ya adolecieron sexualmente, la infracción no existe. La ley penal no quiere invadir la pura esfera de la moral o de la conciencia individuales, ni intervenir oficiosamente en la libre conducta erótica aceptada por personas ya aptas fisiológicamente para la vida sexual externa. Sólo interviene, por interés colectivo o individual, para custodiar, garantizar o proteger a esas personas púberes contra los actos de liviandad que les sean impuestos sin su voluntad.

454. b) *El atentado al pudor en impúberes* (menores de doce años).—En esta segunda modalidad del atentado al pudor es irrelevante para la integración del delito que los impúberes proporcionen o no su consentimiento. Por tanto, aquí no es propiamente la libertad sexual de los ofendidos lo que se trata de garantizar con la conminación de las penas, sino más bien, por interés colectivo, familiar e indivi-

dual, su *seguridad sexual* contra los actos lascivos facilitadores de una prematura corrupción en sujetos que, por su corta edad y escaso desarrollo fisiológico, ni siquiera son aptos para las funciones sexuales externas y para emitir consentimiento válido y consciente. La temprana edad impide a los niños resistir psíquicamente pretensiones lúbricas cuyo significado, verdadero alcance y reales consecuencias ignoran racionalmente.

Además, su prematura iniciación en actividades eróticas puede ser dañosa, tanto desde un punto de vista ético como psicofisiológico. En efecto, aparte de la posible degradación moral del niño, la realización en su cuerpo de manejos lúbricos para los que no tienen todavía capacidad biológica, puede engendrar en él fijaciones irregulares o desplazamientos aberrantes del instinto sexual que le producirán durante toda su vida grandes trastornos. En esta materia, no debe olvidarse la importancia creciente que la moderna psicología sexual otorga a las primeras experiencias sexuales cuando éstas son prematuras, irregulares, infortunadas o insatisfactorias, causan a veces verdaderos *traumas psíquicos* que lesionan perdurablemente a los sujetos.

Nótese que la agravación de la penalidad contenida en el segundo apartado del artículo 260, por la utilización de violencia física o moral, es también aplicable; en su caso, al atentado al pudor en impúberes (menores de 12 años) (art. 266).

455. IV. EL ÁNIMO DE LUBRICIDAD.—Diversos autores han subrayado el ánimo de lubricidad como especial elemento psicológico para este delito. Así, Manzini<sup>295</sup> estima que la acción del delito es distinta a la conjunción carnal, pero está destinada a excitar o desahogar la propia libidine hacia placeres carnales torpes por sí mismos o por las circunstancias en que se trata de provocar o satisfacer la concupiscencia. Cuello Calón,<sup>296</sup> al comentar el problema de si para la existencia del abuso deshonesto basta la mera voluntad de ejecutar el acto deshonesto, o si, por el contrario, es necesaria la concurrencia del móvil lúbrico de excitar o apagar la sexualidad, considera que esta última es la doctrina justa y cita las opiniones: de Schwarze, quien cree que la comisión de estos hechos ha de estar ligada a una excitación o satisfacción del impulso sexual; de Binding, quien afirma que el acto tiende a la satisfacción de un impulso sexual por parte del agente o a producir en la víctima el placer carnal lesionando al mismo tiempo su honor sexual; y de Evermayer, quien afirma que el hecho debe ser de significación sexual; por tanto, debe tener como base una intención voluptuosa del agente, ya quiera éste excitar su propio goce

<sup>295</sup> *Istituzioni*, pág. 388.

<sup>296</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, pág. 499 y nota 60.

sexual o influir sobre el impulso sexual de otra persona; si se trata de una broma grosera, de maltrato o de una investigación científica, no existe este delito aun cuando el hecho pueda lesionar objetivamente el sentimiento de pudor y moralidad. Para Manfredini,<sup>207</sup> los actos libidinosos son los que se llevan a cabo como efecto de expansión lasciva y con el objeto de satisfacer el instinto sexual. Eusebio Gómez<sup>208</sup> cita las opiniones: de Crivellari, en el sentido de que deben considerarse actos libidinosos todos aquellos contactos y maniobras que puedan excitar los sentidos, aunque no se alcance el desahogo completo de la libido; y de Pozzoloni, quien manifiesta que lo que caracteriza esos actos libidinosos es la intención del culpable que busca la satisfacción a sus deseos lúbricos mediante actos que no constituyen la cópula carnal. El mismo Gómez concluye que revisten el carácter de actos libidinosos los que tienden a la satisfacción del instinto sexual: "Cuando<sup>209</sup> —agrega— se estudia el elemento psicológico de este delito puede surgir la cuestión relativa a saber si ciertos actos que importan ultraje al pudor pueden constituir el delito de abuso deshonesto si el agente ha obrado, no con intención de satisfacer su lujuria, sino con el de injuriar a la víctima. La respuesta no puede ser dudosa. La ley reprime, es cierto, el acto lesivo de la honestidad, pero cuando él importa un abuso erótico, y no hay abuso deshonesto sino cuando se cometen actos libidinosos. El que para injuriar a una mujer, para ridiculizarla o para ofender su decoro pone en descubierto las partes pudendas de la misma o las toca, sin que lo impulse ningún deseo carnal, no comete un abuso deshonesto. Este delito se reprime porque es necesario no dejar impunes aquellos hechos de lascivia que, sin responder a la intención de verificar la cópula carnal, tienen, sin embargo, como finalidad la de procurar satisfacción al apetito sexual."

Después de algunas resoluciones contradictorias, la jurisprudencia española del Tribunal Supremo ha resuelto, según citas de Cuello Calón:<sup>210</sup> es requisito indispensable para la existencia del delito que el culpable esté animado de espíritu de lubricidad o lujuria; sin móvil lúbrico no hay abuso deshonesto; el delito se caracteriza por la exteriorización impúdica de un propósito lujurioso; otros fallos también consideran el móvil lúbrico como elemento de este delito. Por consiguiente, concluye Cuello Calón, no constituyen delitos, por carencia de móvil sexual, los tocamientos realizados por un médico sobre el cuerpo desnudo de una enferma sometida a su examen.

<sup>207</sup> Citado por Eusebio Gómez. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, 1940. Tomo III, pág. 219.

<sup>208</sup> *Tratado*. Tomo III, págs. 218 y 219.

<sup>209</sup> *Tratado*. Tomo III, pág. 225.

<sup>210</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, pág. 409, notas 62 y 63.

En sentido contrario se cita la opinión de Carrara,<sup>211</sup> quien afirma que, para la existencia del delito, debe atenderse, más que al propósito del culpable, a la objetividad del derecho violado, sin que influya sobre el delito la diversidad de causas que puedan animar al agente, siempre que la acción ultraje violentamente el pudor ajeno. Chauveau y Hélie<sup>212</sup> consideran que la ley (francesa) no exige, para la existencia del delito, que el acto haya sido cometido con el objeto de satisfacer una pasión sensual, siendo suficiente que haya producido como efecto ultrajar el pudor; difiere de la violación —agregan— en que ésta tiene esencialmente por objeto procurar a su autor goces sexuales, mientras que el atentado puede tener por objeto la injuria, el ultraje o la venganza, difiriendo, además, en que la violación consiste en un acto único y determinado, mientras que el atentado puede componerse de una multitud de actos diferentes que no tengan el mismo objeto. Garraud,<sup>213</sup> refiriéndose también a la legislación francesa, dice que: "El atentado al pudor consiste en el hecho mismo inmoral u obsceno ejecutado voluntariamente, sin que haya necesidad de preocuparse del móvil del agente; poco importa que éste haya querido satisfacer su lubricidad o cualquiera otra pasión; no debe creerse que el objeto del agente debe ser necesariamente satisfacer una excitación carnal; un acto impúdico cometido sobre la persona de otro o sobre su propia persona con la ayuda de otro, tiene casi siempre por móvil el instinto genésico; pero este acto constituirá un atentado al pudor aun cuando sólo se deba a la curiosidad, al odio o a la venganza."

Dados los términos de la legislación mexicana vigente, en el sentido de que el atentado al pudor consiste en la ejecución de un *acto sexual*, nos parece imprescindible para la integración del delito la existencia en su autor del móvil de lubricidad, pues sin el afán libidinoso no podría calificarse de "sexual" a la acción. Sin embargo, creemos que este ánimo de lubricidad puede tener por objeto satisfacer o desahogar la propia libidine o la de otro, aun la de la propia víctima. Si en el sujeto pasivo se efectúa, sin ánimo de lubricidad y por simple burla, malevolencia u odio un acto en sí mismo deshonesto, no podrá hablarse de la existencia de un verdadero atentado al pudor; sin embargo, esas acciones pueden sancionarse como delito de injuria, ya que éstas no sólo consisten en *toda expresión proferida*, sino también en *toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa* (art. 348, derogado por Decreto del 16 de diciembre de 1985).

Como el delito para ser tal requiere dicho ánimo de lubricidad, el atentado al pudor no admite comisión por imprudencia o culpa.

<sup>211</sup> *Programma* Parte speciale. Titolo II, párrafo 1544.

<sup>212</sup> *Théorie du Code Pénal*. 6<sup>a</sup> ed. París, 1887. Tomo IV, párrafo 1571.

<sup>213</sup> *Traité* Tomo V, párrafo 2090.



Aun cuando el ánimo de lubricidad, como elemento psicológico especial del delito, es de carácter subjetivo y pertenece a la esfera interna de la conducta del delincuente, el juez puede, en los procesos, fácilmente inferirlo partiendo de los datos objetivos eróticos de la conducta y observando las circunstancias que acompañaron la ejecución del acto y la naturaleza de éste. Por otra parte, existe una fuerte presunción del móvil erótico en los actos en sí mismos deshonestos ejecutados corporalmente, porque éstos tienen casi siempre por causa la libidine, siendo excepcional que se realicen por simple burla, malevolencia, odio, venganza o injuria.

456. Al tratar los delitos *contra la moral pública y las buenas costumbres* (art. 200) y de *atentados al pudor* (art. 260), generalmente los comentaristas se detienen a examinar el vacío problema de si el beso puede llegar a integrarlos, tema más propio de un anecdotario jurídico o de un libro de "casos" que de las obras sistemáticas en las que deben bastar las reglas generales de interpretación y el análisis sistemático de los tipos de delito para resolver la casuística.

Así, Cuello Calón,<sup>214</sup> anota: "Ha sido objeto de numerosos estudios, especialmente en Italia, el carácter del beso dado con violencia y si éste puede constituir el hecho integrante de abusos deshonestos; Carrara afirma que dado con violencia y con fin libidinoso puede constituir este delito; de igual manera, para Manzini el beso con intento lascivo y dado en forma que manifieste el estado del agente, integra este delito; según Manfredini, es abuso deshonesto cuando resulta de un impulso lascivo o tiene por fin una satisfacción sexual; para Severino, el beso erótico violento también puede constituir este delito. Pero la jurisprudencia de Italia ha declarado: que no puede integrar este delito aunque sí el de injuria; que no constituye abuso deshonesto. La jurisprudencia alemana ha declarado que el hecho de abrazar y besar en la mejilla a un niño de doce años puede constituir este delito." "La jurisprudencia española —agrega Cuello Calón— vacila en este punto; ha declarado constitutivo de este delito el hecho de besar a un niño mostrándole las partes sexuales; en otros fallos ha declarado que no comete este delito el que besa y abraza contra su voluntad a una joven que encuentra en un camino, sosteniendo ambos una lucha durante breves instantes, aunque puede constituir una vejación injusta por lo que a la perjudicada atañe, y una ofensa a la moral y a las buenas costumbres dada la publicidad del sitio en que se realizó; no comete este delito sino una falta el que en un camino besa y abraza a una mujer a la fuerza hallándose embriagado."

Por nuestra parte, creemos que el problema no ha sido contemplado siempre bajo los correctos ángulos de la tipicidad delictiva. El beso

<sup>214</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, pág. 497, nota 58.

a veces se realiza como simple demostración usual de afecto familiar o amistoso; pero también con frecuencia se efectúa animado de afán erótico. El problema de la tipicidad o atipicidad criminal del beso se reduce a este último.

Claro es que cuando el beso, aun el de ánimo erótico, se realiza públicamente pero en sus formas normales y usuales no puede integrar el delito de *ultrajes a la moral pública* previsto en el artículo 200 del Código Penal, porque la moral media de la población acepta su práctica y no se ofende con su contemplación. Dicho delito de ultrajes contiene un elemento *normativo* —ofensa a la moral pública— que debe ser apreciado por el juez valorando las reglas medias de cultura de la sociedad, la cual acepta la práctica pública del beso, autoriza su constante relato en las obras literarias y su exhibición en las escenas teatral o cinematográfica. Tampoco podrá integrar delito de atentados al pudor la ejecución pública o privada del beso con personas púberes que lo acepten voluntariamente. Contra este criterio sólo se podrían enfrentar las opiniones de moralistas de exagerada pretensión puritana y de aquellos policías, tan frecuentes en nuestras ciudades, que con fingimientos de hipócrita moralidad acechan y asaltan distraídas parejas de afectuosos enamorados para hacerlas víctimas de sus *chantajes* y extorsiones.

En cambio, el atentado al pudor existirá cuando el beso, animado de pretensión lúbrica, se realice pública o privadamente sin consentimiento de personas púberes, o aun con la anuencia de impúberes, ya que, en el primer caso, su práctica impositiva ofende la libertad sexual, y, en el segundo, afecta el interés público de la conservación de las buenas costumbres en aquellas personas no aptas todavía para la vida sexual externa (seguridad sexual de los menores); buenas costumbres que pueden ser comprometidas por la práctica de actos prematuros de lubricidad.

°457. *El delito de atentado contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado* (art. 261 del Código Penal). El momento consumativo de esta infracción es instantáneo y se cumple cuando se efectúa cualquier acción libidinosa en el ofendido. Este precepto constituye una expresa derogación específica de las reglas generales de la tentativa (arts. 12 y 63 del Código Penal) establecida en razón de que, antes del momento consumativo, los hechos anteriores son equívocos o simplemente preparatorios y, por tanto, no deben ser punibles. Además, para la existencia de la tentativa punible se requiere la ejecución de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización del delito (art. 12), y en el atentado al pudor la ejecución de estos hechos

\* El art. 261 anterior a la reforma se derogó por decreto el 29 de diciembre de 1988 (D. O. 4 ene, 1989), pero estimando su importancia se deja el comentario tal como lo concibió el autor.

supone ya la realización de maniobras lúbricas en el cuerpo del ofendido, es decir, coincide con la consumación de la figura.

457 bis. La reforma del artículo 261 (también reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997), del 29 de diciembre de 1988, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de enero de 1989, elimina la tentativa, dándonos la razón y establece una mayor penalidad en el caso de que el sujeto pasivo del ilícito sea un menor de doce años o que por cualquier causa no pueda resistirse, tomando en cuenta que el activo demuestra una mayor peligrosidad, una lubricidad en grado extremo, que en estado de una gran excitación morbosa ataca a una menor de doce años o que, por enfermedad, deficiencias físicas o mentales no pueda poner resistencia a tales ataques.

458. Concluido el estudio analítico de la composición del delito, sólo nos resta examinar si es correcto o no que se le denomine en la legislación mexicana como "atentados al pudor". En la defectuosa reglamentación contenida en el Código mexicano de 1871 el nombre del delito correspondía a la descripción del tipo, ya que la acción se describía como "todo acto impúdico que puede ofenderlo...", frase que, por imprecisa, fue suprimida en la legislación actual. A nuestro parecer, en el Código vigente, no obstante que la denominación del delito parece sugerir que es el *pudor* el bien jurídico objeto de la protección penal, la redacción legal del tipo demuestra que en realidad la tutela se establece en beneficio de la libertad o de la seguridad sexuales de los ofendidos.

En efecto, el pudor individual es un sentimiento adquirido en el curso de la vida humana y que puede desaparecer total o parcialmente después de formado, consistente en la ocultación y vergüenza de los órganos sexuales, de sus atributos y, en general, de todo lo que representa una actividad lúbrica. Este sentimiento no es innato a la persona humana; así lo demuestran los niños de corta edad que exhiben sin tapujos, con la mayor tranquilidad, su cuerpo desnudo y sus órganos sexuales y hacen referencia continua a ellos; no es sino a través de la censura, de la educación y de la imitación como en los niños se va formando el sentimiento de vergüenza acerca de lo sexual. Diversos factores fomentan la creación del pudor, principalmente los de orden religioso, moral o estético; el factor estético no deja de tener gran importancia en la formación y sostenimiento del pudor, puesto que, en personas de idéntica moralidad y costumbres iguales, a veces es más púdica la que tiene imperfecciones o defectos corporales. Una vida degradada, corrompida o envilecida por los vicios puede destruir los sentimientos púdicos en las personas. El Código actual, a diferencia del de 1871, no se preocupa en tutelar ese sentimiento. Tratándose de púberes, el delito puede recaer en personas *impúdicas*, siempre que no

den su consentimiento al acto erótico; no porque el sujeto haya perdido el pudor ha perdido el derecho a la *libertad sexual* y ha dejado de merecer la protección legal contra actos eróticos que le sean impuestos sin su anuencia. Por ejemplo: una prostituta degradada puede haber perdido todo pudor debido a su corrupción, pero nadie puede ofenderla en su conducta erótica con actos que ella no quiera tolerar. El acto erótico puede realizarse, por otra parte, en niños de tan corta edad que en ellos no se haya formado todavía el sentimiento de vergüenza u ocultación de lo sexual; aun cuando estas personas sean *apúdicas* existe el interés social de la protección de su *seguridad sexual*.

459. Pero si bien la denominación legal del delito es incorrecta, su clasificación dentro del título de los delitos sexuales es correcta, ya que la acción ejecutada por el infractor es siempre de tono libidinoso y los derechos del ofendido, violentados o comprometidos por la acción, son concernientes a su propia vida sexual, reuniéndose en el caso la doble exigencia a que nos referimos antes en el número 392 y siguientes.

460. Desde un punto de vista criminológico, se observa que los autores de atentados al pudor generalmente son personas que se encuentran en el orto o en el ocaso de la vida sexual; son los jóvenes que apenas adolecen sexualmente y que, por inexperiencia, no encuentran fácil desahogo a sus apetencias o las personas en que declinan las funciones sexuales los más frecuentes atentadores contra el pudor; psicológicamente este delito muestra en sus autores, por un motivo o por otro, *insatisfacción sexual* o supervivencia del afán sexual después de desaparecida su posibilidad.

Un delito de nuevo cuño se ha adicionado al Código punitivo, "*Hostigamiento Sexual*"; y señala este tipo en la siguiente forma: "*Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo*". "*Sólo será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño*"... (art. 259 Bis.).

El hostigamiento de tipo sexual, no es un problema actual, contemporáneo, ni es privativo de la sociedad mexicana, basta con recordar la época feudal en la edad media, cuando los señores Feudales gozaban de las primicias de la mujer casada con uno de sus siervos, en la noche de la boda, ejerciendo el derecho de pernada.

Este delito de nueva creación, ha tomado auge por el desempleo, por la carencia de capacidad de algunas mujeres que sin la debida capacitación para el trabajo, temen perder éste, y tiene por objeto y propósito la salvaguarda de la libertad sexual de la persona.

## CAPÍTULO XXVII

### EL DELITO DE ESTUPRO

(ARTS. 262 Y 263 DEL C. P.)

#### TEMARIO

461. Dudosa etimología de la palabra *stuprum*.—462. Diversas significaciones antiguas de estupro; definición doctrinaria del mismo.—463. Protección penal a las mujeres de corta edad en caso de ayuntamiento sexual no violento.—464. Dos principales sistemas de protección.—465. a) Principio de la absoluta inviolabilidad sexual de las niñas innúbiles.—466. Principio de la relativa inviolabilidad sexual de las mujeres muy jóvenes; el estupro como delito diferenciado.—467. La seguridad sexual como bien jurídico objeto de la protección penal en el estupro.—468. Antecedentes en el Derecho Penal romano.—469. El Derecho canónico.—470. La legislación de las Partidas como antecedente más cercano de la noción moderna de estupro.—471. Distintas clases de estupro en la legislación española vigente; crítica.—472. Otras legislaciones.—473. La legislación mexicana.—474. El estupro en el Código Penal de 1871; crítica.—475. Sistema del Código Penal de 1929.—476. Descripción y elementos del estupro en el Código Penal vigente.—477. Primer elemento: la cópula.—478. Significado general de cópula: ayuntamientos normales o anormales.—479. Significado restringido de cópula en el estupro: ayuntamiento normal.—480. Momento consumativo del estupro.—481. El varón como único sujeto activo posible del delito.—482. Diferencia entre estupro y violación o el atentado desde el punto de vista del primer elemento.—483. Medios de comprobación de la cópula.—484. Segundo elemento: la mujer menor de dieciocho años; razón de ser de este límite máximo; exclusión de los varones o de las mujeres mayores de esa edad de la protección penal.—485. Prueba de la minoría de dieciocho años.—486. Inconvenientes del sistema.—487. Caso en que la acción recae en niñas impúberes; correcta solución: delito que se equipara a la violación.—488. Diferencias del estupro con la violación, el atentado al pudor y el rapto, desde el punto de vista de los sujetos pasivos.—489. Tercer elemento: castidad y honestidad de la mujer.—490. El concepto de castidad.—491. Diversas hipótesis.—492. La castidad de las solteras.—493. La castidad de las viudas, divorciadas y de las mujeres cuyo matrimonio ha sido anulado.—494. La castidad de las casadas; imposibilidad de su estupro.—495. La honestidad.—496. La castidad y la honestidad son elementos normativos.—497. Su diferencia con la virginidad.—498. Cuarto elemento: obtención del consentimiento por engaño o seducción.—499. El engaño.—500. La seducción.—501. Formas de persecución del delito; causas especiales de extinción de la acción.—502. La reparación del daño.

461. La voz latina *stuprum*, traducida estupro al romance castellano, es de origen etimológico muy dudoso. Según Commelerán,<sup>215</sup> proviene de una palabra griega (*sigma*, *tao*, *upsilon* y *omega*) que significa la erección viril. Es más probable que tenga su origen en *stupor*, pasma, *stupor sensuum*, pasma o entorpecimiento de los sentidos. Com-

<sup>215</sup> Diccionario Clásico etimológico latino-español.

parando las diversas definiciones antiguas de *stuprum*, nos hace observar don Luis Cabrera, se ve que al concepto general de *concúbito* debía sumarse como indispensable el de *ilicitud*, al grado de que originariamente se confundían con el estupro al adulterio, al incesto y a los ayuntamientos contra natura.

462. La palabra estupro, dice Carrara,<sup>216</sup> ha sido empleada con significaciones sustancialmente diversas: en sentido figurado, preferido por los oradores y los poetas, servía para expresar cualquier turpitud; en el lenguaje jurídico tuvo un sentido amplísimo destinado a significar cualquier concúbito venéreo, comprendiendo así al adulterio; y, finalmente, la palabra se restringió para indicar el concúbito con persona libre de vida honesta, siendo este el significado que más generalmente se le atribuyó, sin que faltasen quienes la usasen en sentido muy reducido para el caso de desfloramiento de virgen, distinguiéndose así entre el *estupro propio* y el *estupro impropio*, consistiendo el primero en la desfloración. Por éstos motivos —sigue diciendo Carrara—, y por el antagonismo de las escuelas y de las legislaciones acerca de su punibilidad surgió una infinita diversidad en las definiciones que del estupro encontramos en los diversos escritores de asuntos criminales; de ahí también nacieron las investigaciones y cuestiones innumerables, en las que tanto se extendieron, especialmente los antiguos, en torno al requisito y al signo de la desfloración. El propio Carrara propone como definición del estupro: *el conocimiento carnal de mujer libre (no ligada por matrimonio) y honesta, precedida de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia*.

Esta definición no corresponde plenamente a la mexicana del delito y es inexacta por demasiado extensa, ya que no limita en ninguna forma la edad de la ofendida, como generalmente se hace en casi todas las legislaciones que prevén el delito. Por nuestra parte, observando sus características más constantes en las legislaciones contemporáneas, no siempre acordes, proponemos como noción doctrinaria general la siguiente: *el estupro es la conjunción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta*.

463. En las legislaciones penales modernas se acuerda protección especial para las mujeres de corta edad respecto de los actos de ayuntamiento sexual realizados en sus personas aunque sea con su consentimiento y sin el empleo de la violencia. En las diversas legislaciones varía la edad de la mujer señalada como límite máximo contra estos abusos no violentos: Holanda, Alemania, Noruega y Bélgica la fijan en 16

<sup>216</sup> *Programma. Parte speciale. Tomo II, párrafo 1481.*

años; Dinamarca, Portugal, México e Inglaterra, en 18 años; Francia, en 13 años; Italia, en 12 años; Polonia y Argentina, en 15 años; Perú y Venezuela, en 21 años; Chile, en 20 años. En Rusia, sin señalar edad, se indica que la persona no haya alcanzado la madurez sexual. En España se fijan los 23 años.

464. Aparte de las variaciones en la edad de las víctimas, dichas legislaciones presentan radicales diferencias en las formas legales de establecer dicha protección. Dos principales sistemas existen:

465. a) Algunas legislaciones desconocen el delito de estupro y se limitan a sancionar con las penas del delito de violación la cópula con mujeres de tan corta edad que son legal y fisiológicamente innúbiles, cualesquiera que sean los procedimientos de que se valga el agente para obtenerla, consagrándose así como principio la *absoluta inviolabilidad o intangibilidad sexual* de las niñas.

Así, aun cuando el antiguo Derecho Penal francés castigaba el llamado *raptó por seducción*, consistente en el hecho de que, para satisfacer las personales pasiones, se corrompiera a solteras y viudas menores de edad, el Código Penal francés vigente y las legislaciones que siguen su ejemplo —salvo el caso del ayuntamiento sexual con mujeres menores de trece años, que se reputa como violación—, ignoran al delito de estupro (art. 331 del Código Penal francés). Es cierto que el delito de corrupción de menores, según la jurisprudencia francesa, es aplicable, “no solamente a los miserables individuos que hacen su oficio del proxenetismo, sino también a todos los que fuera de la intermediación propiamente dicha buscan corromper menores y propagar los vicios, aun para satisfacer sus personales pasiones; pero salvo estos casos, escapan a las previsiones de la ley los actos de *seducción personal o directa*” (Garraud).<sup>217</sup>

466. b) Otras legislaciones, especialmente las de tradición ibérica (España, Portugal y en general los países iberoamericanos), además de establecer la *inviolabilidad absoluta* de las niñas bajo bases, semejantes en este punto a las de las legislaciones francesa e italiana, extienden su protección para aquellas mujeres ya núbiles, pero jóvenes, de vida sexual recatada, por la obtención del ayuntamiento sexual, erigiéndose así al estupro en delito independiente, de sustantividad propia, diferenciado del atentado al pudor, de la violación y aun de la corrupción de menores.

467. En este delito el bien jurídico objeto de la protección penal es concerniente a la *seguridad sexual* de dichas mujeres honestas con-

<sup>217</sup> *Traité*. Tomo V, párrafo 2121.

tra el ayuntamiento sexual obtenido abusando de su inexperiencia (principio de la *relativa intangibilidad sexual* para las mujeres jóvenes). La tutela penal en el estupro se establece por interés individual, familiar y colectivo en la conservación de sus buenas costumbres.

468. La tradición ibérica arranca del Derecho Penal romano, en el que, dentro del concepto general de ofensas al pudor de la mujer, se comprendía tanto al delito de *adulterium* como al de *stuprum*, según Mommsen.<sup>218</sup>

Para el Digesto (Ley XXXIV, título V, libro XLVIII), comete el delito de estupro el que fuera de matrimonio tiene acceso con mujer de buenas costumbres, exceptuando el caso de la concubina; el adulterio se comete con mujer casada; el estupro, con una viuda, una virgen o una niña. La Instituta de Justiniano dice: "La misma ley Julia castiga el delito de estupro, en que sin violencia se abusa de una doncella o de una viuda que vive honestamente; la pena para gente acomodada es la confiscación de la mitad de los bienes, y para los pobres pena corporal" (Ley IV, título VIII, párrafo IV).

469. En el mismo sentido, para el Derecho canónico el estupro es el comercio carnal ilícito con una mujer virgen o viuda que viva honestamente y que no sea pariente en grado prohibitivo para el matrimonio; esto último, para diferenciarlo del incesto.

470. Como origen histórico más cercano de las legislaciones vigentes española e iberoamericanas que conservan con fisonomía propia al delito de estupro, se puede mencionar el Título XIX, Leyes I y II, de la Setena Partida aplicable a "los que yacen con mujeres de Orden (pertenecientes a Órdenes religiosos), o con viudas que vivan honestamente en sus casas, o con vírgenes, por halago o engaño, sin hacerles fuerza". Por la importancia que tienen dichas leyes de las Partidas, como antecedente muy cercano a la descripción mexicana del delito, trasladamos lo principal de su texto:

*Castidad es una virtud que ama Dios, e deuen amar los omes. Ca, segund dixerón los Sabios antiguos, tan noble, e tan poderosa es la su bondad, que ella sola cumple para presentar las animas de los omes, e de las mugeres castas, ante Dios; e por ende yerran muy gravemente aquellos que corrompen las mugeres, que bien de esta guisa en Religión, o en sus casas, seyendo biudas, o seyendo virgenes.*

*Graueamente yerran los omes que se trabajan de corromper las mugeres Religiosas, porque ellas son apartadas de los vicios, e de los sabores deste mundo. e se encierran en el Monasterio para fazer aspera*

<sup>218</sup> Derecho Penal Romano. Tomo II, págs. 160, 163 y sigs.



*vida, con intención de servir a Dios. Otrosi dezimos, que fazen grand maldad aquellos que sosacan con engaño, o falago, o de otra manera, las mugeres virgines, o las biudas, que son de buena fama, o bien honestamente; e mayormente, quando son huespedes en casa de sus padres, o dellas, o de los otros que fazen esto usando en casa de sus amigos: e non se puede escusar, que el que yoguiere con alguna muger destas, que non fizo muy gran yerro, maguer diga que lo fizo con su plazer della, non le faziendo fuerca. Ca, segund dizen los Sabios antiguos, como en manera de fuerca es, sosacar e falagar las mujeres sobre-dichas, con prometimientos vanos, faziendoles fazer maldad de sus cuerpos; e aquellos que traen esta manera, mas yerran que si lo fiziesen por fuerca.*

471. En el Código español de 1963 vigente, bajo la denominación común de estupro, se comprenden tres diferentes delitos de descripción y naturaleza distintas:

a) *El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada* (art. 434 del Código Penal español). Este delito, al que la doctrina española designa *estupro doméstico*, tiene como característica esencial que lo separa de la noción del estupro generalmente aceptada la de que no es menester que el sujeto activo haya empleado procedimientos fraudulentos, siendo bastante, para la punibilidad del hecho, que se ejecute por personas que guarden, acerca de la víctima, determinadas condiciones de superioridad, dominio espiritual o confianza. Por otra parte, se requiere que la mujer ofendida sea doncella, es decir, virgen, pura de todo contacto vaginal. Separándose de la noción doctrinaria del estupro, este caso se sanciona como modo de garantizar a las mujeres inexpertas, menores de edad, contra los abusos de autoridad o de confianza en el aprovechamiento sexual.

b) *El estupro cometido con hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años* (art. 435 del Código Penal español). De esta manera y en forma defectuosa en cuanto a su clasificación y descripción, incluye el Código español al *incesto* dentro del delito de estupro. Además de la incorrecta denominación del delito, su principal defecto consiste en considerar en todo caso simplemente como víctimas del incesto a las mujeres aun cuando ya sean plenamente adultas, responsables de sus actos y consientan la prestación sexual, caso en que más bien son partícipes de la infracción.

c) *El estupro cometido por cualquier otra persona con una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, interviniendo engaño* (párrafo primero del art. 436 vigente del Código Penal español). Esta forma del delito corresponde con mayor cercanía a su noción general-

mênenté aceptada, puesto que el fraude es elemento imprescindible. Sin embargo, la ley española no exige literalmente que la mujer sea doncella o de conducta sexual honesta; fue necesario que la jurisprudencia interpretase la descripción en el sentido de que la víctima debe ser de vida honesta y buenas costumbres, aunque no sea doncella. Además, nótese que en la norma no se indica en qué consiste la acción material de estuprar, interpretándose doctrinaria y jurisprudencialmente como el acceso carnal, aunque la cópula no sea perfecta ni produzca el embarazo de la ofendida.

472. El Código portugués que, a juicio de Demetrio Sodi,<sup>219</sup> es el antecedente más cercano de la legislación mexicana en esta materia, describe el delito en el sentido de que lo comete: *aquel que, por medio de seducción, estupra mujer virgen, mayor de doce y menor de dieciocho años* (art. 392 del Código Penal portugués). No obstante la respetable afirmación de Sodi, debe advertirse que el Derecho mexicano, desde el Código Penal de 1871, se separó notablemente de la norma portuguesa, especialmente porque no exige que la mujer sea virgen, siendo suficiente su castidad y honestidad y porque, además de la seducción, el engaño puede ser medio para lograr el asentimiento de la menor. Por esta consideración nos parece que el auténtico antecedente es el de la Setena Partida: "los que yacen con mujeres de Orden, o con vírgenes, por halago o engaño, sin hacerles fuerza". "Ca, según dicen los sabios antiguos, como en manera de fuerza es, sonsacar e falagar las mujeres sobredichas, con prometimientos vanos, faciendoles facer maldad en sus cuerpos."

La legislación argentina describe al delito así: *Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior* (es decir, cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistir, y cuando se usare de fuerza o intimidación, hechos que constituyen casos de violación) (art. 120, en relación con el 119, del antiguo Código Penal argentino). En esta fórmula, excluidos los casos de violación, no se exige sino la honestidad de la víctima, sin que importe la naturaleza fraudulenta de los procedimientos utilizados por el autor.

El Código de Defensa Social de Cuba, además del estupro doméstico, que reglamenta en igual forma que el Código español, considera el estupro cometido en *doncella mayor de doce años y menor de dieciséis interviniendo engaño, seducción o promesa de matrimonio* (ar-

<sup>219</sup> Nuestra ley penal. Tomo II, pág. 440.

tículo 486). Difiere esencialmente del Código mexicano en que éste no exige la virginidad de la víctima sino su castidad y honestidad.

473. **LEGISLACIÓN MEXICANA.**—Examinados en los párrafos anteriores los principales sistemas de reglamentación del delito de estupro, procede el estudio de la legislación mexicana, la que muestra una evolución particularmente interesante en la descripción del delito, a través de los Códigos de 1871, de 1929 y del vigente, y que, en nuestro concepto, ha llegado al mejor perfeccionamiento legislativo dentro del Derecho comparado.

474. El Código Penal de 1871, como fórmula general, establecía: *Llámanse estupro la cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento* (art. 793). El siguiente artículo (794) ordenaba: *El estupro sólo se castigará en los casos y con las penas siguientes: I. Con cuatro años de prisión y multa de segunda clase, si la edad de la estuprada pasare de diez años pero no de catorce; II. Con ocho años de prisión y multa de cien a mil quinientos pesos, si aquélla no llegare a diez años de edad; y III. Con arresto de cinco a once meses y multa de cien a mil quinientos pesos, cuando la estuprada pase de catorce años, el estuprador sea mayor de edad, haya dado a aquélla por escrito palabra de casamiento y se niegue a cumplirla sin causa justa posterior a la cópula, o anterior a ella, pero ignorada por aquél.*

En cuanto al caso previsto en la fracción II, Demetrio Sodi<sup>220</sup> decía: "El estupro se castiga con ocho años de prisión cuando la ofendida no llega a diez años de edad; luego la ley supone que una niña de diez, de nueve, de ocho, etc., años, puede tener cópula carnal con su consentimiento, sabiendo lo que hace y prestándose al acto carnal por el engaño o por la seducción; esto es absurdo."

En lo que concierne a la fracción III del viejo Código mexicano, el mismo Sodi<sup>221</sup> comentaba: "Aquí la ley descarta la seducción y sólo se fija en el engaño, que hace consistir en la promesa matrimonial, hecha por escrito. Si en el sentimiento amoroso hay, como dice Spencer, una gran libertad de acción, una exaltación de la simpatía, una actividad sin límites, una gran cantidad de estados de conciencia, es aventurado afirmar que la simple promesa de matrimonio constituya un engaño, y que este engaño haya determinado la caída de la esfera ideal, la desestimación de sí mismo, para producir la unión material, la posesión, sin tener presente que el instinto sexual es el centro alrededor

<sup>220</sup> Nuestra ley penal. Tomo II, pág. 443.

<sup>221</sup> Nuestra ley penal. Tomo II, pág. 443.

del cual gravita todo el problema de la psicología del amor. Ahora bien: si en algunos casos la promesa del matrimonio es la determinante del estupro, ¿por qué exigir la prueba escrita cuando el engaño y la misma promesa se pueden presentar bajo otro aspecto mucho más grave? Recuerdo, a este propósito, que a una joven de dieciocho años se le hizo creer que se presentaba ante el juez del Registro Civil para contraer matrimonio, y sin que se hubiera escrito el acta, resultó casada con un joven que simuló la ceremonia ayudado de sus amigos, uno de los cuales fungió como juez del Registro Civil. El hecho no cayó bajo el conocimiento de los tribunales; pero, de haberse instruido la averiguación, ¿se hubiera podido castigar como estuprador al responsable, dados los términos en que está redactada la fracción III del artículo 794? No, seguramente. De lo apuntado, ligeramente se desprende la deficiencia de nuestra ley, la que da margen a un sinnúmero de arbitrariedades y de problemas."

475. Mejorando sensiblemente el sistema anterior, aunque no en todos sus aspectos, el Código Penal de 1929 definió el estupro como: *La cópula con una mujer que viva honestamente, si se ha empleado la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento* (art. 856 del Código Penal de 1929), agregando que *por el solo hecho de no pasar de dieciséis años la estuprada, se presumirá que el estuprador empleó la seducción o el engaño* (art. 857 del Código Penal de 1929). Además, dicho Código completaba el sistema estableciendo: *El estupro será punible sólo cuando la edad de la estuprada no llegue a dieciocho años, y se sancionará del modo siguiente: I. Con tres años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la estuprada fuese impúber; y II. Con un año de arresto y multa de diez a quince días de utilidad, si la estuprada fuere púber. Será circunstancia agravante de cuarta clase: ser doncella la estuprada* (art. 858 del Código Penal de 1929). Esta reglamentación conservó el defecto de considerar como estupro la cópula obtenida de impúberes; mejor solución es equiparar este caso a la violación (véase adelante núm. 487).

476. El Código Penal de 1931 describe y pune el estupro en un solo precepto: *Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos* (art. 262). De esta manera se eliminó, en la legislación vigente, el casuismo de los Códigos mexicanos anteriores y de las principales legislaciones extranjeras, reduciéndose el delito a un solo tipo.

Los elementos del estupro que se desprenden del análisis de su composición son los siguientes: I. Una acción de cópula normal; II. Que

esa cópula se efectúe en mujer menor de dieciocho años; III. Que la mujer sea, además, casta y honesta, y IV. Que se haya obtenido su consentimiento por medio de: a) engaño, o b) seducción.

Del anterior análisis se desprende que, en el estupro, el bien jurídico objeto de tutela a través de la conminación de las penas no es la libertad, sino la *seguridad sexual* de las inexpertas jóvenes contra los actos de libidine facilitadores de su prematura corrupción de costumbres.

Por reforma del 29 de diciembre de 1984 publicada en el *Diario Oficial* el 14 de enero de 1985, se modificó el artículo 262, quedando como sigue:

*Art. 262. Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se le aplicará de un mes a tres años de prisión.*

(Derogado por Dec. del 20 de dic. 1990, D. O./21 ene. 1991).

Primero se eliminó el elemento "seducción" en el delito de estupro, como medio operatorio desplegado por el sujeto activo para lograr lo que algunos tratadistas llaman el fraude amatorio, así como la sanción económica, ahora, con la reforma "*Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.*" (Art. 262).— *Consideramos dejar el texto original del autor como en ediciones anteriores.*

477. PRIMER ELEMENTO.—La acción humana típica del delito consistente en la *cópula normal*.

478. En su acepción erótica general, aplicable a la violación pero no al estupro, la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales —de varón a mujer, precisamente por la vía vaginal— y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos —de varón a varón—, o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural. Intencionalmente excluimos del amplísimo concepto de cópula el acto homosexual femenino —inversión ejecutada de mujer a mujer—, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril. Para las razones por las que aceptamos el concepto general de cópula, véase adelante número 507.

479. No obstante el significado general amplísimo de la cópula venérea que hemos aceptado, referido ya el problema al concreto deli-

to de estupro, debemos restringir su alcance. Dada la redacción íntegra del artículo 262 que describe su tipo legal y por la presencia de los restantes elementos, se infiere que la cópula en el estupro se limita exclusivamente al coito normal —obra de varón a mujer por la vía natural—. En efecto, excluimos las fornicaciones homosexuales masculinas —de varón a varón— porque el estupro, para existir, ha de recaer taxativamente en mujer. Eliminamos, además, los actos contra natura efectuados de varón a mujer —en vasos no idóneos fisiológicamente para el concubito—, porque en nuestro concepto la aceptación que ésta haga en su cuerpo de tales acciones de anormalidad lúbrica, revela en ella, al menos psíquicamente, ausencia de honestidad sexual, elemento normativo imprescindible exigido por el legislador para acordar a la mujer protección contra el estupro.

480. En cambio, para la existencia del elemento “cópula” es indiferente que el ayuntamiento se haya agotado fisiológicamente por la *seminatio intra vas* o que no se haya efectuado la eyaculación en el vaso, puesto que, en ambos casos, la acción de copularse ha existido y, también, se han lesionado los intereses jurídicos —seguridad sexual de las mujeres de corta edad y de vida sexual correcta— objeto de la tutela penal; el daño que sufre la víctima en dicha seguridad existe aun cuando el estuprador no haya logrado realizar la *delitia carnis* o aun cuando intencionalmente la haya interrumpido en el curso de la fornicación. También es irrelevante para los efectos de la existencia del delito que el concubito haya dado o no origen a la preñez de la mujer.

El estupro es delito instantáneo; se consuma en el momento mismo de la intromisión sexual con independencia de su agotamiento fisiológico o de que el acto sea interrumpido intencional o involuntariamente antes del derrame seminal, o de que éste, por cualquier causa, no se pueda lograr, y con independencia también de las consecuencias posteriores a la cópula.

481. El único sujeto activo posible del estupro es el varón, quedando radiada totalmente la hipótesis de que una mujer pueda realizarlo, ya que en los actos lésbicos —de mujer a mujer— no existe propiamente fenómeno copulativo.

482. Desde el punto de vista del primer elemento constitutivo del estupro, surge una primera diferencia, a lo menos en la legislación mexicana, entre este delito y la violación, puesto que a pesar de que en la redacción de los artículos 262 y 265, que enmarcan abstractamente

su respectiva tipicidad, se emplea la misma locución "cópula" para indicar la acción humana en ambas infracciones, por la presencia de los restantes elementos diferenciales, se infiere que el concepto de cópula varía en una y otra infracción: restringido en el estupro, extenso en la violación.

En lo que concierne a su comparación con el atentado al pudor y desde el mismo punto de vista de las acciones ejecutadas, el estupro difiere notablemente. Los dos delitos suponen una actividad erótica del infractor, pero en el atentado la acción lúbrica es, como hemos advertido con anterioridad (véase núm. 415), incompleta, tanto fisiológica como subjetivamente; el atentador no se ayunta con el ofendido, ni siquiera pretende, en forma inmediata y directa al menos, obtener la cópula; su acto de lubricidad se limita a acciones corporales tales como caricias, tocamientos o manejos, realizados para excitar o satisfacer en el instante o momento la libidine. En cambio, el estuprador realiza concubito venéreo, acción en que se consuma el delito.

483. En los procesos judiciales, la comprobación de la cópula se obtiene, en la generalidad de los casos, por medio de la prueba pericial; pero ésta no es indispensable, ya que puede demostrarse por cualquier otro medio de prueba de los aceptados por el procedimiento penal: confesión apoyada en otros datos, testimonios, documentos, indicios, etc. La prueba del concubito se obtiene pericialmente en aquellos casos en que deja alguna huella fisiológica o material, como cuando el ayuntamiento ha dado por resultado la reciente desfloración de la ofendida, o cuando ha producido embarazo, o cuando el coito es tan cercano que todavía pueden encontrarse residuos seminales en los órganos íntimos de la mujer o del varón. Para la comprobación del cuerpo del delito nuestros tribunales generalmente se conforman con mandar examinar a la mujer acerca de si ha sido desflorada recientemente, olvidando así que, según explicaremos al estudiar el tercer elemento del delito, para la existencia del mismo no se requiere necesariamente que la víctima fuera doncella al realizarse el acto —aun cuando éste es el caso más frecuente y en que resulta el delito más fácilmente comprobable— sino exige simplemente que sea casta y honesta. Por otra parte, mujeres que presentan íntegros los signos anatómicos de la virginidad en el momento del reconocimiento pericial, pudieron, no obstante, sufrir el estupro sin ruptura del himen, por ser éste distensible, es decir, de los que por su elasticidad permiten uno o varios coitos sin desgarrarse. Además, existen mujeres que, aun cuando por primera vez han conocido obra de varón, no presentan signos de desfloramiento reciente por tener la membrana con escotaduras congénitas o con des-

garramientos anteriores debido a accidentes o traumatismos no originados por relaciones eróticas. Dar por improbable el elemento material "cópula" por la sola ausencia de un desfloramiento reciente, a pesar de que existan otras probanzas del acto, es desconocer el tipo del delito, que no supone necesariamente, para otorgar su protección a las mujeres en el estupro, la doncellez de las mismas.

° 484. SEGUNDO ELEMENTO.—En el delito de estupro el único posible sujeto pasivo de la infracción es la *mujer*: pero no cualquier mujer, sino exclusivamente la *menor de dieciocho años*; y ni siquiera toda menor de esa edad, sino la que sea, además, *casta y honesta*, condición normativa esta última que estudiaremos en el tercer elemento. De esta manera se restringe notablemente el campo de la tutela penal, limitándola a la protección de la seguridad sexual de las mujeres muy jóvenes y de vida sexual correcta, respecto de aquellos actos sexuales no violentos, pero obtenidos por procedimientos dolosos (seducción o engaño).

La principal consecuencia en el estupro es la posibilidad del embarazo, así como la pérdida de la virginidad en la mujer, cosa que no puede suceder biológicamente en el varón.

Si bien es posible que un individuo sodomita, lograrse por medio de un engaño la anuencia de un varón para realizar el acto sexual, de acuerdo con el precepto reformado no existiendo los elementos de castidad y honestidad un homosexual (masculino) puede querellarse por una venganza en contra de una persona, lo que consideramos una aberración de los Legisladores.

Este límite obedece a que se supone, en términos generales, que las mujeres muy jóvenes y recatadas, por su escaso desarrollo psíquico y corporal y por su inexperiencia ante los problemas de la vida, no están en fácil aptitud de resistir moralmente las actividades maliciosas encaminadas a obtener su consentimiento para la prestación sexual. Se considera, además, que el consentimiento que otorguen está viciado de origen, tanto por la minoridad de la mujer, que le impide darse cuenta exacta de los posibles resultados dañosos de su aceptación, como por el dolo viciador del consentimiento que entrañan los maliciosos procedimientos empleados por el varón responsable. Por otra parte, es indudable la existencia de intereses individuales, familiares y colectivos en preservar a las jóvenes de los accesos sexuales ilícitos, por los peligros y daños que representan: corrupción de costumbres, desclasificación

• La infortunada reforma ya no habla de mujer, sino de persona, sin distinción de sexo, mayor de 12 años y menor de 18, eliminando la castidad y honestidad.



social de la mujer, favorecimiento del posible ejercicio de la prostitución, disgregamiento de la familia, posible descendencia ilegítima, posibilidad de abortos e infanticidios como modos de encubrir la maternidad fuera de matrimonio, etc.

Si se extendiera la tutela penal a los varones por actos sexuales por ellos aceptados, se incurriría en exceso innecesario, dada la inocuidad general de las consecuencias en sus personas, siendo suficiente, tratándose de niños o de jóvenes de muy corta edad inducidos prematuramente a actos de liviandad, la protección que la ley les otorga a través de la represión de las distintas formas del delito de corrupción de menores (art. 201 del Código Penal).

Igualmente, extender la protección a las mujeres plenamente adultas por actos sexuales no violentos y aceptados por ellas, sería invadir peligrosamente problemas que, más bien, conciernen a la pura esfera de la moral individual o de la libertad sexual. Tratándose de las que ya cumplieron dieciocho años, se presume en general que debido a su pleno desarrollo psíquico y somático están en aptitud de resistir, si quieren, al engaño o a la seducción amorosos. Es de creer, en términos generales, que cuando una mujer adulta acepta en su cuerpo la prestación sexual lo hace libremente, sin que el engaño o seducción sean la causa eficiente y determinante. Con justicia Pacheco<sup>222</sup> ha afirmado: "¿Es el estupro un delito que deba castigar la ley? He aquí una cuestión que se ha debatido mucho y que se ha resuelto de muy diversas maneras. El ascetismo a veces la ha mirado con un rigor extremo; la liviandad de las doctrinas y de las costumbres la ha mirado otras con sobrada indulgencia. Como suele acontecer en casos semejantes, nos parece que no hay razón para lo uno ni para lo otro. No puede abandonar la ley a las perfidias de una seducción cualificada la suerte de una gran parte de la sociedad, ni debe tampoco constituirse en un cancerbero de virginidades dudosas, ni estimular con su demasiado rigor el descuido del decoro y la estimación de sí mismo. En este, como en otros tantos puntos, toda la gran cuestión que debe resolver la ley es una cuestión de prudencia. Como mejor se eviten los precipicios que amenazan por uno y por otro lado, así estará mejor resuelto el difícil problema, cuya solución es su fin y su objeto." Más adelante, el propio Pacheco, con castizo ingenio aplicable a las mujeres adultas que se dicen engañadas, agrega: "La ley debe ser moral a su modo y no comprometer sus objetos verdaderos con facilidades de que sólo se aprovechan la experiencia y la malicia. Es menester acudir con el remedio oportuno para que no se multipliquen los *engaños*, y para esto no hay otro camino que poner coto al interés de ser '*engañadas*'. Cuando las

<sup>222</sup> El Código Penal concordado y comentado. 4.ª ed. Madrid, 1870. Tomo III, página 130.

*mujeres no aguarden sacar de ello ningún provecho, pocas serán las que se dejen engañar."*

En resumen, nuestro legislador ha escogido como edad máxima de las mujeres en el estupro la de menores de dieciocho años por estimar que las mujeres muy jóvenes, aunque sean ya *núbiles*, son, en términos generales, susceptibles de fácil engaño o seducción y por ser dañosa o peligrosa su prematura práctica sexual ilícita; pasada esa edad, a la ley punitiva mexicana le son indiferentes los actos sexuales cometidos por la mujer por inmorales que sean, estimándose que deben ser ajenos a la represión penal por pertenecer al pleno dominio de su libertad erótica.

485. A falta de actas de nacimiento, la minoría de dieciocho años de la ofendida puede demostrarse en los procesos por cualquiera de los medios probatorios aceptados por el Código de Procedimientos Penales; dentro de ellos, pericialmente, por la observación morfológica del menor o mayor desarrollo de la ofendida, especialmente, por la ausencia de las cuartas molares, discutible prueba predilecta de nuestros servicios médico-legales.

486. Sin embargo, la rígida elección de una edad fija —menores de dieciocho años— medida calendáricamente, por el simple decurso astronómico del tiempo, como límite máximo de la protección penal a la mujer contra el estupro, por su misma rigidez no deja de presentar inconvenientes en casos concretos. Con anterioridad hemos indicado que otras legislaciones lo reducen a quince o a dieciséis años, y aun a edades menores. En nuestro concepto, si bien en términos generales parece prudente la elección hecha por la ley mexicana, no podemos menos de reconocer que muchas mujeres menores de dieciocho años están en mejor aptitud de defenderse contra el estupro, debido al arraigo de sus principios morales, al desarrollo precoz de su inteligencia o a una correcta educación sexual, en comparación a ciertas mujeres plenamente adultas que han sido torpe e ineficazmente educadas.

\* 487. Es de notarse que si bien la ley mexicana señala el límite máximo de la edad de la mujer como posible sujeto pasivo del delito de estupro, nada indica respecto del límite mínimo de esa edad. Si se interpretara la descripción del delito al pie de la letra y sin tener presente otras disposiciones legales, resultaría la posibilidad de que fueran víctimas de estupro niñas de muy corta edad. Ya Demetrio Sodi, según cita que trasladamos anteriormente, juzgaba absurdo considerar "que una niña de diez, de nueve, de ocho años, etc., pueda tener cópula car-

• La última reforma (Dec. 30 Dic. 1990. D. O. 21 Ene. 1991) ya establece la minoría de edad, doce años.

nal con consentimiento sabiendo lo que hace y prestándose al acto carnal por el engaño o por la seducción". Otras legislaciones más previsoras, como la italiana, la francesa, la portuguesa, la española, la argentina, la cubana, etc., limitan generalmente a trece o doce años como extremo mínimo la edad de la mujer estimando como casos de violación presunta, acreedores a severidad en las penas, los ayuntamientos sexuales con niñas menores de esa edad independientemente de que presten o no su consentimiento al acto. No obstante el silencio que guardaba el Código Penal mexicano en su redacción original, ya estimábamos que toda cópula, aun la aceptada, con mujer impúber, no puede constituir estupro sino especie del delito que se equipara a la violación. Actualmente el artículo 266 reformado por decreto del 26 de diciembre de 1990 (Diario oficial de 30 de diciembre de 1997) expresa que *"Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena: Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; y Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima. Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad"*. En anteriores ediciones habíamos expresado que el elemento "violencia física o moral" tiene en la legislación mexicana una equivalencia cuando se reúnen ciertas circunstancias, o sea, cuando la víctima del ayuntamiento está privada de razón o de sentido o cuando no pueda resistir por enfermedad u otra causa. La circunstancia de que la víctima de la cópula sea de corta edad e impúber, es de aquellas en que la ley establece una equivalencia legal de la violencia física o moral, por la ausencia de toda efectiva resistencia material o moral de la víctima, dada la desproporción corporal, y psíquica entre los protagonistas del hecho. Las facultades volitivas de la menor, especialmente si es de muy corta edad, pueden modificarse no sólo al impulso de causas como el terror, la intimidación, la coacción física, etc., todas ellas constitutivas de violencia, sino también debido a causas no impositivas de la voluntad, como la ignorancia y la incomprensión determinadas por la corta edad de la ofendida. En atención a la inmadurez de las menores impúberes, la cópula que se tenga con ellas se equivale al empleo de la violencia física o moral. Antes de la reforma del art. 266 en que no se mencionaba como posibles víctimas del delito a las impúberes o a las pequeñas menores de cierta edad, ya decíamos que en efecto, siendo la impubertad aquella temprana edad

en que la persona por su escaso desarrollo físico y sexual, todavía no es apta para la vida sexual externa de relación y para los fenómenos reproductores, es de concluirse que este estado constituye circunstancia que impide a la menor resistir somática y psíquicamente pretensiones lúbricas cuyo verdadero significado, posible alcance y reales consecuencias ignora racionalmente. Insistíamos en que de todas maneras preferible sería dictar en la ley regla expresa estableciendo directamente como caso sancionable con las penas de violación, todo ayuntamiento sexual con mujeres impúberes o, si se prefería señalar edad, con mujeres menores de doce años, ya que esta edad constituye en México, el término medio de aparición de los característicos fenómenos de la adolescencia femenina, con independencia de que dichas menores proporcionen o no su consentimiento al acto. De esta manera, concluíamos, quedaría expresamente consagrado en la legislación mexicana, el principio absoluto de la inviolabilidad carnal de las niñas.

488. Desde el punto de vista de los posibles sujetos pasivos de la infracción, el estupro difiere, en la legislación mexicana, del atentado al pudor y de la violación, puesto que éstos pueden recaer en personas de sexo masculino o femenino, sin distinciones en cuanto a su edad, su estado o su conducta o antecedentes morales. Difiere del rapto desde el ángulo que estamos contemplando, porque si bien éste reconoce también como único sujeto pasivo a la mujer, para el mismo no establece la ley limitaciones en cuanto a su edad o a sus virtudes o antecedentes personales (véase 484 ant.).

489. TERCER ELEMENTO.—La mujer menor de dieciocho años ha de ser, además, *casta y honesta*.

El mutilado artículo 262, no solamente establece que el estupro puede realizarse *con Persona*, sin distinción de sexo, sino que ha suprimido la castidad y honestidad, lo que consideramos una falla del legislador, manteniendo intacta la explicación del autor en ediciones anteriores.

490. La *castidad* es una virtud relativa a la conducta externa del ser humano, que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita. Para el diccionario de la Academia, en su acepción general, es la virtud que se opone a los afectos carnales, y en su acepción específica conyugal, la que se guardan mutuamente los casados. *Casto* es lo puro, honesto, opuesto a la sensualidad.

Desarrollando estos conceptos, Demetrio Sodi,<sup>223</sup> en tesis interpretativa aceptada por la jurisprudencia y la doctrina mexicanas, manifestó: "La castidad consiste en la abstención de los placeres ilícitos. La castidad en las vírgenes, dice San Ambrosio, no es sino la integridad, pura de todo contacto; es la dignidad virginal y la defensa de la forni-

<sup>223</sup> Nuestra ley penal. Tomo II, pág. 439.

ses: virginal, viudal y conyugal. La primera ya se sabe lo que es; la segunda consiste en la completa abstinencia de placeres sensuales después de la muerte del consorte, y a esta clase pertenece la de aquellas personas solteras que, habiendo tenido un desliz, pasan el resto de su vida castamente; la tercera consiste en la absoluta abstención de placeres carnales fuera del matrimonio. No se debe confundir la castidad con la continencia; la primera es una virtud moral que prescribe reglas al uso de los placeres, o, como dice Santo Tomás: 'es una virtud por la cual reprimimos la concupiscencia de la carne por el gobierno de la razón'. Y la continencia es otra virtud que prohíbe absolutamente el uso de los placeres de la carne. La ley penal, al referirse a la castidad, no exige la continencia; habla en términos generales y puede aun comprender a las mujeres casadas, las que, propiamente, no pueden ser estupradas, porque la cópula que tengan con quien no sea su marido constituye el delito de adulterio."

491. Ampliando estas doctrinas, podremos distinguir tres hipótesis: a) la castidad de las solteras; b) la castidad de las viudas, de las divorciadas y de las mujeres cuyo matrimonio ha sido anulado; y c) la castidad de las casadas. Estas hipótesis presentan problemas distintos que conviene mencionar:

492. a) Aun cuando la castidad de las solteras generalmente es de orden virginal y, en este caso, supone la pureza de todo contacto sexual, dentro de esta categoría se deben incluir no sólo a las mujeres que "habiendo tenido un desliz sexual pasan el resto de su vida castamente", como quería limitadamente Sodi, sino con mayor razón a las que han resentido contra su voluntad un acto sexual violento, o también una violación presunta, conservando, a pesar de estos atentados, una vida de pureza; ello porque el delito de estupro no es, en la legislación mexicana, protector de la virginidad, sino de la castidad, lo que implica soluciones distintas.

El estupro de solteras, principalmente de doncellas, es la forma más frecuente del delito, porque en las mismas, generalmente, existe inexperiencia, que las hace fáciles presas de las actividades lúbricas dolosas.

493. b) A la categoría de las viudas debe agregarse a las mujeres divorciadas y a aquellas cuyo matrimonio ha sido anulado, para las que la castidad consistirá en la abstinencia de placeres sexuales después de disuelto o anulado el matrimonio. Si bien es cierto que dentro de los términos amplísimos de la legislación mexicana utilizados en la descripción del delito de estupro éste puede recaer en viudas, divorciadas o mujeres cuyo matrimonio ha sido anulado, siempre y cuando sean menores de dieciocho años y de conducta sexual correcta, es de advertirse que como esos estados civiles implican generalmente mayor experiencia en la mujer y conocimiento de las consecuencias de la activi-

dad sexual, en la práctica es difícil aceptar que la seducción pueda ser la causa eficiente y determinante del consentimiento para el concubito. Según se ha hecho notar por diversos autores, aun cuando la legislación de las Partidas ya comprendía la posibilidad de estupro de viuda que viviera honestamente, este principio en la práctica no llegó a tener aplicación. Por otra parte, debemos reconocer que en ausencia de un desfloramiento reciente, la prueba del acto material, la cópula, constitutivo del delito, si bien es posible, presenta dificultades algunas veces insuperables.

494. c) La mujer casada no puede ser víctima de estupro, porque cuando acepta la cópula con persona extraña a su vínculo matrimonial falta en ella el imprescindible requisito de la castidad conyugal y ha participado voluntariamente en un acto ilícito: delito de adulterio o, a lo menos, adulterio civil. No puede alegar ser víctima de engaño o seducción quien voluntariamente asume una actitud de protagonista en la infidelidad conyugal. En cuanto a la hipótesis, más bien imaginaria y que recuerda los cuentos de Boccaccio, de que se engañe a una mujer casada haciéndose pasar por su marido para obtener la fornicación, por ejemplo, introduciéndose en su lecho durante las sombras de la noche, nótese que el verdadero acto ilícito cometido por el extraño será también el de adulterio, ya que aun cuando éste supone generalmente responsabilidad dual, a la mujer engañada y no al varón le favorece la ausencia del dolo. Si la mujer está profundamente dormida y el extraño aprovecha su estado de inconsciencia para la fornicación, esta circunstancia permite clasificar el hecho como delito que se equipara a la violación previsto en el artículo 266 del Código Penal (véase adelante número 535).

495. Además de casta, la mujer debe ser honesta. La *honestidad*, dado el tono del precepto, es la de carácter sexual, y consiste, en nuestro concepto, no sólo en la abstinencia corporal de los placeres libidinosos ilícitos, sino en su correcta actitud moral y material en lo que se relaciona con lo erótico. No obstante la abstinencia de acciones físicas de lubricidad, la mujer no es honesta si revela en su conducta un estado de corrupción moral o psíquica, como cuando se dedica a lucrar con el lenocinio o cuando ingresa voluntariamente al prostíbulo en espera de postor para su virginidad, o cuando se presta a exhibiciones impúdicas, etc.

496. En resumen y en su conjunta esencia, la castidad y honestidad consisten en la correcta conducta sexual de la mujer tanto desde el punto de vista corporal como natural. La castidad y honestidad son elementos normativos que el juez discrecionalmente debe valorar, según los indicios existentes y atendiendo a las normas generales de cultura del medio y época en que viven los protagonistas activos y pasivos (Emilio Pardo Aspe). Nuestras interpretaciones acerca de la castidad

y de la honestidad han sido aceptadas por la Suprema Corte de Justicia, tomándolas expresamente de nuestro *Código Penal Comentado*<sup>224</sup> (*Semanario Judicial de la Federación*, título LXI, pág. 1633).

497. Ya hemos explicado que, a diferencia de otras legislaciones, que limitan el estupro al que recae en doncellas, nuestro Código Penal no es estrictamente protector de la virginidad, sino de la correcta conducta sexual de las mujeres jóvenes que viven honestamente. El sistema adoptado por la ley mexicana es preferible, ya que el concepto de virginidad no revela siempre la verdadera conducta moral y corporal de la mujer. En efecto, si nos colocamos en un absurdo punto de vista puramente anatómico, la virginidad femenina consiste en la integridad del himen, siendo este criterio defectuoso, ya que existen mujeres que no presentan las características puramente morfológicas de la integridad por presentar su membrana con escotaduras congénitas o por haberla perdido en accidentes traumáticos a pesar de no haber conocido obra de varón; por otra parte, existen otras que conservan el himen intacto, aun después de una o varias fornicaciones, debido a la elasticidad de su membrana. Desde un punto de vista real, más adecuado, la virginidad de la mujer, independientemente de la integridad o de la ruptura del himen, consiste en la *pureza vaginal* de todo contacto sexual; aun dentro de este criterio, puede observarse que existen vírgenes no acreedoras a la protección penal, porque si se han abstenido del concubito vaginal, pueden haberse entregado antes a actos de lubricidad contra natura; en cambio, aquellas que han tenido un prematuro desliz o han sufrido atropellos sexuales, si se conservan posteriormente castas, son acreedoras al respeto y la tutela contra el estupro.

498. CUARTO ELEMENTO.—A diferencia del delito de violación, en que el ayuntamiento se efectúa sin la voluntad del ofendido y por medio de la fuerza o de la intimidación, en el estupro la mujer proporciona consentimiento para el acto, salvo que obtenido sea por el engaño, o sea, por la seducción.

Algunas legislaciones, como la española, se limitan en un caso a señalar el engaño; otras, como la portuguesa, la seducción exclusivamente; y otras, como la argentina, no mencionan en la descripción del delito ninguno de esos medios, abandonando el problema a la interpretación de la jurisprudencia. A esta variedad en las leyes y a la dificultad de obtener la precisa connotación diferenciada de las accio-

<sup>224</sup> Francisco González de la Vega, *Código Penal Comentado*. México, 1939. pág. 241.

nes de seducción o engaño, se deben las contradicciones y confusiones que contemplamos en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, cuando pretenden concretar su significado y alcance específicos. El mismo insigne Carrara<sup>225</sup> funde la seducción en el engaño cuando afirma que: "La verdadera seducción tiene en el lenguaje jurídico, por su indispensable sustrato, al engaño. La mujer que, en vulgar lenguaje, se llama seducida porque su pudor fue vencido por el precio, las lágrimas o las asiduas ternuras de un insistente amante, o por la avidez o la excitada exaltación de sus sentidos, no puede decirse que ha sido seducida en el sentido jurídico."

Creemos que en México puede evitarse la posible confusión entre los distintos medios dolosos empleados en el estupro para obtener el consentimiento de la mujer, porque la legislación patria, desde el Código Penal de 1871, ha indicado disyuntivamente a la seducción o al engaño como integrantes de la infracción. Ciertamente es que las capciosas artimañas de los tenorios para burlar a las jóvenes —seducción o engaño— pueden coincidir en una sola actividad dolosa, ya que nada impide la frecuente existencia de "engaños seductores" o de "seducciones engañosas"; pero cada una de las formas del cuarto elemento del delito de estupro tienen características propias, si no excluyentes sí diferenciales, que trataremos de explicar separadamente.

499. El engaño en el estupro consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad —presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas— que producen en la mujer un estado de error, confusión o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica de su burlador. Entre la actividad falaz del varón y la aceptación del concubito venéreo por la joven debe existir seria, estricta y directa relación de causalidad, o, en otras palabras, el engaño ha de ser la causa eficiente y determinante de la aceptación de la cópula. Conforme a la doctrina de Mezger,<sup>226</sup> "es causa en Derecho Penal, por tanto, causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida *in mente* sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aun en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir importante jurídicamente (teoría de la relevancia)."

El ejemplo más frecuente de engaño en el estupro es la falsa pro-

<sup>225</sup> *Programma*. Parte speciale. Tomo II, párrafo 1503.

<sup>226</sup> *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, pág. 221.



mesa de matrimonio con apariencias de formalidad y verosimilitud. Sin embargo, debe notarse que no toda promesa incumplida de matrimonio necesariamente integra engaño, pues la no realización de una promesa real puede deberse a hechos ajenos a la voluntad del varón, como la posterior negativa del consentimiento para el matrimonio hecho por los que ejercen la patria potestad en la menor.

Es de observarse, de acuerdo con Cuello Calón,<sup>227</sup> que no es la promesa formal de matrimonio el único engaño que puede dar lugar a este delito, porque el Código habla sólo de engaño, pero sin determinar cuál sea éste, lo que queda a la libre apreciación de los tribunales. Los tribunales españoles han declarado: que el hombre casado que vence la resistencia de una menor de edad persuadiéndola para ello de que era soltero, emplea un engaño equivalente a la promesa de matrimonio; la simulación de un matrimonio por sorpresa, constando al procesado que no era válido, integra engaño; también se reputa que lo integran las relaciones amorosas públicas consentidas por la familia, porque el engaño existe cuando se lleva al ánimo de la mujer el íntimo convencimiento de que el fin de las relaciones será el matrimonio; hay engaño cuando, sin promesa formal de matrimonio, se hayan realizado actos de los que se deduzca racionalmente tal propósito.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha declarado que existe el engaño si el acusado, como consecuencia de las dudas que tenía respecto a la virginidad de su novia, le propuso convencerse de ella, y por ese medio obtuvo el consentimiento para la cópula, puesto que tales actos revelan engaño, ya que, gramaticalmente, engaño equivale a dar a la mentira apariencia de verdad y es indudable que se valió de ese ardid, pues su finalidad fue satisfacer deseos carnales (tomo I, pág. 697. *Semanario Judicial de la Federación*). Si el acusado da palabra de casamiento a la ofendida, sabiendo que no podía cumplirla por encontrarse ya casado, existe el elemento engaño, que como constitutivo del delito de estupro establece el artículo 262 del Código Penal, vigente en el Distrito Federal (tomo I, pág. 699, *Semanario Judicial de la Federación*).

A estos ejemplos de las jurisprudencias española y mexicana podemos, por nuestra parte, agregar las falsas promesas hechas por varón influyente, o que simula influencia, a una joven, haciéndola creer en que obtendrá empleos o beneficios imaginarios, para lograr su entrega carnal.

---

<sup>227</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, págs. 527 y 528, y notas 29, 30 y 31.

500. Difícil de captar es el concepto específico jurídico de la seducción en el estupro. Algunos autores como Carrara, según cita anteriormente vertida, consideran que la seducción supone el engaño como indispensable esencia. Jiménez de Asúa<sup>228</sup> parece ser de la misma opinión cuando, al criticar la legislación argentina, manifiesta que la misma "sólo exige para que el acceso carnal sea inculminable, dos referencias al sujeto pasivo: que sea 'mayor de doce años y menor de quince' y que se trate de 'mujer honesta'. La seducción que se manifiesta en engaño, y que es lo que en puridad califica el estupro, no se incluye entre los elementos del tipo".

Hemos advertido que en muchos casos coinciden en una sola acción de estuprar ambas modalidades, pero estimamos que la seducción no es necesariamente engañosa. Su doble carácter ha sido precisado por el Diccionario de la Academia cuando define la acción de seducir como engañar con arte y maña, o como *persuadir suavemente al mal o cautivar*, acepciones aceptadas también por Escriche,<sup>229</sup> quien agrega que "se aplica más particularmente esta voz al que abusando de la inexperiencia y debilidad de una mujer le arranca favores que sólo son lícitos en el matrimonio".

En su estricto significado jurídico entendemos por seducción: sea la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o bien los halagos a la misma destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud la mujer accede a la prestación sexual. Pero, para estimarla como integrante del estupro, nos parece menester que dicha seducción sea a tal punto importante que pueda estimarse como la causa directa, eficiente y determinante de la entrega sexual de la mujer, siendo aquí también de estricta aplicación la teoría de la relevancia, conforme a la cita de Mezger que trasladamos al examinar el engaño.

501. Antes de la última reforma el artículo 263 del Código Penal indicaba: *No se procederá contra el estuprador sino por queja de la mujer ofendida o de sus padres, o, a falta de éstos, de sus representantes legítimos; pero cuando el delincuente se case con la mujer ofendida, cesará toda acción para perseguirlo*, y decíamos: En cuanto a la persecución por querrela necesaria debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 263, fracción I; 264, 275 y 276 del Código de Procedimientos Penales y seguíamos diciendo.

El estupro contiene dos causas especiales de extinción de la acción penal:

<sup>228</sup> Artículo titulado *Bibliografía*. "La Ley", Buenos Aires, 30 de noviembre de 1943, pág. 2, col. 2ª.

<sup>229</sup> *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Voz "seducción".

a) El perdón o el consentimiento del ofendido, ya que se trata de delito que se persigue por querrela necesaria (art. 93 del Código Penal). El consentimiento del ofendido es un acto anterior o coincidente a la comisión del hecho estimable como delito, por el cual el resentidor de sus perjuicios autoriza su comisión; sin embargo, en el estupro, no puede entenderse que el consentimiento para la cópula equivalga al consentimiento para el delito, ya que aquél se obtiene por procedimientos dolosos integradores del tipo de infracción. El perdón es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por el que el ofendido hace remisión del agravio o manifiesta su voluntad de que no se inicie o no se continúe en definitiva el procedimiento contra el culpable.

b) El matrimonio con la mujer ofendida que hace cesar toda acción para perseguir el delito.

Con la inconulta retorma al artículo 263, del Código Punitivo que ahora establece: *"En el caso del artículo anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes"*, excluyendo el caso de que cuando el agente se case con la mujer ofendida, el legislador posiblemente tomó en consideración que entre los varones no puede existir el matrimonio, dejando solamente la extinción de la acción por el perdón del ofendido, y que no se presume legalmente otorgado dicho perdón por el hecho de contraer matrimonio.

502. El artículo 276 bis, del Capítulo V y creado por el decreto del 30 de diciembre de 1983 publicado en el D. O. el 13 de enero de 1984, fija las bases para la reparación del daño en general para los delitos sexuales contemplados en el Código Penal al señalar que: *Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentación para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio.*

Otra de las consecuencias en la persona estuprada de las que ya hemos citado anteriormente, y como resultado del embarazo es la procreación de hijos y en el caso de que el sujeto pasivo del delito lo fuera un varón, esto es imposible que sucediera, por lo que la reparación del daño solo operará en el caso de que este tipo se realice en una mujer.

## CAPÍTULO XXVIII

### EL DELITO DE VIOLACIÓN

(ARTS. 265 A 266 BIS DEL C.P.)

#### TEMARIO

503. Concepto general del verdadero delito de violación; objeto de la tutela penal y gravedad del delito; su diferencia con la violación impropia.—504. Antecedentes históricos.—505. Su descripción en los Códigos de 1871 y 1929.—506. Descripción vigente y elementos del delito.—507. Primer elemento: la cópula normal o anormal.—508. No es necesario el agotamiento de la cópula.—509. Las consecuencias de la cópula son irrelevantes para la integración del delito.—510. Resumen: demostración procesal de la cópula.—511. Momento consumativo de la violación; la tentativa; su distinción con el atentado contra el pudor.—512. Segundo elemento: el sujeto pasivo puede ser cualquier ser humano.—513. El sexo del ofendido.—514. La edad y desarrollo fisiológico del ofendido; agravación cuando fuere impúber.—515. La violación puede recaer en personas de conducta sexual deshonestas; caso de las prostitutas.—516. Sujeto activo.—517. Hipótesis de violación según los posibles protagonistas activos y pasivos.—518. Tercer elemento: la violencia.—519. La violencia física; sus características.—520. Posibilidad de violación de mujer por un solo varón.—521. Delitos concurrentes en caso de violencia física.—522. Posible concurrencia de violación y homicidio; hipótesis.—523. Relación causal entre la fuerza y la cópula.—524. La violencia moral; sus características y valoración.—525. Ausencia de la voluntad del ofendido.—525 bis. Agravación de la penalidad.—526. El problema de la violación entre cónyuges.

503. La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación. El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, *vis*), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, *metus*). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica. Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave porque, dada la utilización de medios coactivos o impositivos, al daño causado específicamente contra la libertad sexual se suman otras ofensas a diversas

categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de libertad física, asalto, lesiones más o menos graves, y aun homicidio. Debe notarse que los casos violentos de derramamiento de sangre "por voluptuosidad" constituyen en la legislación mexicana delitos de homicidio y lesiones cometidos con la calificativa de obrar por *motivos depravados* (véase *supra* núm. 98). En resumen, la violación constituye el más grave de los delitos sexuales porque, además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes.

Es cierto que la mayor parte de las legislaciones, bajo el común nombre de violación y como especie de ésta, incluyen la figura conocida doctrinariamente como *violación presunta*, consistente en el ayuntamiento sexual con personas incapacitadas para resistir al acto por enfermedades de la mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejantes condiciones de indefensión. Creemos, sin embargo, que como estas hipótesis delictivas no implican para su existencia el uso de la violencia y como los bienes jurídicos comprometidos o lesionados por la acción a veces son distintos a la libertad sexual, más bien constituyen un delito especial, provisto de su propia descripción legislativa, y distinto a la verdadera violación; su nombre, adecuado, más que el de violación presunta, debe ser el de *delito que se equipara a la violación o violación impropia*. El Código Penal hasta antes de la reforma del 21 de enero de 1991 en su artículo 266 decía: *Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciera violencia, la pena se aumentará en una mitad.* (D.O. 4 ene. 1989. La reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de diciembre de 1997 preceptúa: *Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena: Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad, al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; y al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima. Si se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.* Por su fisonomía jurídica distinta y especial, lo estudiaremos en el capítulo siguiente.

504. La historia legislativa del delito de violación propiamente dicha revela que sus sanciones se han caracterizado por su rigor.

El Derecho romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de *coacción* y, a veces, de *injuria*. Según Mommsen,<sup>230</sup> *vis* es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o, lo que es lo mismo, por miedo (*metus*), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con pena capital el *stuprum violentum*. La *Lex Julia de vis publica* igualmente le reservaba la penalidad de muerte. El Derecho canónico, según cita de Cuello Calón,<sup>231</sup> consideró el mismo delito tan sólo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; en mujer ya desflorada no podía cometerse; en cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la *fornicatio*, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.

El antiguo Derecho español, en el Fuero Juzgo (Ley XIV, título V, libro III), se ordenaba: *Si algun omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la muier libre: si el omne es libre recibe 100 azotes, e sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza: e si es siervo, sea quemado en fuego*. En la Partida Setena (Ley III, título XX), se decía: *Robando algun omne alguna mujer viuda de buena forma, o virgen, o casada, o religiosa, a yaziendo con alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende: e demás deven ser todos sus bienes de la mujer que assí oviesse robada o forzada. . . E la pena que diximos de suso que debe aver el que forzasse alguna de las mujeres sobredichas, essa misma deven aver los que le ayudaron a sabiendas a robarla o a forzarla: mas si alguno forzasse alguna mujer otra, que non fuesse ninguna de estas sobredichas, deve aver pena por ende, segun alvedrio del judgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza, e la muger que forzó, e el tiempo, e el lugar en que lo fizo*.

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

<sup>230</sup> *Derecho Penal Romano*. Tomo II, pág. 127.

<sup>231</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, pág. 482.

505. Los Códigos mexicanos de 1871 (art. 795) y de 1929 (artículo 860) reglamentaban por igual el delito en la siguiente forma: *Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.*

506. De la misma manera que en el Código vigente se establece: *Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.* Primera parte del art. 265.

Debe notarse que en la redacción original del Código, antes de su segunda reforma, con gran propiedad se describía el tipo del delito en la siguiente forma: *Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de...* (art. 265 derogado).

De esta manera los elementos que se desprendían del precepto original eran: I. Una acción de cópula (normal o anormal); II. Que esa cópula se efectuara en persona de cualquier sexo; III. Que se realizara sin voluntad del ofendido; y IV. Empleo como medio para obtener la cópula de: a) la violencia física, o b) la violencia moral.

En la inconsulta reforma introducida al art. 265, se suprimió la exigencia de que la cópula violenta (física o moral), se realizase *sin voluntad del ofendido*; probablemente por simple error, los noveles legisladores omitieron ese indispensable elemento, o quizá pensaron que la utilización de la violencia física o moral suponía necesariamente la ausencia de voluntad del ofendido, por realizarse el acto siempre en forma impositiva. Pero esto no siempre es verdad ya que puede existir en el acto sexual la aplicación de la violencia con el pleno consentimiento del que la sufre, tal y como acontece en sórdidos episodios del masoquismo-sadismo, en degradantes casos del ejercicio de la prostitución, del cruel exhibicionismo erótico, o aun en el secreto de las alcobas de algunos matrimonios o concubinatos. De la nueva redacción parecen desprenderse únicamente los siguientes elementos constitutivos: a) una acción de cópula (normal o anormal); b) que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo; y, c) empleo de la violencia física o moral.

507. PRIMER ELEMENTO.—La acción típica del delito consiste en la cópula, pudiendo ser ésta normal o anormal.

El significado de la palabra cópula, dentro de nuestras instituciones jurídico-penales positivas, ofrece aparentemente algunas dificultades que deben esclarecerse. El problema se origina, principalmente, en que el legislador mexicano emplea la misma voz "cópula" en la descripción de dos delitos —violación y estupro— cuya composición ju-

ridica es tan distinta que necesariamente ha de dársele a la citada palabra acepciones conceptuales diversas: extensas en la violación (ayuntamiento normal o anormal) y restrictas en el estupro (coito normal).

Profesores de medicina legal tan distinguidos como Arturo Baledón Gil y José Torres Torija, desde un punto de vista puramente fisiológico, afirmaron en las aulas de la Facultad que por cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer precisamente por la vía vaginal, o sea el coito normal. Disentimos de tan respetables opiniones debido a razonamientos que expon-dremos brevemente.

Partiendo de definiciones tomadas del Diccionario de la Academia, diremos que, en su sentido gramatical amplísimo, la locución cópula significa el ligamiento o atadura de una cosa con otra. En su acepción lógica indica el término que une al predicado con el sujeto. A su vez, el verbo copular, del latín *copulare*, en su carácter reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente, pudiéndose notar que esta conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere. Aplicando las anteriores nociones al lenguaje relativo a la conducta sexual, resulta que por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna. Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la *introducción sexual*, la que implica necesariamente una *actividad viril* —normal o anormal—, pues sin ésta no se puede, con propiedad, decirse que ha habido copulativa conjunción carnal. Nótese que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales.

De esta manera, concluimos, en su acepción erótica general, la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales —de varón a mujer precisamente por la vía vaginal— y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural. Intencionalmente excluimos del amplísimo concepto de cópula el acto homosexual femenino— inversión efectuada de mujer a mujer—, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril.

Con la última reforma al artículo 265 que sanciona con prisión de tres a ocho años de prisión a quien introduzca un elemento o instrumento distinto del miembro viril, por la vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, ilícito que a nuestro juicio es equiparable a la violación propiamente dicha, que no hay cópula



típica, estamos en la hipótesis de que la mujer que llegue a realizar el hecho anormal, que puede equipararse al ayuntamiento, también puede ser el agente activo, pudiendo ser el pasivo un varón o una mujer.

Es verdad que cierta doctrina jurídica extranjera, especialmente la francesa, relativa al delito de violación, ha sostenido que el acto ha de ser necesariamente normal; pero, como hace notar Eusebio Gómez,<sup>332</sup> la opinión contraria es la que prevalece, y agrega: "*Conjunción carnal* —como la llama el Código italiano en su artículo 519— o acceso carnal —según la expresión del nuestro (Código argentino)—, significa, en concepto de Manzini, todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas —sujeto activo o pasivo— sea introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo. No difiere sustancialmente la opinión de Manfredini. Crivellari expresa que la conjunción se verifica siempre que haya introducción, aunque sea incompleta, del miembro viril en los genitales de la mujer o en el hombre. Magno acepta igual concepto."

Además, la opinión que pretende reducir el significado de cópula al coito normal está en evidente contradicción con el Derecho positivo mexicano, si no en el estupro (véase antes núm. 479), sí en lo que concierne a la descripción típica de la violación, por la que se infiere que, en este delito al menos, la cópula puede ser normal o anormal, ya que el sujeto pasivo puede ser persona de uno o de otro sexo, admitiéndose así implícitamente los ayuntamientos contra natura y entre ellos los homosexuales masculinos. Ya el Código Penal de 1871 declaraba expresamente que las penas del delito se aumentaban en dos años más cuando el reo fuera ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido, o cuando la cópula fuera contra el orden natural.

508. De la misma manera que para el estupro, en la violación es irrelevante que el ayuntamiento se haya agotado plenamente por el derrame seminal dentro del vaso utilizado para el fornicio o que no se haya efectuado, puesto que, en ambos casos, la acción de copular ha existido y, también, se han lesionado los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica —libertad sexual—, objeto preferente de la tutela penal. El daño que sufre el ofendido en dicha libertad existe, aun cuando su violentador no haya podido efectuar la *delicta carnis* o aun cuando haya interrumpido el acto en el curso de la fornicación ya iniciada. Para las exigencias jurídicas de integración del elemento "cópula" es suficiente la existencia de la introducción sexual independientemente de sus resultados. En igual

<sup>332</sup> *Derecho Penal*. Tomo III, pág. 84.

sentido, Gómez<sup>233</sup> manifiesta que la verificación de la cópula completa no es necesaria para que la violación quede consumada si se ha producido el acceso carnal. En otros términos: no es necesaria la *inmisio seminis*; el concubito que caracteriza la violación existe legalmente aun cuando el acto no tenga perfección fisiológica. Manfredini<sup>234</sup> llega hasta a afirmar que bastará que se haya producido la unión del miembro con la abertura vulvar o anal... y es indiferente que la introducción haya sido más o menos completa, como por universal interpretación se admite.

508 bis. Como en anterior edición dijimos: La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la tesis siguiente: *El elemento cópula que precisa el delito de violación queda plenamente acreditado con cualquier forma de ayuntamiento carnal, homosexual o heterosexual, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, en la que haya penetración del miembro viril por parte del agente. Si se establece que el acusado introdujo el pene en la boca del menor ofendido, ello es suficiente para estimar presente la cópula. Amparo Directo 2084/83* tesis infortunada, ya que como lo anotó el insigne tratadista argentino Eusebio Gómez, en su tratado de Derecho Penal, "*No existe acceso carnal, constitutivo de la violación, en el hecho de la fellatio in ore, llevada a cabo con la violencia... constituiría el abuso deshonesto de personas, que es uno de los ultrajes al pudor...*", opinión con la cual comulgamos, ya que no existe ayuntamiento carnal como técnicamente se ha adoptado.

Lo anterior, dio motivo de polémicas entre los juristas, habiendo varias opiniones, unas a favor de la tesis otras en sentido contrario.

El Legislador encontró la salida más fácil, ahora con la inclusión de un segundo párrafo al artículo 265 tipifica la cópula diciendo "*Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo*".

509. Nada interesa, para los efectos de la existencia del delito, que cuando el concubito violento recae en mujer haya dado o no origen a su preñez. En esta materia conviene recordar, incidentalmente, que nuestra legislación excluye de penalidad al aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación (art. 333 del Código Penal), estableciéndose su no punibilidad en consideración a que, como afirma Jiménez de Asúa,<sup>235</sup> esta especie de aborto va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consciente. Cuello Ca-

<sup>233</sup> *Derecho Penal*. Tomo III, pág. 84.

<sup>234</sup> Citado por Eusebio Gómez. *Derecho Penal*. Tomo III, pág. 86.

<sup>235</sup> *Libertad de amar y derecho a morir*. 4ª ed. Santander, 1929, pág. 91.

lón no duda en la legitimidad de este aborto, porque nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida. Por nuestra parte (véase *supra* núm. 161), hemos comentado que la excusa absolutoria del aborto en caso de violación supone la prueba evidente del previo atentado sexual, pero ésta debe establecerse, para los efectos de la no punibilidad, por el juez que conoce de la causa de aborto, sin que se necesite anterior juicio de los responsables del delito de violación.

510. En resumen, en el delito de violación el elemento material "cópula", en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual —normal o contra natura— con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa, y con independencia, también, de las consecuencias posteriores a la cópula.

Para la demostración procesal de la cópula, véase antes número 485, aplicable, en lo conducente, a la violación.

511. El instante consumativo de la violación es precisamente el momento del acceso carnal, aunque el acto no llegue a agotarse. Antes del acceso, los hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización impositiva del concubito por medios violentos, si el fornicio no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, integrarán el grado de tentativa de violación (véase art. 12 del Código Penal).

En el antiguo Código Penal de 1871, y en atención a que su artículo 792 determinaba que *el atentado contra el pudor se tendrá y castigará siempre como delito consumado*, dominaba la impresión en los comentaristas de que los delitos de estupro y violación no tenían grados inferiores, castigándose sólo cuando habían sido consumados, y de que el acto impúdico que sin llegar al ayuntamiento se ejecutaba en el cuerpo de otra persona sin su voluntad, era por sí mismo un atentado al pudor y no podía constituir tentativa de otra infracción más grave así hubiera tenido el agente intención directa de llegar a la cópula. En este sentido, Demetrio Sodi<sup>236</sup> comentaba: "Entre nosotros, la violación y el estupro no tienen grados; o se consuma alguno de estos delitos imponiéndose la pena correspondiente, o los actos quedan con el carácter de preparatorios, porque no se llega a la cópula carnal, y se castigan tan sólo como atentados contra el pudor." Sin embargo, en los *Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871*<sup>237</sup> se consideró que "como no hay en el Código disposición alguna que exceptúe a los delitos de estupro y violación de las reglas generales que establecen que

<sup>236</sup> *Nuestra ley penal*. Tomo II, pág. 429.

<sup>237</sup> *Trabajos de Revisión*. Tomo IV, pág. 639.

el delito intencional tiene los grados de conato, intentado, frustrado y consumado, dichos delitos están sujetos a esa regla, la cual se viola cuando se declara lo contrario, pareciendo esto tan claro que para desvanecer cualquiera duda y para que la buena doctrina se restablezca por sí sola y de una manera natural, sin necesidad de que en este punto se cambie el texto del artículo 789, bastará aclarar el verdadero sentido del artículo 792, que es el de que *el atentado contra el pudor sólo se castiga cuando es consumado*, es decir, que ese delito sí carece de grados inferiores y no se castiga cuando es simple conato ni cuando se frustra”.

En el Código Penal vigente no puede haber duda alguna de la posibilidad de existencia del grado de tentativa de violación y es imposible confundirlo con el delito de atentados contra el pudor, porque ya no se contiene en los textos legales disposición tan confusa como la del antiguo artículo 792 del Código Penal de 1871, y porque de la descripción del delito de atentados contra el pudor se desprende que los actos eróticos que le son característicos son aquellos en que el agente satisface su libidine, de momento al menos, con simples tocamientos lúbricos o acciones lascivas distintos al ayuntamiento sexual y a sus intenciones. Para mayores detalles acerca de la distinción entre atentados al pudor y tentativa de violación véase antes número 451.

512. SEGUNDO ELEMENTO.—A diferencia del estupro, en que la acción criminal ha de recaer taxativamente en mujer casta y honesta menor de dieciocho años, en la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción alguna, puesto que, según términos expresos de la ley, refiriéndose al ofendido, se declara “sea cual fuere su sexo”. En cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, al estado civil y a la conducta anterior del paciente, no se establece limitación alguna. En consecuencia, son posibles víctimas de la violación todos los seres humanos: varones o mujeres; vírgenes o no; en edad infantil, juvenil o adulta; ligados o no por matrimonio; de vida sexual honesta o impúdica. Esta total indiferenciación obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos o impositivos, atacándose así primordialmente, aparte de su seguridad, su libertad de determinación en materia erótica.

513: Desde el punto de vista del sexo de los posibles ofendidos por el delito actualmente se observa, al comparar distintas legislaciones, dos diversos grupos caracterizados, porque en el primero sólo se considera que la mujer puede ser sujeto pasivo, y en el segundo no se establece limitación alguna, pudiendo serlo hombres o mujeres.

La legislación española hace consistir el delito en el acto de yacer

con una *mujer* usando fuerza o intimidación, o cuando se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, o cuando fuere menor de doce años, aunque no concurrieran las anteriores circunstancias (art. 429 del Código Penal español de 1963). Igual limitación, en el sentido de que sólo la *mujer* puede ser sujeto pasivo, se encuentra en diversos Códigos, como el alemán, sueco, danés, portugués, holandés y varios latinoamericanos. El Código Penal francés, en su artículo 332, se limita a prescribir que cualquiera que cometa un crimen de violación será castigado con trabajos forzados temporales; sin definir el concepto de violación. Según Garraud,<sup>238</sup> en ausencia de definición precisa dada por el Código Penal, resulta de sus precedentes que siempre se ha entendido por violación el hecho de conocer carnalmente una *mujer* sin la participación de su voluntad, siendo los elementos constitutivos de este crimen la conjunción carnal como objeto y el empleo de la violencia como medio, suponiendo esencialmente el robo brutal del honor de una mujer.

Otras legislaciones, como la argentina, la uruguaya y la italiana, al igual que la nuestra, no establecen distingos en cuanto al posible sujeto pasivo, pudiendo, por tanto, serlo hombre o mujer. Groizard<sup>239</sup> indica que esta regla no ha sido, como otros muchos principios de Derecho Penal, aceptada sin contradicción, y después de hacer notar que el Código de México (1871) fue el primero en este camino, siguiéndolo la legislación italiana, añade: "Y no debe extrañarnos este modo de ver las cosas. Para calificar los delitos y determinar la responsabilidad que de ellos nace, no nos cansaremos de repetirlo, la ciencia moderna ha puesto de manifiesto la necesidad de penetrar y profundizar en la índole del derecho ofendido. ¿Qué derecho es el que resulta atacado por el ejercicio de una fuerza que obligue a una persona, contra su voluntad, a sufrir la vejación de una conjunción carnal? El cardinal, el derecho preeminente perjudicado, es el derecho contra la persona, la cual lo mismo sufre y padece con atentados cometidos contra la integridad de su vida material o de su salud, que con atentados realizados contra la integridad de su vida moral. Ahora bien, si esos atentados se conciben del mismo modo que puedan ser consumados contra una mujer que contra un hombre, ¿por qué la mujer ha de ser sólo sujeto capaz pasivo de la clase de delitos de que ahora tratamos?"

513 bis. Por decreto del 29 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1989, se reformó el artículo 265 en su segundo párrafo previendo lo siguiente: "*Se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro*

<sup>238</sup> *Traité*. Tomo V. párrafo 2082.

<sup>239</sup> *El Código Penal de 1870*. Tomo V, págs. 95 y 96.

*viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.* Esta novedad introducida en el Código Penal, fue a nuestro juicio incongruente, ya que con la sanción establecida el sujeto activo del delito podría gozar del beneficio de la libertad caucional, siendo el delito más grave que la cópula impuesta contra la voluntad de la víctima.

Ahora, por decreto del 26 de diciembre de 1997 (D.O. 30 Dic. 1997) fue reformado este precepto pasando al primer párrafo, aumentando la pena con prisión de *ocho a catorce años de prisión*, cosa que a nuestro juicio es más aceptable.

Es contra natura, el hecho de introducir un elemento o instrumento distinto del miembro viril, el que puede ser, una imitación de éste, o cualquier otro objeto (envases, maderos, etc.) ya sea en la vía vaginal como en la anal, pudiendo ser el agente no solo el hombre sino también la mujer, que con motivos depravados, enfermos sexuales hagan uso de éstos para satisfacer sus instintos sexuales o simplemente para causar un daño corporal.

514. La edad del ofendido (niñez, juventud, estado adulto) o su mayor o menor desarrollo fisiológico sexual (pubertad o impubertad) son irrelevantes para la composición jurídica del delito. Es explicable que en el estupro la protección se limite a la mujer recatada en su primera juventud, porque es supuesto de delito la obtención fraudulenta o seductiva de su consentimiento abusando de la debilidad o inexperiencia que implican la corta edad (véase antes núm. 484); pero como en la violación el concubito se realiza sin consentimiento del paciente por medio de la violencia, este procedimiento puede alcanzar ofensivamente a niños, jóvenes o adultos de uno u otro sexo. De conformidad con el artículo 266 reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997, si la persona ofendida es menor de doce años (impúber) o no tenga posibilidad de resistir la conducta delictuosa, ahora con la reforma última, *no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho* o por cualquier causa no pueda resistirlo; se aplicará la misma pena que establece el artículo anterior. Si se ejerciere violencia, la penalidad se aumentará en una mitad, con agravante. Como la cópula, según explicamos anteriormente, no necesita tener perfección fisiológica, bastando el acceso, aunque sea incompleto, es posible concebir la existencia del delito en niños o niñas de corta edad, constituyendo estos viles ataques casos de extrema gravedad por las tremendas consecuencias que a veces originan, no sólo en la moral del menor, sino corporalmente en forma de hemorragias incontenibles o desgarramientos intensos. Además, tratándose de violación de impúberes, no puede olvidarse que la moderna psicología profunda concede gran importancia a las pri-

meras experiencias sexuales; si éstas son prematuras, irregulares o infortunadas suelen producir perdurables perjuicios psíquicos.

515. Para la composición del delito también es indiferente que la acción recaiga en persona de conducta sexual honesta o en persona impúdica. Como el bien jurídico objeto de la tutela penal es de preferencia concerniente a la libertad sexual del ofendido y no a su pudor u honestidad, la violación puede recaer en persona de vida sexual incorrecta, siempre que no dé su consentimiento para la fornicación. No porque el sujeto no tenga pudor, castidad u honestidad ha perdido su derecho a la libre determinación en materia erótica y ha dejado de merecer la protección legal contra actos lúbricos que le sean impuestos sin su anuencia. Así, una prostituta puede no tener sentimientos de decoro o recato debido a la corrupción de sus costumbres, pero nadie tiene derecho a ofenderla con actos libidinosos que no quiera tolerar, pues la falta de pudor no implica desaparición de su libertad sexual ni la somete al atentatorio capricho de cualquiera.

No obstante que en la legislación española la violación se clasifica entre los "delitos contra la honestidad", título que a primera vista parece sugerir que el pudor es precisamente el bien jurídico objeto de la tutela penal, Pacheco<sup>240</sup> reconoce que la violación puede hacerse en una mujer casada, en mujer soltera o viuda, en una doncella, en una *mujer pública*. En igual sentido, Cuello Calón<sup>241</sup> manifiesta que la mujer puede ser sujeto pasivo de este delito sea virgen o desflorada, casada o soltera, de buena o mala fama, incluso una *prostituta*; y Groizard,<sup>242</sup> refiriéndose también a la legislación española, indica que: "En la violencia ejercida sobre la *meretriz* se encuentran reunidas todas las condiciones necesarias para la imputación del delito; la prostitución de una mujer no lleva consigo la renuncia de sus derechos personales, hasta el punto de no poder ejercer libremente su voluntad aceptando o rechazando las proposiciones que se le hagan. En el delito de que tratamos, ya lo hemos indicado, no es el pudor, en el sentido legal que tiene esta palabra, no es la honestidad pública el derecho lesionado y protegido, sino el derecho personal, la libertad de elegir o de aceptar; a lo más, el derecho a la integridad de las condiciones morales de una determinada personalidad, y todo esto puede ser atropellado en una ramera desde el punto que se la obligue por la fuerza a ejecutar un acto carnal con menoscabo de los imprescriptibles derechos personales que surgen del libérrimo ejercicio de la voluntad."

En sentido contrario, Jiménez de Asúa<sup>243</sup> manifiesta que la prostituta, mujer de todos, que vive de uniones promiscuas y habituales, de

<sup>240</sup> *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III, pág. 127.

<sup>241</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, pág. 483.

<sup>242</sup> *El Código Penal de 1870*. Tomo V, pág. 98.

<sup>243</sup> *La Ley*. Buenos Aires, 10 de noviembre de 1943. Artículo bibliográfico, pág. 2.

cuya práctica hace profesión lucrativa, carece de honestidad y pudor y, por tanto, no puede ser víctima de semejante delito. "No niego —agrega— que al atropellar a una meretriz se ha lesionado un bien jurídico que ella posee aunque haya perdido el pudor: la libertad sexual, que es una especie de la libertad (como la personal, la de guardar secretos, etc.); pero... no es ese el bien jurídico que con este delito se lesiona, sino el sentimiento del pudor." Nos permitimos hacer notar que si en algunas legislaciones el caso de violación de prostitutas ofrece dudas, éstas derivan exclusivamente de que, en forma impropia, los delitos contra la libertad o la seguridad sexuales se denominan "delitos contra la honestidad" y la interpretación *ad rubrum*, que se limita a la superficie del problema, da origen a encontradas opiniones que no pueden existir en la legislación mexicana.

516. Aun cuando teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito, creemos que en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito, ya que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la *introducción sexual*, la que implica necesariamente una actividad viril —normal o anormal—, pues sin ésta no se puede, con propiedad, decir que ha habido copulativa conjunción carnal. La que el distinguido profesor de medicina legal Gustavo A. Rodríguez<sup>244</sup> llama "violación al revés", consistente en que la mujer obligue a un niño o a un hombre, es casi inaceptable, especialmente cuando se trata de violencia física, porque la posibilidad de ayuntamiento implica en el varón determinado estado fisiológico en sus órganos que es indicio de deseo y aceptación psíquica del coito por estímulos masoquistas (*vis grata*).

517. Desde el punto de vista de los posibles protagonistas activos y pasivos podemos establecer las siguientes hipótesis verosímiles en el delito de violación: a) cópula de hombre a mujer, por la vía natural; b) cópula de hombre a mujer por vía contra natura, es decir, en vasos no idóneos fisiológicamente para el concubito; c) cópula homosexual masculina, de varón a varón. Según expresamos antes, excluimos de la posibilidad del delito el acto homosexual femenino —acto de inversión efectuado de mujer a mujer—, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de introducción sexual; estos actos configuran atentados al pudor cuando se efectúan en niñas impúberes aunque presten su consentimiento, o cuando recaigan en mujeres púberes sin su consentimiento (art. 260 del Código Penal).

<sup>244</sup> *Manual de Medicina Legal*. Originales de la 2ª ed. 1944. pág. 121.



Hemos reproducido lo anterior como fue concebido por el autor, pero ahora con la modificación realizada al artículo 265, segundo párrafo, también la mujer que introduzca por la vía anal o vaginal un elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona de cualquier sexo, puede ser el protagonista activo del delito, siempre que sea por medio de la violencia física o moral.

518. TERCER ELEMENTO.—En la violación el sujeto emplea, como medio para vencer la resistencia de su víctima, la violencia, pudiendo ser ésta: *a)* física, o *b)* moral.

519. *a)* *La violencia física.*—En general, por violencia física se entiende la fuerza material que para cometer un delito se hace a una persona (véase segundo apartado del art. 373 del Código Penal, en que se describe legalmente la violencia física en el robo). Para Groizard,<sup>245</sup> la violencia en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. La violencia es, pues, el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea.

Referida al delito de violación, consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir. El empleo de la fuerza material (*vis*) hace revestir al delito un carácter muy grave por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción ofende intensamente la libertad personal o la integridad corporal. Además su empleo produce intensa alarma pública como síntoma de inseguridad individual y colectiva.

La fuerza material debe ser ejercida sobre la persona misma en quien se pretende realizar la conjunción sexual. Chauveau y Hélie<sup>246</sup> hacen notar que “quien escala o rompe las puertas de una casa o de una alcoba para penetrar cerca de una mujer y al que ésta se abandona en seguida voluntariamente, no se hace culpable de la violencia constitutiva de la violación”. Garraud<sup>247</sup> indica como doble condición que el constreñimiento sea ejercido sobre la *persona* misma de la víctima y que sea suficiente para paralizar su resistencia. Carrara<sup>248</sup> observa que la violencia debe ser ejecutada “sobre la *persona* y precisamente sobre la *persona misma* de la que se quiere abusar. No habrá violencia carnal cuando se violentasen las cosas para llegar a la mujer anuente, ni cuando se usase contra personas diversas, por ejemplo, contra el criado que quisiera impedir el acceso a la mujer anuente al deseo de

<sup>245</sup> *El Código Penal de 1870*. Tomo VI, pág. 106.

<sup>246</sup> *Théorie du Code Pénal*. Tomo IV, párrafo 580.

<sup>247</sup> *Traité*. Tomo V, párrafo 2685.

<sup>248</sup> *Programma*. Parte speciale. Tomo II, párrafo 1522.

su amante". Empero —es de advertir—, los actos violentos ejercitados en tercera persona allegada a la víctima por el parentesco o el afecto pueden integrar casos de *violencia moral* cuando estén encaminados a producirle intimidación que la obligue a aceptar la relación sexual para evitar males mayores en seres queridos o en su propio ser.

Con frecuencia se reconoce, siguiendo doctrinas de Carrara,<sup>249</sup> que para que pueda valorarse a la fuerza material como suficiente para vencer la voluntad opuesta del paciente, la resistencia debe ser seria y constante. "*Seria*, es decir, no fingida para simular honestidad, sino realmente expresadora de una voluntad decididamente contraria; *constante*, o sea sostenida hasta el último momento y no simplemente comenzada al principio para después abandonarla aceptando el mutuo goce." Para Chauveau y Hélie:<sup>250</sup> "Dada la dificultad de probar la violencia en los casos secretos en que la resistencia tiene sus grados y la voluntad sus caprichos, había llevado a los antiguos jurisconsultos a establecer ciertas presunciones de las que deducían su existencia. Así, para que una queja por violación pudiera ser acogida era necesario: 1. Que una resistencia constante y siempre igual hubiese sido opuesta por la persona presuntamente violentada, porque es suficiente que esa resistencia haya cedido algunos instantes para hacer presumir el consentimiento; 2. Que una desigualdad evidente existiera entre sus fuerzas y las de su asaltante, porque no se puede suponer la violencia cuando se tienen los medios de resistir y no se les ha empleado; 3. Que haya proferido gritos y llamado en su socorro; y 4. Que, por último, quedaran algunas huellas impresas sobre la persona que atestigüen la fuerza brutal a la cual tuvo que ceder." Más general es la opinión de Pacheco:<sup>251</sup> "La violación misma no se presume; la fuerza no es el principio común de los actos entre hombre y mujer: lo es el consentimiento. Sólo pruebas terminantes, indicios de un valor robusto, pueden persuadir de lo contrario... No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto. Sobre todo, al igualar la violencia física con la intimidación, ha dado bien claro a entender la idea que la dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de fuerza o de poder. En resultando que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios materiales capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violencia está justificada."

520. Algunos autores plantean dudas acerca de la posibilidad de que sin utilización de armas, instrumentos o acompañantes, un solo

<sup>249</sup> *Ib.*, párrafo 1520.

<sup>250</sup> *Théorie du Code Pénal*. Tomo IV, párrafo 1580.

<sup>251</sup> *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III, pág. 126.

varón de fuerzas normales pueda violentar a una mujer también normal. La duda surge en consideración a que los músculos aductores de los muslos de la mujer —*custodios de la virginidad*, según su nomenclatura anatómica— son muy poderosos, y en atención también a que, a pesar del uso de gran fuerza, la conjunción carnal puede evitarse por movimientos repulsivos pelvianos de la presunta víctima. Nos inclinamos, no obstante, a la aceptación de la posibilidad porque el empleo de la fuerza material en el cuerpo de la paciente no representa exclusivamente un problema dinamométrico —de comparación mecánica entre la correlativa energía muscular del violador y la violentada—, sino que generalmente se traduce en fuerza psicológica que puede causar en la mujer reacciones psicológicas de fatiga, miedo o temor que contribuyan a relajar su posibilidad de oposición al coito.

521. Como la violencia física se caracteriza porque se constriñe físicamente al ofendido para realizar en él la fornicación, siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del protagonista pasivo para superar o impedir su resistencia muscular; estas imposiciones pueden consistir en simples maniobras coactivas como amordazamiento, sujeción y atadura de la víctima, o en la comisión de ataques corporales, integradores, además de la violación, de otras infracciones, como golpes y violencias físicas (art. 344, ahora derogado), disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos (art. 306, ahora derogado) y homicidio (art. 302).

522. En cuanto a la posible concurrencia de violación ejecutada mediante fuerza material y homicidio, caben diversas hipótesis: 1) Si el violador lesiona a la víctima como medio para lograr el fornicio y, después de realizado, ésta muere como consecuencia de las heridas, concurrirán en acumulación real los dos delitos, porque, no obstante el ligamen de las acciones y su unidad de intención, las lesiones y el concubito *son ejecutados en actos distintos* (art. 18 del Código Penal); ya hemos explicado que los actos violentos de derramamiento de sangre “por voluptuosidad” constituyen en la legislación mexicana delitos de homicidio o lesiones cometidos con la calificativa de obrar por *motivos depravados* (véanse tercer apartado del art. 315 del Código Penal, y antes núm. 98); el artículo 315 bis, adicionado al Código Penal, agrava la penalidad, aplicándose de veinte a cincuenta años de prisión, cuando el homicidio sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación; 2) Si el sujeto, con pretensión copulativa, mata a su víctima y ya no logra efectuar la aproximación sexual, se acumularán la tentativa de violación y el homicidio; y 3) Si realiza el ayuntamiento en el cadáver de persona a quien privó de la vida, concurrirán el homicidio y el delito previsto en la fracción II del artículo

281 del Código Penal aplicable *al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia*. Nótese que es imposible la existencia del delito de violación en muertos —necrofilia— por inexistencia del sujeto pasivo; sin embargo, en los actos de necromanía puede coincidir el homicidio con la tentativa de violación cuando las lesiones que resultaron mortales hayan sido inferidas con el propósito de realizar el ayuntamiento en vida del protagonista pasivo.

523. Entre los procedimientos de violencia usados por el actor y la cópula debe existir relación causal; en otras palabras, es indispensable que la fuerza sea la causa determinante del vencimiento del paciente y del logro de la cópula no aceptada. Por ausencia de la liga causal y sin perjuicio de la posible existencia de otros delitos, no se integrará violación en los casos en que la víctima, después de haber sido golpeada y humillada, por afán morboso acepte el ayuntamiento —*vis grata*—, o cuando el maltrato tenga lugar después de realizado el acto:

524. b) *La violencia moral*.—Aplicando el concepto de violencia moral establecido en el delito de robo (segundo apartado del art. 373 del Código Penal), diremos que existe cuando el delincuente *amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla*. Ya hemos trasladado en la Segunda Parte, número 264, opinión en el sentido de que también la intimidación aniquila la libertad; su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar a ella una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja en la imaginación. Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y lo priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física. Ahora agregaremos que en la violencia moral no contempla el legislador la *vis absoluta* —violencia física hecha al cuerpo del que la sufre que da por resultado que éste ejecute irremediabilmente lo que no ha querido ejecutar—, sino la *vis compulsiva*, que no anula precisamente la total posibilidad de elección, pero que actúa en ella en forma tan grave que el paciente se ve obligado a sufrir se efectúe en su persona el mal que en realidad no ha querido para evitar otros males que estime como mayores y de los que se ve amenazado en sí mismo o en personas ligadas a él.

Al aplicar al delito de violación lo anteriormente dicho, resulta que la violencia moral consiste en costreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que cau-

san en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán en personas de su afecto. Conviene también percibir que las vías de hecho o maniobras materiales impositivas —características de la violencia física— generalmente son productoras en el paciente de intimidación psicológica —violencia moral—, en virtud de que la coacción corporal (*vis*) con frecuencia se traduce en el que la sufre en temor o miedo (*metus*).

Comparando los efectos de la coacción moral y de los amagos físicos los autores suelen citar el caso de la violación de Lucrecia, que no se venció ante la amenaza de la fuerza que ponía en peligro su vida pero se doblegó ante el temor de la deshonra. Tito Livio;<sup>252</sup> hace el siguiente relato: "Pocos días después volvió Sexto Tarquino a Colacia, ocultándose de Colatino y acompañado por un hombre sólo. Como nadie suponía sus designios, recibieronlo benévolamente, llevándolo después de cenar a su habitación. Allí, ardiendo en deseos, y juzgando por el silencio que todos dormían en el palacio, empuñó la espada, marchó al lecho de Lucrecia, dormida ya, y apoyando una mano en el pecho de aquella mujer: 'Silencio, Lucrecia —dijo—; soy Sexto; tengo en la mano la espada; si gritas, mueres.' Al despertar sobresaltada y muda de espanto, Lucrecia, sin defensa, ve la muerte que le amenaza; Tarquino le declara su amor; insiste, amenaza y ruega a la vez, sin omitir nada de lo que pueda quebrantar el corazón de la mujer. Pero viéndola firme en su resistencia y que no la doblega ni el temor de la muerte, intenta asustarla con la pérdida de su reputación, diciéndole que después de matarla colocará a su lado el cuerpo desnudo de un esclavo degollado para hacer creer que había recibido la muerte cuando estaba consumando el más repugnante adulterio. Vencida por este temor, la inflexible castidad de Lucrecia cede a la lujuria del joven, alejándose en seguida éste, orgulloso con su triunfo sobre el honor de una mujer."

La gravedad de los amagos y amenazas y su carácter intimidatorio no pueden ser establecidos *a priori* porque varían de caso a caso, según la naturaleza de los medios empleados y la especial psicología del paciente. Pacheco<sup>253</sup> indica: "Por lo demás, la intimidación moral, como la fuerza física, no deben ser de las que caigan en personas comunes, sino en varones constantes. Un miedo ridículo, la fuerza intentada por un niño de catorce años, no justificarán de seguro la violación: cual-

<sup>252</sup> *Décadas de la historia romana*. Trad. esp. Madrid, 1914. Tomo I, pág. 94.

<sup>253</sup> *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III, pág. 126.

quier mujer que los alegare como prueba de ésta, dará a entender que sólo buscaba un pretexto para disfrazar su debilidad o satisfacer su apetito." Manfredini<sup>254</sup> piensa que "no se pueden determinar apriorísticamente los elementos de la amenaza, ya que sólo debe apreciarse como medio para producir el efecto de la coacción; *si para la coacción resulta eficaz la amenaza, no cabe requerir nada más*". Por nuestra parte, diremos que la gravedad del miedo y lo fundado e irresistible del temor son *valores variables* que deben ser justipreciados por el juez en cada caso concreto teniendo en cuenta, como dice Carmignani, el carácter más o menos intimidante de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del amenazado, pues la *vis compulsiva* no priva en forma absoluta de la posibilidad de actuar.

525. Antes de su reforma, al definirse el delito de violación en el art. 265 del Código Penal, se precisaba que la cópula, aparte la violencia física o moral, debía ser realizada *sin la voluntad* del sujeto pasivo. Probablemente los autores de la reforma al suprimir esa frase torpemente pensaron que la utilización de la violencia ya implica, en sí misma, la falta del consentimiento del paciente, pero no es así en todos los casos. Ya desde las primeras ediciones de este libro, decíamos que para la existencia del delito es imprescindible que la cópula se efectúe sin la voluntad del ofendido. Si por interés de la paga, o por complacer a un amante sádico, o por personal delectación masoquista, un individuo acepta o requiere voluntariamente que en su cuerpo se efectúen actos de crueldad o fuerza con motivo de la relación sexual, este consentimiento hace desaparecer el tipo de delito de violación. Tratándose del sadismo (véase antes núm. 426), el sujeto que lo padece se transforma en violador cuando por crueldad fuerza a otro al acto; pero el amante sádico no es necesariamente un violador; por ejemplo, si contrata a una prostituta con ofrecimiento de dinero para que ésta tolere en su cuerpo la tortura, emplea en ella la violencia pero realiza la cópula con su consentimiento. Nótese, no obstante, que si con motivo del uso de la violencia tolerada voluntariamente por el sujeto resulta algún delito diferente a la violación, como lesiones u homicidio, el sujeto lesionador es responsable del delito emergente, ya que el consentimiento del ofendido, si bien destruye la tipicidad expresa de la violación no evita la existencia de las otras infracciones que aparezcan consumadas (véanse antes núms. 426 y 427).

La ausencia de consentimiento aunada a la violencia es lo que debe dar su tono diferencial a la violación y lo que debe permitir distinguirla del estupro, ya que en éste la mujer siempre acepta el con-

<sup>254</sup> Citado por Eusebio Gómez. *Derecho Penal*. Tomo III, pág. 109.

cúbito (véase antes núm. 498). Por esto puede decirse que la violación es el *robo sexual*, mientras que el estupro, al menos en su modalidad engañosa, es el *fraude sexual*.

525 bis. En el Decreto del 12 de diciembre de 1967 (*Diario Oficial* de 20 de enero de 1967 y en el del 29 de diciembre de 1988 (*Diario Oficial* del 3 de enero de 1989), se establecieron agravaciones de la penalidad del delito: a) *cuando la violación fuere cometida con intervención directa e inmediata de dos o más personas*; b) *cuando la violación fuere cometida por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro*; c) *cuando la violación sea cometida por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen*. Ahora, con las reformas realizadas al artículo 266 Bis, se preceptúa: *Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando: I.—El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas; II.—El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima; III.—El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de su profesión y IV.—El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada*". En cuanto a la comisión del delito por varios partícipes directos e inmediatos la agravación se establece por la mayor indefensión en que queda la víctima, que ante el ataque plural difícilmente puede defenderse. La violación incestuosa o por el padrastro o amasio de la madre de la persona ofendida, es por desgracia, caso ligado frecuentemente con los dramas de la promiscuidad en familias que viven por su miseria, aglomeradas en pequeños tugurios. Por lo que toca a la parte final de este precepto, es indiscutible que al confiar la custodia, guarda o educación de una persona a otra, se hace en virtud de la confianza que se tiene en ella, y si ésta confianza es violada cometiendo el delito, la sociedad lo repudiará y reclama su sanción.

526. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha pronunciado al respecto del delito de violación, lo siguiente: El elemento cópula que precisa el delito de violación queda plenamente acreditado con cualquier forma de ayuntamiento carnal, homosexual o heterosexual, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, en la que haya penetración del miembro viril por parte del agente. Si se establece que el acusado introdujo el pene en la boca del menor ofendido, ello es suficiente para estimar presente la cópula.

No comulgamos con el criterio sustentado por la Corte, ya que como acertadamente lo dice el tratadista Eusebio Gómez al tratar este punto y expone en forma clara que: "no existe acceso carnal constitutivo de la violación, el hecho de la felatio in ore, llevada a cabo con la violencia.

Técnicamente, se ha establecido que el ayuntamiento, *cópula* ó conjunción sexual, es la introducción del miembro viril en la vagina, (*conducto idóneo*) normal, o en el ano, o sea (*el conducto no idóneo*) anormal.

El diccionario Enciclopédico dice: *CONDUCTO*, del latín *conductus*, canal comúnmente cubierto, que sirve para dar paso y salida a las aguas y otras cosas; cada uno de los canales que, en gran número se encuentran en los cuerpos organizados para la vida y sirven a las funciones fisiológicas: Auditivas, viliares, deferentes como en la vesícula seminal; pancreáticas, etc. Pero en esta definición, no se encuentran como conducto la boca.

Por otra parte, el mismo diccionario al definir el concepto de boca, establece: *BOCA*: es la *ABERTURA* anterior del tubo digestivo.

De acuerdo con éstas definiciones, existe una clara diferencia, ya que la boca no es un *conducto*, como ocurre con el conducto rectal, que viene a terminar en el ano.

Siendo la cópula la introducción del miembro viril aún en forma superficial, en la vagina, (*conducto idóneo o normal*) o en el ano (*conducto no idóneo o anormal*), no puede haber violación.

A nuestro juicio, solamente se tipifica el delito de atentados al pudor, o en un supuesto la violación en grado de tentativa, ya que el elemento psicológico en el delito de violación, lo constituye la intención de tener acceso carnal con la víctima para llegar a constituir la materialidad del tipo, y la carencia de la intención de llegar a la cópula y solamente la obtención de una satisfacción de la lascivia por medio de la teostadilla, no se llega a constituir el delito de violación.

La teostadilla es un estímulo carnal, una excitación previa al acto sexual, un procedimiento directo para llegar a la cópula y si no se llega a consumir ésta por causas ajenas al sujeto activo, debe considerarse como una tentativa, siempre y cuando conste en el sumario que la intención del agente fue llegar a la cópula.



526 bis. POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.— Con la reforma del artículo 265, artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 del mismo mes y año, se incluyó el artículo 265 bis, que reconoce la violación entre cónyuges; sin embargo, por razones didácticas apuntadas en el tema, se ha considerado dejar el texto original del autor.

Algunos niegan que en este supuesto exista el delito de violación. Para Chauveau y Hélie: <sup>255</sup> "Es necesario que la cópula sea ilícita; por tanto, el marido que se sirviera de la fuerza respecto de su mujer no cometería el crimen de violación, porque, según la Glosa, *in eam habet manus injectionem*; y la misma decisión debe ser tomada aun en el caso de separación de cuerpos, porque ésta debilita las ligas del matrimonio sin disolverlo, autoriza a la mujer a no permanecer en el domicilio del marido, pero no rompe los deberes que resultan del matrimonio. Esta solución no podría, sin embargo, aplicarse al marido sino *post perfectum matrimonium*; el prometido en esponsales que, aun en la víspera del matrimonio, empleara la violencia en su prometida, sería sin duda alguna acreedor a la pena." José Vicente Concha <sup>256</sup> afirma que: "No constituye violación el acto del marido que fuerza (*sic*) a su mujer a la cohabitación, que no es en ese caso ilícito." Jiménez de Asúa y Oneca, <sup>257</sup> al tratar la legítima defensa, manifiestan que "no cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero sí puede defenderse violentamente de actos contra natura o de libidine psicopática que le quieran ser impuestos por el marido, y también, cuando éste se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio, en el primer caso, y la fecundación nefasta para la prole, en el segundo."

En sentido favorable a la existencia de la violación, Gómez <sup>258</sup> dice: "Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan el argumento de la licitud de la cópula emanada del derecho a la misma que al marido pertenece. Es innegable tal derecho. Tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada. Lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su

<sup>255</sup> *Théorie du Code Pénal*. Tomo IV, párrafo 1579.

<sup>256</sup> *Tratado de Derecho Penal*. París, sin fecha, pág. 338.

<sup>257</sup> *Derecho Penal*. Tomo I, pág. 273.

<sup>258</sup> *Derecho Penal*. Tomo III, pág. 122.

derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia —física o moral—, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación.”

Como solución intermedia, Garraud <sup>259</sup> expresa: “Es necesario, indudablemente, que el comercio con una mujer, buscado por la violencia, sea ilícito: así el marido que posee a su mujer a la fuerza, no cometería ciertamente el delito de violación aun en el caso de separación de cuerpos, salvo la represión de las heridas que pudiera haber causado. Pero el marido que empleando la violencia constriñe a su mujer a realizar relaciones contrarias al fin del matrimonio, comete el crimen de atentados al pudor. En este caso, en efecto, el comercio que ha buscado es ilícito, y la protección general de la ley defiende a la mujer contra tales actos.” En semejante sentido es la opinión de Cuello Calón: <sup>260</sup> “El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito; así el coito efectuado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en ejercicio legítimo de un derecho; por otra parte, la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos casos, ser responsable de las vías de hecho o de las lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación. El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituye violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella y para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.); cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas).”

En nuestro concepto, el problema de la posibilidad del delito de violación entre cónyuges se reduce a determinar: a) si el ayuntamiento constituye *débito matrimonial* y, por ende, *derecho marital* a su exigencia; y b) si el ejercicio de ese derecho por medios violentos elimina el delito de violación por ausencia de antijuridicidad de la conducta.

a) Planiol, <sup>261</sup> al señalar que la relación sexual es objeto primordial del matrimonio, indica: Lo que equivoca a quienes sostienen lo contrario, es que el matrimonio se realiza a veces cuando la procreación de niños no es ya posible; no viéndose en él otro objeto que la vida común. Mas este hecho es muy excepcional para alterar el carácter normal del matrimonio. Sucede frecuentemente que una institución jurídica establecida con un objeto determinado encuentra en

<sup>259</sup> *Traité*. Tomo IV, párrafo 2084.

<sup>260</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, pág. 484.

<sup>261</sup> *Traité de Droit Civil*. 11<sup>a</sup> ed. Tomo I, párrafo 69.

seguida en la práctica otras utilidades secundarias en vista de las cuales no ha sido establecida... En el fondo, el matrimonio no es otra cosa que la unión sexual del hombre y de la mujer elevada a la dignidad de contrato por la ley o de sacramento por la religión. El Derecho canónico, más cercano que nuestras leyes a los orígenes históricos de la institución, siempre ha tenido por máxima que la consumación del matrimonio (*cópula carnalis*) es su esencia; un matrimonio no seguido de consumación es nulo.

El objeto sexual del connubio establecido por la historia y la doctrina jurídica fue reconocido por el antiguo Código Civil mexicano de 1884 (art. 155) al establecer: *El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida*. Aun cuando nuestro Código Civil suprimió la anterior definición del matrimonio, en su reglamentación se contienen diversas disposiciones de las que se desprende que la relación sexual es derecho y correlativo deber entre los cónyuges. Así se establece: *cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta* (art. 147 del Código Civil); entre los impedimentos no dispensables para contraer matrimonio y que son causa de nulidad se menciona *la impotencia incurable para la cópula* (arts. 156, frac. VIII; 236 y 267); para hacer posibles los objetos del matrimonio se ordena que *la mujer debe vivir al lado de su marido* (artículo 163); obligación de *cohabitar* que se suspende en los casos de los artículos 276 y 279; es causa de divorcio *la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio* (art. 267, frac. VI). En consecuencia, concluimos, existe entre los cónyuges la obligación del concubito y, por tanto, derecho legal a su cumplimiento.

b) Reconocida la licitud de la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal a su realización, puede pensarse que el marido que por la fuerza impone su cumplimiento a la esposa renuente no comete el delito de violación por ausencia de antijuridicidad de su conducta y porque le asiste la excluyente de responsabilidad de *obrar en el ejercicio de un derecho reconocido en la ley* (art. 15, frac. V, del Código Penal). No obstante que reconocemos el palmario derecho al fornicio matrimonial, estimamos que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente. Ciertamente ésta es una causa de justificación de la conducta o de eliminación de lo injusto; pero como los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la eximente, se hace necesaria la valoración jurídica de las acciones efectuadas por el sujeto al exigir o

imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de "abuso del derecho" estudiados por la doctrina moderna. La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos* (art. 17 de la Constitución). Proclamar el derecho marital a la cópula aún por medios violentos no consentidos por la esposa, nos parece resabio bárbaro o de tipo medieval.

Pero aun suponiendo que, por el ejercicio de un derecho, el marido forzador de la negativa de su mujer para el concubito no fuera responsable del delito de violación, de todas maneras su conducta sería punible por las infracciones penales que la violencia en sí misma integre (amenazas, golpes, lesiones, homicidio, etc.). Además, civilmente quedará expuesto a las acciones y sanciones privadas de divorcio y sus consecuencias legales por las *sevicias, amenazas o injurias graves* que sus procedimientos de violencia entrañen, y por haber cometido *en la persona del otro cónyuge un acto* (la cópula sin voluntad de éste y por medio de la violencia) *que sería punible si se tratara de persona extraña* (fracs. XI y XIV del art. 267 del Código Civil).

Si se aceptara la supuesta juridicidad de la cópula material impuesta por la fuerza, al menos tendría que reconocerse que la justificación no podría cubrir los casos en que se forzase a la esposa a ayuntamientos ilícitos, contrarios a los fines del matrimonio o en sí mismos delictuosos, tales como: el forzamiento contra el orden natural (ilícito por contrario al objeto del matrimonio y a las buenas costumbres), o cuando el marido violentador esté enfermo de males venéreos o de dolencias serias en período infectante (por el peligro de contagio que sería constitutivo de delito), o en forma de exhibicionismo obsceno (por ser delictuoso de acuerdo con el artículo 200 del Código Penal).

## CAPITULO XXIX

### DELITO EQUIPARADO A LA VIOLACIÓN

(ART. 266 DEL C. P.)

#### TEMARIO

527. La violación presunta de la doctrina; crítica; su correcta denominación: violación impropia o delito que se equipara a la violación.—528. Su reglamentación en legislaciones extranjeras.—529. El Código Penal de 1871.—530. Descripción del delito en el Código Penal vigente.—531. Sus elementos.—532. Primer elemento: la cópula; los posibles sujetos activos y pasivos.—533. Segundo elemento: modalidades.—534. Cópula con persona menor de doce años.—535. Cópula con persona privada de razón.—536. Cópula con persona privada de sentido.—537. Cópula con persona que por enfermedad no pudiere resistir; el uso de afrodisíacos.—538. El dolo específico del delito: conocimiento del estado de la víctima o culpable ignorancia.

527. La mayor parte de las legislaciones, bajo el común nombre de violación y como su especie, incluyen la figura conocida doctrinariamente como *violación presunta*, consistente, en general, en la acción de ayuntarse con personas incapacitadas para resistir psíquica o corporalmente al acto debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad o a análogas condiciones de indefensión. Creemos, sin embargo, que como estas hipótesis no implican para su existencia delictuosa el uso de la *violencia* —que es la que da su nombre al verdadero delito de violación—, no pueden con propiedad ser clasificadas como especies de esta infracción. “Un acto carnal sin violencia —dice Groizard—<sup>262</sup> parécenos que puede ser justo que sea castigado del mismo modo que un acto con violencia; pero lo que no encontramos en su lugar es que violación se llame y como violación se castigue.” Además, como los bienes jurídicos comprometidos o dañados por esas acciones delictuosas no violentas son a veces distintos a la mera libertad sexual (véase antes número 503), más bien constituyen modalidades de un delito especial, autónomo en su descripción legislativa, provis-

<sup>262</sup> El Código Penal de 1870. Tomo V, pág. 112.

to de sus propios elementos constitutivos y distinto a la violación propiamente dicha a la que puede equipararse para los efectos exclusivos de la aplicación de las penas. Su nombre adecuado, más que el de *violación presunta* —puesto que no se debe presumir lo que no existe—, debe ser: *violación impropia o delito que se equipara a la violación*.

528. El Código español (art. 429 del Código Penal de 1963) incluye en la violación, además de los casos de fuerza o intimidación, el yacimiento con mujer que se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa o con mujer menor de doce años. El Código Penal francés (art. 331) reputa violación el ayuntamiento con mujer menor de trece años. El italiano (art. 519) se refiere a la conjunción carnal con persona que no se encuentre en posibilidad de resistir a causa de condiciones de inferioridad psíquica o física, aunque sea independientemente del hecho del culpable. El Código Penal argentino (art. 519) describía la violación así: *Será reprimido con reclusión a prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1º Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2º Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir; 3º Cuando se usare fuerza o intimidación*.

529. El Código Penal mexicano de 1871 (art. 796) se limitaba a equiparar a la violación y castigar como tal *la cópula con una persona que se halle sin sentido o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad*. En cuanto al ayuntamiento sin violencia con mujeres menores de catorce o de diez años sólo podía reprimirse si se integraba estupro (art. 794), sistema que mereció la justa crítica de Demetrio Sodi (véase núm. 474).

530. La legislación mexicana anterior a la última reforma del 29 de diciembre (D.O. 3 enero de 1989) describía el delito equiparado a la violación así: *Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa* (art. 266 reformado por decreto del 12 de diciembre de 1966, *Diario Oficial* de 20 de enero de 1967). Se percibe que las hipótesis de conducta delictiva están inspiradas en la redacción del inciso 2º del artículo 519 del antiguo Código Penal argentino; sin embargo, el legislador mexicano no reglamenta el delito como *especie* de la violación, limitándose a equiparar a la violación los casos previstos. Actualmente el artículo 266, ya no lo describe, sólo señala la penalidad a imponerse, que deberá ser la que se establece en el artículo 265: "al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cual-

quier causa no pueda resistirlo; y al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en persona menor de doce años, que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o no pueda resistirlo (art. 266, reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997). Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad”.

531. Los elementos del delito son: I. Una acción de cópula; II. Que esta cópula recaiga: a) en persona menor de doce años; b) en persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o de resistir la conducta delictuosa; III. El tono psicológico especial del delito, consiste en el *conocimiento* del estado de la víctima, o al menos, en su *culpable ignorancia*.

532. I. En cuanto al elemento “cópula”, común a todas las hipótesis, en lo conducente son aplicables las explicaciones contenidas en los números del 507 al 511 del capítulo anterior, pudiendo observarse que, salvo el caso de pérdida del sentido del paciente, en que por razón fisiológica el varón es el único posible actuante del delito, sujetos activos pueden ser el varón o la mujer. En cuanto a los sujetos pasivos sin excepción pueden serlo personas del sexo masculino o femenino.

533. II. Las modalidades del delito según los distintos estados de indefensión del sujeto pasivo, son:

534. a) *En persona menor de doce años*. Dentro de este caso quedan comprendidas las cópulas, normales o anormales, efectuadas con personas de corta edad, aunque presten consentimiento al acto. Estos ayuntamientos en que los niños prestan su aparente voluntad no constituyen delitos de estupro, sino el delito más grave que se equipara a la violación, que estamos comentando. En efecto, siendo la impubertad aquella temprana edad en que el sujeto aún no es apto para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores, este estado impide al menor resistir psíquica y corporalmente pretensiones lúbricas cuyo significado, verdadero alcance y posibles consecuencias ignora racionalmente. Para mayor amplitud de la tesis aquí enunciada véanse antes números 465, 466 y 487 en el capítulo dedicado al estudio del delito de estupro. El caso más frecuente es en personas del sexo femenino, de muy tierna edad. Antes de la reforma, en las primeras ediciones de este libro, afirmamos que sería preferible (como ahora lo hace el precepto reformado) que el Código Penal determinase sancionable con las penas de la violación, todo ayuntamiento sexual con niños impúberes, o si se prefería señalar edad, con menores de doce años, ya que esta edad constituye en México, el término medio de aparición de los fenómenos de la adolescencia, especialmente la femenina, con independencia de que dichos menores proporcionen o no su consentimiento al acto. De esta manera queda expresamente con-

sagrado el principio legal absoluto de la intangibilidad sexual de los niños: *pueri debetur maxima reverentia*.

535. b) *En persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o de resistir la conducta delictuosa.* Dentro de estas amplias fórmulas, entre otros casos, se comprenden las cópulas con personas privadas de razón, como con frase poco técnica decía la redacción original del precepto antes de su reforma, entendiéndose en sentido vulgar por tal, que el sujeto pasivo padezca enajenación mental sea en forma patológica de insuficiencia de sus facultades volitivas, o de alteración morbosa de las mismas, o de estado psiquiátrico de inconsciencia. La demencia en sus variadas formas debe ser: de las que impiden darse cuenta o conocer el acto mismo que se realiza en el cuerpo del sujeto, como en ciertas formas de absoluto cretinismo; o de las que al menos, vedan al paciente proporcionar consentimiento esclarecido y consciente para la prestación sexual; o de las que manifiestan como síntoma imposibilidad de movimientos de oposición, como en ciertos estados mentales de grave catatonía.

Desde el punto de vista de la integración del delito, no interesa que el enfermo mental preste o no su insana voluntad para el concubito, porque, aun en el caso de consentimiento, éste se estima como no apto jurídicamente y, también, porque además de la seguridad de los incapacitados, la desiderata perseguida por el legislador es eugenésica: impedir por interés social la posible descendencia degenerativa de los anormales.

Los estados enajenativos de la mente pueden ser absolutos y permanentes, simplemente transitorios o de los que presentan dentro del curso de la enfermedad lúcidos intervalos. La doctrina no acepta la existencia del delito equiparado a la violación cuando la cópula se efectúa en el enfermo durante el estado lúcido pues no puede decirse que en ese momento esté privado el enfermo de razón.

536. También queda comprendida en esta modalidad del delito la cópula con persona privada de sentido, entendiéndose por tal: el estado transitorio de inconsciencia en que el sujeto pierde más o menos momentáneamente su aptitud cognoscitiva, la volición y la ideación, sea por causas traumáticas, psíquicas, tóxicas o patológicas. El responsable del delito, en presencia del estado de plena indefensión psíquica y corporal de la víctima, lo aprovecha para el fornicio en ausencia no sólo del consentimiento de ésta sino de su conocimiento. Nótese que



no se utiliza para delinquir, ni se necesita utilizar, fuerza o intimidación, seducción o engaño.

El delito puede realizarse, según ya hacía notar Pacheco,<sup>203</sup> privando del sentido a la víctima para que no oponga resistencia, o bien aprovechando ese estado en que se encuentra y abusando en él su persona. Para Groizard,<sup>204</sup> en el primer caso —privación de los sentidos producida por el culpable con el fin de realizar el delito—, la violación reviste la gravedad del peor de los dolos, y en el segundo —cuando es producida por causas externas—, la naturaleza del delito subsiste, pero la perversidad subjetiva disminuye.

Como casos de privación del sentido se pueden mencionar: los síncope, desfallecimientos o desmayos producidos traumáticamente por causas patológicas o por extrema debilidad; el letargo o sueño patológico profundo; el sueño por narcóticos y el hipnótico; la ebriedad completa o absoluta; el estado de agonía sin lucidez, etc.

Respecto de los síncope característicos de ciertas enfermedades (epilepsia, histeria, etc.), es aplicable la nota de Cuello Calón<sup>205</sup> de que en estos casos los médicos legistas aconsejan proceder con gran cautela por la frecuencia de falsas acusaciones provenientes de histéricas o de mujeres que pretenden ocultar una falta. La posibilidad de que el delito se realice aprovechando el sueño natural de una mujer, generalmente se estima increíble; Tardieu<sup>206</sup> así lo considera tratándose de vírgenes o de mujeres sin mayor experiencia, pero lo acepta en mujeres habituadas al comercio carnal. En cuanto al ayuntamiento durante la sugestión hipnótica que tantas dudas ha provocado, Strassmann<sup>207</sup> aconseja que en las pericias que pudieran requerirse con motivo de esta índole se proceda con gran cautela, porque, generalmente, las personas predispuestas a la hipnosis son histéricas, y entre los fenómenos propios del histerismo se cuenta una tendencia morbosa a mentir y a inventar, en parte inconscientemente y en parte conscientemente. La posibilidad de la conjunción carnal con persona ebria sin que ésta lo advierta, dice Gómez,<sup>208</sup> y sin que, por tanto, oponga la debida resistencia, es innegable. Naturalmente, la ebriedad de que se encuentre atacado el sujeto pasivo no ha de ser aquella que se traduce en un simple debilitamiento de los poderes inhibitorios. Sólo

<sup>203</sup> *El Código Penal concordado y comentado. Ob. cit.*, tomo III, pág. 125.

<sup>204</sup> *El Código Penal de 1870. Tomo V*, pág. 107.

<sup>205</sup> *Derecho Penal. Tomo II*, pág. 490, nota 37.

<sup>206</sup> *Estudio médico legal sobre los delitos contra la honestidad. Trad. esp. Barcelona, 1822*, pág. 134.

<sup>207</sup> Citado por Gómez. *Derecho Penal. Tomo III*, pág. 100.

<sup>208</sup> *Derecho Penal, Tomo III*, pág. 101.

puede decirse de un ebrio que está privado de sentido cuando llega a la inconsciencia completa.

537. También dentro de esta modalidad del delito equiparado a la violación, pueden mencionarse las enfermedades que impiden la resistencia al ayuntamiento no aceptado voluntariamente, en que caben aquellos estados patológicos profundamente debilitantes o imposibilitadores de movimientos y reacciones defensistas, como los casos de: parálisis generalizadas más o menos completas, atonías muy extensas, estados de extrema debilidad, anemias exhaustivas, estados agónicos lúcidos, estados caquéticos sin pérdida de los sentidos, etc.

En estos casos el enfermo se da cuenta del acto lúbrico que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza; discierne, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que implica su estado; su victimario ni siquiera necesita emplear coacción física o moral.

Los afrodisíacos son sustancias de toxicidad más o menos acentuada que contribuyen a despertar o excitar la apetencia erótica. Para la posible existencia del delito que se equipara a la violación sería necesario que el actor los hiciera ingerir a su presunta víctima sin que ésta se diera cuenta de la maniobra o de su toxicidad erótica o de la pretensión lúbrica del sujeto; sería menester, además, que su efecto fuera tan intenso que el paciente se viera obligado, por verdadero furor lúbrico, a la entrega carnal, supuesto bien increíble.

538. III. El delito equiparado a la violación supone como elemento psicológico que el agente haya obrado con *conocimiento* de las circunstancias personales de indefensión del sujeto pasivo o, al menos, con *culpable ignorancia* de las mismas. Ya Rocco, en la Exposición de Motivos del Código italiano, refiriéndose al caso de enfermedad mental, indicaba la falta de necesidad de que la ley establezca que la misma sea reconocible, y que es obvio, ante los principios reguladores del elemento psicológico del delito, que el agente no responda penalmente sino cuando conoce el estado del sujeto pasivo. Esta razonable opinión está en concordancia con los principios adoptados por el derecho positivo mexicano, aplicables, no únicamente a la enfermedad mental, sino al resto de las modalidades del delito que se equipara a la violación; es excluyente de responsabilidad el *ejecutar un hecho* (la cópula) *que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido* (las de encontrarse éste en cualquiera de las modalidades de indefensión) *si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar* (art. 15, fracción VI, del Código Penal).

En lo que concierne específicamente al caso de que el paciente se encuentre privado de razón, es de advertirse que algunas de las enajenaciones mentales se manifiestan con síntomas externos inconfundibles; cuando es así o existen otros datos igualmente inequívocos, como el de encontrarse el paciente internado en manicomio, no puede aceptarse en el sujeto activo ignorancia inculpable, porque la dolencia es obviamente reconocible.

Tratándose de personas privadas de sentido, como este estado supone el desmayo de la víctima, es obvia la imposibilidad de la ignorancia inculpable del agente. Igual situación se observa tratándose de aquellas enfermedades que impiden resistir, pues se manifiestan con perceptibles caracteres externos de imposibilidad de movimiento o de toda acción eficaz de defensa, cuyo conocimiento es patente. Más frecuente es el caso en que, sin que ella lo advierta, se hace ingerir a la víctima dentro de una bebida inocua, sustancias narcóticas para aprovecharse sexualmente del estado nebuloso de su conciencia.

En relación al caso de que la acción recaiga en personas de corta edad, en términos generales será inoperante que el agente afirme ignorancia de su edad o estado, porque el fácilmente perceptible escaso desarrollo fisiológico del menor es evidente indicio del conocimiento de su impubertad. Eusebio Gómez<sup>209</sup> manifiesta: "Huelga decir que no bastaría, para excluir el dolo, la alegación por parte del delincuente de que ignoraba la edad de la víctima. Aunque nuestro Código (el argentino) no lo establece expresamente como lo hace el Código italiano en su artículo 539—, el imputado no podría invocar en su descargo aquella ignorancia; no podría hacerlo por la razón que expone Mancini: tal ignorancia, que implica una conducta negativa, se resuelve en un *animus indifferentiae*, contrario a los deberes de diligencia, de observancia, de control de las propias acciones, explícita o implícitamente prescritos por la ley, y que son esenciales para la convivencia social." Esta doctrina tiene exacta correspondencia en el Derecho mexicano, puesto que la excluyente de responsabilidad se basa en la *ignorancia inculpable* al tiempo de obrar y, por tanto, el simple desconocimiento de la edad, con indiferencia a las manifestaciones evidentes del escaso desarrollo corporal del menor, no puede servir de excusa, a lo menos en la generalidad de los casos.

---

<sup>209</sup> *Derecho Penal*. Tomo III, pág. 89.

## CAPÍTULO XXX

### EL DELITO DE RAPTO

(ARTS. DEL 267 AL 271 DEL C. P.)

*Por Decreto del 20 de diciembre de 1990, que fuera publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 1991, se derogó tanto la denominación del Capítulo II, del Título Decimoquinto del Código Penal, como los artículos 267, 268, 270 y 271, reubicado el delito de rapto dentro del Título Vigésimo Primero del Libro segundo "Privación Ilegal de la Libertad y de otras Garantías", considerando que el tipo delictivo tutela la libertad de la persona, no una situación de tipo sexual.*

*Por razones didácticas apuntadas en el tema, estimamos dejar inalterado este Capítulo como lo dejó plasmado el Autor.—(R. G. H.)*

#### TEMARIO

539. Noción general doctrinaria del rapto.—540. Crítica a su clasificación como delito sexual; los bienes jurídicos objeto de la tutela penal.—541. Resumen histórico de Irureta Goyena acerca del rapto.—542. Legislación mexicana; Códigos de 1871 y 1929.—543. Descripción del rapto en el Código Penal vigente: sus elementos constitutivos.—544. Primer elemento: el apoderamiento de la mujer; sujetos pasivos; formas del apoderamiento.—545. La sustracción de la mujer; su doble característica: toma y desplazamiento de la mujer.—546. La retención de la mujer.—547. El rapto es delito permanente; momento de su consumación.—548. Segundo elemento: medios de realización del delito; raptos violento y consensual.—549. Rapto por violencia física.—550. Rapto por violación moral.—551. Rapto por engaño.—552. El rapto por seducción; límite de edad de dieciséis años de la mujer; la presunción legal de la seducción.—553. Tercer elemento: elemento psicológico específico del rapto; propósitos lúbricos o matrimoniales; diferencias entre el rapto y los delitos de privación ilegal de la libertad.—554. Casos de agotamiento del propósito.—555. El matrimonio como causa de extinción de la acción penal.—556. La ejecución de actos lúbricos; acumulación real de delitos; diversas hipótesis.—557. El rapto como delito de querrela necesaria.

539. Como definición académica del delito de rapto, el ilustre profesor uruguayo Irureta Goyena <sup>270</sup> propuso: *Rapto es la sustracción o la retención de una persona, ejecutada por medio de violencia o de fraude, con propósitos deshonestos o matrimoniales.* Para la plena validez de esta definición nos permitimos advertir la necesidad de agregar: que la seducción simple —ausente de todo engaño o violencia— puede ser posible medio de ejecución del rapto cuando recae en mujeres muy jóvenes; y que, también, es conveniente la previsión directa del caso en que el raptor aproveche la incapacidad de resistencia de

<sup>270</sup> *Obras completas. Tomo VI. "Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil". Montevideo, 1935, pág. 52.*

la víctima por enfermedad de la mente o del cuerpo o por semejantes estados de indefensión, ya que en estos supuestos el responsable no necesita emplear fuerza o intimidación ni medios fraudulentos o seductivos. Por estas observaciones y desde un punto de vista abstracto, podemos decir que el rapto consiste en las acciones de sustraer o retener a cualquiera persona con propósitos lúbricos o matrimoniales, realizadas: a) por medios violentos o engañosos; b) aprovechando su incapacidad de resistir; o c) tratándose de mujer muy joven, por medios seductivos. Es de notarse, sin embargo, que históricamente y en la mayor parte de las legislaciones contemporáneas se limita a la mujer la posibilidad de ser paciente del delito, ello a pesar de que en realidad el varón también puede ser privado criminalmente de libertad con fines libidinosos o matrimoniales.

540. No es certera la inclusión que hace nuestra ley del rapto en el título de los delitos sexuales. En efecto, su acción típica no consiste en el ayuntamiento o en cualquiera otra acción de lubricidad, sino en el *apoderamiento de la mujer*, es decir, en la acción de tomarla y llevársela o de retenerla, la que en sí misma no constituye ni implica realización de actos sexuales; si el que se apodera de una mujer fracasa en sus propósitos libidinosos no por eso deja de existir el rapto. Además, no siempre es necesario que la finalidad perseguida por el raptor sea erótica; el propósito puede ser simplemente matrimonial y éste no forzosamente supone pretensiones sexuales, ya que puede desearse el casorio, por ejemplo, para beneficiarse con el caudal de una mujer o como manera que imaginan un anciano o un enfermo, ya impotentes, de asegurarse cuidados y atenciones.

Ortiz Tirado<sup>271</sup> dice que "es indebido sostener que el bien jurídico que se lesiona en este hecho delictuoso sea sexual, pues el delito no surge ni puede surgir por el acto deshonesto o por el coito sino por ciertas circunstancias ajenas a ellos; lo que se hiere, lo que se lesiona gravemente, es el orden de la familia y las buenas costumbres". Diego Vicente Tejera Jr.,<sup>272</sup> indica que: el rapto es un brote atávico derivado de la tendencia exogámica en el hombre en su primitivo vivir y la historia de la humanidad en sus albores nos señala que ese fenómeno social figura como ceremonia en los matrimonios y que por lo mismo estaba muy distante de constituir un hecho delictuoso; en la época actual, en que la organización de la familia tiene como base el matrimonio, fundamento de la sociedad civil, no podría aceptarse sin contrariar a la costumbre, fuertemente arraigada, que las hijas salieran

<sup>271</sup> *Apuntes del segundo curso de Derecho Penal*. Edición mimeográfica. Sin fecha, pág. 140.

<sup>272</sup> Citado por Ortiz Tirado. *Apuntes*, pág. 139.

del hogar en que se formaron por medios diversos que los expresamente aceptados por esa costumbre, o sea, por medio del matrimonio; de tal manera que si al principio históricamente el hecho no constituía un acto punible, al observar la evolución espiritual de nuestra época que repugna con aquellas prácticas y costumbres antiguas, se le tiene que admitir con los caracteres específicos del hecho criminal que trastorna las buenas costumbres y ataca el orden de las familias.

En realidad nos parece que los bienes jurídicos objeto de la protección penal contra el rapto son *complejos* y, a veces, *variables*, según sus distintos modos violentos o consensuales de comisión y las diversas circunstancias personales de edad o estado de la ofendida. En general, el rapto ataca la libertad física, la libertad de residencia o movilización de las personas y su seguridad; pero cuando recae en mujeres menores, los derechos de patria potestad o tutela y el régimen u orden familiares, resultan lesionados. En esencia, el rapto es delito contra la libertad y la seguridad personales o el orden de las familias, realizado con afán lúbrico o matrimonial. Su indebida clasificación como delito sexual parcialmente puede explicarse por simple analogía derivada de que, con frecuencia, el rapto es antecedente de verdaderas infracciones sexuales como el estupro o la violación.

541. Irureta Goyena<sup>273</sup> ha resumido en forma inmejorable la evolución jurídica del rapto en los siguientes párrafos: "La concepción represiva de este delito ha pasado por tres fases diferentes bien caracterizadas. La primera corresponde a la impunidad; la segunda a una severidad draconiana, y la tercera a un término medio entre ambos extremos, definida por un castigo racional. La evolución mencionada se explica sin mayores dificultades. El rapto es un delito que exige cierto grado de organización social, cierto desenvolvimiento de orden político, y no podía herir la conciencia de los hombres rudos y violentos que formaban los grupos primitivos. El rapto ha sido la primera forma de la conquista de la mujer y en sus primeros tiempos se confunde materialmente con el matrimonio; ofrece un testimonio muy elocuente de ello, el caso tan conocido del rapto de las sabinas, llevado a cabo por los fundadores de Roma. El segundo período no ofrece tampoco mayores dudas. El Derecho Penal en sus comienzos fue siempre de una severidad singular; el espíritu de Dracón domina la orientación de todas las legislaciones primitivas. A medida que los países se civilizan es que se restringe el número de delitos y disminuye el

---

<sup>273</sup> *Obras completas*. Tomo VI, pág. 56.

rigor de los castigos. Como dice Ihering, el desenvolvimiento del Derecho Penal es la historia de una abolición sucesiva, progresiva y continua. La represión de este delito no tenía por qué escapar al sentido de esa evolución, y debía ser necesariamente fuerte, en un período en que se requerían diques de esta índole para contener el desborde avasallador de las pasiones humanas. La historia de Roma primitiva, registra dos pragmáticas de carácter draconiano: la ley Julia de *vis publica*, y la ley Julia de *adulteriis*. Cuando el rapto se efectuaba con violencia, quedaba equiparado a la violación o a los atentados violentos contra el pudor, y se castigaba de acuerdo con las disposiciones de la primera; cuando el rapto se ejecutaba sin violencia era asimilado al adulterio y se reprimía con sujeción a los preceptos de la última. La pena consistía para los *honestiores* en la *interdictio aqua et ignis*, a la que sucedió después la deportación con la excepción de que los *humiliores* debían sufrir la *condematio ad metallum*. Constantino fue el primero en segregar el delito de rapto del de violación y de las formas violentas de atentado al pudor, haciendo de este delito una figura jurídica independiente, castigada con la pena de muerte, aunque mediara el consentimiento de la víctima, si no mediaba el del padre, y viceversa, si mediaba la voluntad del último y faltaba la de la primera, prohibiendo además el casamiento entre el victimario y la víctima. Justiniano mantuvo la misma pena y prohibió el casamiento del raptor con la raptada. En España, el Fuero Juzgo castigaba este delito con la pérdida de todos los bienes, la prohibición de casarse con la víctima, el azotamiento en público, la entrega del delincuente en calidad de siervo a la víctima, al marido o al padre de la misma. Cuando la raptada era puesta en libertad sin sufrir vejámenes, entonces la pena se limitaba a la pérdida de la mitad de los bienes que poseía el autor del atentado. El Fuero Real estableció la pena de muerte, no existiendo acceso carnal, salvo que la víctima fuera una religiosa, y si ésta era casada el raptor con todos sus bienes eran entregados al esposo, para que dispusiera a su arbitrio tanto de la persona como del patrimonio. Las Partidas lo imitaron haciéndola extensiva al raptor unido por contrato de esponsales, pero consagrando por primera vez en la evolución del Derecho represivo español la atenuante del matrimonio entre el victimario y la víctima. En ese caso, si la raptada y los padres consentían en el casamiento, se suspendía la pena de muerte, entregando los bienes del raptor al Fisco, y si aquéllos no consentían, la confiscación se efectuaba en su favor. En Francia, por las ordenanzas de Blois —a las que sucedieron otras ordenanzas igualmente severas—, se castigaba este delito con la pena de muerte con tal inexorabi-

lidad que no escapaban a su imperio ni aun los más encumbrados señores."

542. LEGISLACIÓN MEXICANA.—El Código Penal de 1871, artículo 808, daba la siguiente definición: *Comete rapto: el que contra la voluntad de una mujer se apodera de ella y se la lleva por medio de la violencia física o moral, del engaño o de la seducción, para satisfacer algún deseo torpe o para casarse.* En esta descripción se incurría en el defecto de indicar que la acción del delito debía efectuarse *contra la voluntad de la mujer*, siendo así que en los raptos consensuales, efectuados por engaño o seducción, la mujer sigue o acompaña voluntariamente a su raptor. En esta misma descripción y a través de la frase *se apodera de ella y se la lleva*, apenas quedaba comprendida el rapto por *sustracción* y totalmente excluido el caso de simple *retención* de la mujer.

El Código Penal de 1929, artículo 868, decía: *Comete el delito de rapto: el que se apodera de una mujer por medio de la violencia física, del engaño o de la seducción, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse.* En esta fórmula torpemente se olvidaba el rapto por violencia moral o intimidación.

543. La legislación mexicana vigente (art. 267 del Código Penal), describe y sanciona el rapto: *Al que se apodere de una persona, por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará la pena de uno a ocho años de prisión.* En la última reforma, se suprimió la sanción pecuniaria que anteriormente era de cincuenta a quinientos pesos, así como el elemento seducción, lo que consideramos un error del legislador, motivo por el cual en el comentario se estima pertinente dejarlo como lo plasmó el autor, en el entendido de que ahora con las reformas, cualquier persona sin importar el sexo puede ser el sujeto pasivo del ilícito, no sólo la mujer.

Los elementos constitutivos que se desprenden directamente de la descripción legal, son: I. La acción de apoderamiento de una mujer; II. Empleo de cualquiera de los siguientes medios para realizar el apoderamiento: *a)* violencia física; *b)* violencia moral; *c)* engaño; o *d)* seducción; III. Que el agente se proponga: *a)* satisfacer un deseo erótico-sexual; o *b)* casarse.

544. PRIMER ELEMENTO.—La acción humana típica del delito de rapto consiste en el *apoderamiento de una mujer*.

Sujeto pasivo del rapto puede ser cualquiera mujer sin distinciones en cuanto a la edad —niñas, jóvenes o adultas—, o estado civil —ligadas o no por matrimonio—, o conducta anterior —sean o no doncellas, de vida honesta o corrompida—. Sin embargo, el rapto por



seducción. según examinaremos adelante, únicamente puede recaer en mujeres menores de dieciséis años. La posibilidad de que el varón sea privado de su libertad con fines lúbricos o matrimoniales, a pesar de ser indiscutible, no es aceptada en la composición del rapto; constituirá plagio, secuestro o privación ilegal de libertad, cuando se renuncian sus exigencias legales (arts. 346, frac. I, y 365); como estos delitos están conminados con penas mucho más altas, nos parece absurdo el sistema legal vigente; preferible sería incluir a los varones como posibles sujetos pasivos del rapto.

En general, por apoderamiento de la mujer se entiende la conducta del infractor de ponerla bajo su dominio o control, bajo su potestad personal, privándola del medio y circunstancias de su vida ordinaria. Este apoderamiento o toma de posesión de la mujer transcurre en un tiempo más o menos prolongado, pero se consuma en el momento mismo en que el raptor ha logrado su segregación; puede manifestarse de dos diversas maneras que, aun cuando en ellas la conducta varía, dan el mismo segregativo resultado: a) en forma de *sustracción* o, b) de *retención*.

545. a) *La sustracción de la mujer*.—Esta forma del apoderamiento supone una acción que se desenvuelve en dos movimientos sucesivos íntimamente ligados, a saber:

1º La *toma* de la mujer por cualesquiera de los medios señalados en el segundo elemento, ya sea en forma de su aprehensión material y corpórea cuando se emplea contra ella la fuerza física, o logrando que, intimidada, engañada o seducida, acompañe a su raptor o vaya hacia él. Nada interesa para la existencia del delito que el raptor haya realizado la toma de la mujer por sí mismo o con participación de terceros. La simple toma momentánea de la mujer, sin subsiguiente sustracción o retención, no es suficiente para integrar el rapto; si así fuera, todo estupro o violación serían al mismo tiempo rapto, aunque se efectuasen momentáneamente *sin ánimo de segregación o retentivo*.

2º El *desplazamiento o movilización* de la mujer de un lugar a otro, *abductio de loco ad locum*, o sea la actividad de su traslado locativo separándola del medio de su vida ordinaria o familiar para hacerla ingresar en medio controlado por el raptor bajo cuyo dominio, potestad o posesión material queda. Para la existencia del traslado de lugar a lugar, no tiene significación el sitio donde se hubiera tomado a la mujer —hogar, residencia habitual o transitoria, taller, escuela, vía pública, despoblado, etc.— ni el lugar adonde se la lleve; lo importante de esa movilización o transporte es que dé por resultado la *segregación* de la mujer de sus condiciones familiares u ordinarias de vida para ponerla bajo la potestad del actor. Sin esa segregación del

ambiente anterior no existe el delito; el hombre que, por ejemplo, arrastra a la mujer de un cuarto a otro de la casa con el propósito de forzarla sexualmente no comete rapto, pues no la ha privado de su ambiente ni ha tenido ánimo de conservarla a su lado; responderá exclusivamente por tentativa de violación y por los delitos que originen sus procedimientos coactivos. Igualmente, el que sin dicho ánimo lleva momentáneamente a la mujer a un local para satisfacer sus apetitos lúbricos, no rapta.

546. b) *La retención de la mujer.*—Esta forma del apoderamiento supone que la mujer se encuentra accidentalmente o por cualquier motivo en sitio a ella ajeno y cerca del infractor; la acción consiste en privarla física o psíquicamente de su libertad por la violencia, el fraude o la seducción, impidiéndole el regreso a su ambiente de vida familiar u ordinaria. De la misma manera que la sustracción, la retención no ha de ser simplemente momentánea, para satisfacer en el instante una pretensión lúbrica, ya que también supone la segregación o secuestro más o menos prolongado de la mujer.

Se ha pretendido sostener que la retención no puede ser manera de cometer el delito en atención a que la palabra rapto tiene su origen etimológico en *rapire*, que significa llevarse una cosa con rapidez y violencia, pero como hace notar Irureta Goyena,<sup>274</sup> “la etimología es exacta, pero el lenguaje rara vez se mantiene fiel a sí mismo; los vocablos son símbolos cuyo significado varía a través del tiempo sufriendo los cambios que impone la inteligencia humana; de hecho, y por la ejecución del atentado, tanto da la retención como la sustracción, siempre que concurren los demás elementos constitutivos del delito”. Cierzo es que en nuestro antiguo Código Penal de 1871 era imposible admitir el rapto en su forma de simple retención, ya que expresamente la acción constitutiva se describía como *apoderarse de la mujer y llevársela*. Como en la legislación vigente la norma se refiere a la acción de *apoderamiento de la mujer*, dentro de la misma literalmente caben tanto la sustracción como la simple retención.

547. El apoderamiento de la mujer, sea en forma de sustracción o de simple retención, supone un decurso temporal más o menos prolongado hasta que el raptor segrega a la mujer de su ambiente de vida ordinario; es, pues, el rapto delito que en cierto sentido se mide en razón del tiempo, sin que ello signifique que sea delito continuo; su consumación existe en el preciso instante en que se ha logrado la se-

<sup>274</sup> *Obras completas*. Tomo VI, pág. 61.

gregación; pero al mismo tiempo es un *delito permanente* en que la actividad y sus efectos se prolongan aun después de su consumación, mientras dura la ausencia de la mujer de su medio ambiente familiar o social; Mezger <sup>275</sup> dice: "Son delitos permanentes aquellos en los que, mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo, se crea un ulterior estado antijurídico duradero, como, por ejemplo, en las detenciones ilegales."

548. SEGUNDO ELEMENTO.—Para la integración del rapto menester es que el apoderamiento de la mujer se efectúe por cualesquiera de los siguientes medios: a) violencia física; b) violencia moral; c) engaño; o d) seducción. Estos medios permiten dividir al delito en dos grandes ramas: *rapto violento* y *rapto consensual*. En el primero la mujer es obligada por la fuerza o la intimidación, y en el segundo acompaña o va hacia su raptor voluntariamente, salvo que su consentimiento deriva de las actividades fraudulentas o seductivas del agente. Claro es que el rapto violento es de entidad más grave por su carácter impositivo o coactivo y por los mayores riesgos personales que corre la víctima.

549. a) *Rapto por violencia física*.—Esta forma del delito consiste en que el agente, por medio de la fuerza material aplicada al cuerpo de la ofendida, venza o anule su resistencia al apoderamiento obligándola, contra su voluntad, a ser trasladada o a ser retenida bajo la potestad del raptor. Para mayor información acerca de la violencia física, véanse antes números 520 a 525 del capítulo de violación, aplicables, en lo conducente, al rapto.

550. b) *Rapto por violencia moral*.—La violencia moral en el rapto consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños físicos o amenazas de males, de tal naturaleza que por el grave temor que causan a la mujer o por evitar males mayores a sí misma o a personas con ella relacionadas, la obligan a irse con su raptor o a permanecer a su lado. Para mayor información acerca de la violencia moral, véase antes número 525 del capítulo de violación, aplicable, en lo conducente, al rapto.

551. c) *Rapto por engaño*.—El engaño en el rapto consiste en la actividad del sujeto de alterar la verdad —presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas— que produce en la mujer

<sup>275</sup> *Tratado de Derecho Penal*. Trad. esp. Madrid, 1935. Tomo I, pág. 326.

un estado de error o equivocación por el que accede a acompañar a su raptor o a permanecer con él. Para mayores explicaciones acerca del concepto de engaño, véanse antes números 498 y 499 del capítulo de estupro, aplicables, en lo conducente, al rapto.

En nuestro concepto, con motivo del rapto, el engaño puede manifestarse con dos diferentes características o modalidades:

En la primera, el raptor hace incurrir en error a la mujer, a tal punto que ésta no se entera de los propósitos lúbricos o matrimoniales por él perseguidos. Irureta Goyena<sup>276</sup> cita el caso en que el delincuente hace “creer a la víctima que el padre, el hijo o un miembro de su familia le piden que concurra a un sitio determinado, por razones naturalmente apremiantes, de donde una vez llegada a él, no puede retirarse”. Conviene advertir que cuando las falacias son tan profundas que la víctima ni siquiera se percata de las pretensiones del raptor, pueden en la práctica resultar engañadas no sólo las incautas menores de edad sino las mujeres maduras y experimentadas. Sin embargo, nos parece que en esta hipótesis el engaño no es sino un medio preparatorio facilitador de la posible segregación; en efecto, al acudir la engañada cerca del agente y descubrir sus propósitos lúbricos o matrimoniales puede acontecer que con toda libertad acepte sus pretensiones, desvaneciéndose así el rapto, o que se vea obligada por fuerza o miedo a permanecer a su lado, consumándose entonces el rapto por medio de violencia física o moral, no por el anterior engaño.

En la segunda forma, la mujer acompaña a su raptor en virtud de mentirosas promesas o supuestos engañadores, pero se da cuenta de la finalidad matrimonial o libidinosa perseguida; por ejemplo, cuando se decide a ir con su raptor como consecuencia de una falsa promesa de matrimonio. Creemos —*de lege ferenda*— que en esta modalidad el delito de rapto engañoso debería limitarse en su represión al caso en que recaiga en mujeres muy jóvenes y recatadas, en forma semejante al estupro, como modo de proteger exclusivamente la inexperiencia e indefensión psíquica derivadas de la corta edad (véase antes núm. 484).

552. d) *Rapto por seducción*.—Aunque ya en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para todo el país en materia federal, ya no se contempla la seducción, pero en algunos Códigos de los estados aún este elemento del delito se encuentra vigente, creemos conveniente reproducir lo que el autor decía en ediciones anteriores.

La forma seductiva del delito consiste en la conducta maliciosa

<sup>276</sup> *Obras completas*. Tomo VI, pág. 64.

del raptor encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o en los halagos destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud accede a acompañar al raptor o a permanecer con él (véase antes núm. 500, aplicable, en lo conducente, al rapto).

La forma seductiva del rapto puede recaer exclusivamente en mujeres menores de dieciséis años. En este sentido rectificamos expresamente la opinión contraria que habíamos vertido en nuestro *Código Penal Comentado*. En efecto, el artículo 268 del Código Penal (antes de la reforma) prescribía: *Se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, sino solamente la seducción y consienta en el rapto la mujer, si ésta fuere menor de dieciséis años*; este precepto era idéntico al artículo 810 del Código Penal de 1871, y Martínez de Castro,<sup>277</sup> manifiesta expresamente: “no se castiga el rapto que se comete por simple seducción y sin violencia alguna, sino cuando la mujer no ha cumplido dieciséis años; porque no estando maduro todavía su juicio, se presume que su consentimiento ha sido arrancado a la timidez y debilidad de su sexo, o que es efecto de ilusiones engañosas, de que es fácil rodear la inexperiencia y credulidad de una joven inexperta y apasionada”. Sin embargo, no es fácil explicarse la diferencia de edad de menores de dieciocho años en el estupro por engaño o seducción y la de menores de dieciséis años en el rapto consentido por seducción.

*Por el solo hecho de no haber cumplido dieciséis años, la mujer robada que voluntariamente sigue a su raptor, se presume que éste empleó el engaño* (art. 269 reformado del C. Penal). En nuestro concepto la presunción es *juris tantum*, es decir, de las que admiten prueba en contrario; el supuesto legal cede ante la verdad real. Por ejemplo, la presunción se desvanece cuando se demuestra que la menor de dieciséis años tenía la experiencia que entraña el ejercicio de la prostitución.

553. TERCER ELEMENTO.—La simple intencionalidad delictuosa en el rapto consiste en la consciente ejecución de los actos materiales del delito —apoderamiento de la mujer por cualquiera de los medios ya explicados—, la que se presume legalmente, salvo prueba en contrario, en los términos del artículo 9º del Código Penal. Aparte dicha intencionalidad, en la descripción expresa del delito de rapto se exige que la acción de apoderamiento se efectúe *para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse*. Estos propósitos libidinosos o matrimoniales, de tono subjetivo finalista, constituyen el elemento psicológico específico del rapto. La conducta del delincuente ha de orientarse psí-

<sup>277</sup> *Exposición de Motivos al Código Penal de 1871*, pág. 68.

quicamente a la consecución de esos deseos, sin que interese, para la existencia del delito, que fracase en su final agotamiento. El rapto existe aunque el sujeto no logre el matrimonio o los actos libidinosos que perseguía al apoderarse de la mujer. Es el deseo, el afán, el propósito subjetivo, lo que integra el elemento y no su realización positiva.

Las miras lúbricas o matrimoniales pueden fácilmente inferirse en los procesos, aun en ausencia de pruebas directas, atendiendo a las circunstancias personales del raptor y de la raptada, a sus relaciones anteriores, a las circunstancias de modo y ocasión en que se efectúe el apoderamiento, etc.

Dichas finalidades dan su tono diferencial al rapto y permiten distinguirlo de los delitos de privación ilegal de libertad. La *detención arbitraria* (art. 364, frac. I) y el *plagio o secuestro* (art. 366) pueden efectuarse con cualquier propósito —odio, venganza, lucro, etc.— y, en general, son lesionadores de la libertad de tránsito o residencia del sujeto paciente, severamente punidos en atención sea a sus formas de comisión —uso de amenazas graves, maltrato, tormento, detención en camino público o paraje solitario, comisión por banda o grupo—, o sea por las finalidades perseguidas —rescate, daños o perjuicios al plagiado o a otra persona relacionada con éste—, ya que estos propósitos, distintos a los fines perseguidos en el rapto, aparte del ataque directo a la libertad que representan, son susceptibles de acarrear mayores daños a las personas o a sus patrimonios y son creadores de intensa alarma social por la inseguridad colectiva que denotan. Por eso la Constitución (art. 22) admite la posibilidad de que la ley ordinaria imponga penalidad de muerte al plagiario.

554. Si bien es irrelevante para la existencia del rapto que el responsable no haya logrado cumplir sus deseos matrimoniales o lúbricos, cuando esto acontece surgen variantes jurídicas de importancia:

555. a) *Cuando el raptor se case con la mujer ofendida no se podrá proceder criminalmente contra él, ni contra sus cómplices, por rapto, salvo que se declare nulo el matrimonio* (art. 270). Aquí se establece forma especialísima de extinción de la acción penal, que no excluye la posibilidad de perseguir al raptor y a los que con él hayan participado en el delito, por las otras infracciones realizadas con motivo del rapto. La palabra “cómplice”, usada en el texto de la ley, está empleada en su connotación vulgar y extensa indicadora de cualquier clase de participación en el delito (véase art. 13 del Código Penal). La legislación civil señala como impedimento para contraer nupcias: *la fuerza o miedo graves*. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada mientras ésta no sea restituida a lugar se-

guro, donde libremente pueda manifestar su voluntad (art. 156 del Código Civil).

556. *b)* En cambio, cuando el raptor, sin casarse con la mujer, logra sus miras deshonestas ejecutando en ella acceso carnal o tocamientos lúbricos, puede ser responsable por *acumulación real* (art. 18 del Código Penal) tanto del rapto como del delito sexual emergente. Los delitos que pueden concurrir con el rapto son, especialmente, los de estupro y violación, si se reúnen las exigencias de sus propias descripciones legislativas.

Aun cuando diversos autores sostienen que el rapto se desvanece cuando ha sido el *medio* para realizar algún delito sexual por quedar subsumido en éste, y otros sostienen que en estos casos existe simple *concurso formal* de infracciones (art. 59<sup>a</sup>), estimamos que la solución adecuada es la de la *acumulación real* (art. 18), pues las acciones típicas del rapto y de los delitos que de él pueden surgir no son iguales, se realizan en actos distintos y los bienes jurídicos objeto de la tutela penal también varían. Irureta Goyena<sup>278</sup> opina: "La reiteración se caracteriza por la ejecución de uno o más delitos sucesivos que han ido escapando al castigo, hasta llegar al último que determina la represión de todos. Eso es precisamente lo que ocurre en el caso: el delito de rapto que constituye una figura jurídica independiente, concurre con la violación y con el estupro, que son también delitos de existencia propia. La reiteración se impone por su evidencia, y, si se impone por su evidencia, lo natural es que se sujete a la ley punitiva que rige su naturaleza."

557. *No se procederá contra el raptor, sino por queja de la mujer ofendida o de su marido, si fuere casada; pero si la raptada fuere menor de edad, por queja de quien ejerza la patria potestad o la tutela o, en su defecto, de la misma menor. Cuando el rapto se acompañe con otro delito perseguible de oficio, si se procederá contra el raptor por este último* (art. 271 del Código Penal). La necesaria querella como condición de procedibilidad para la persecución del delito de rapto, atrae para el mismo, como especial forma de extinción de la responsabilidad penal, el perdón o el consentimiento. Las explicaciones que dimos en el delito de estupro acerca del consentimiento y el perdón son aplicables al rapto (véase antes núm. 501). Para las reglas procesales de la querella, véanse artículos 263, fracción I; 264, 275 y 276 del Código de Procedimiento Penales.

<sup>278</sup> *Obras completas*. Tomo VI, pág. 84.

## CAPÍTULO XXXI

### EL DELITO DE INCESTO

(ART. 272 DEL C. P.)

#### TEMARIO

558. Noción general del incesto; el principio exogámico.—559. Explicación psicoanalítica de la prohibición del incesto.—560. Observación de los males del incesto; causas de su práctica.—561. Resumen histórico.—562. Interdicción civil y penal del incesto.—563. Grados del parentesco no dispensables que impiden el matrimonio.—564. Sistemas penales que no consideran al incesto como delito sino como agravante de otras infracciones; el Código Penal mexicano de 1871.—565. Sistema penal que considera al incesto como un delito típico.—566. El Código Penal mexicano de 1929; crítica.—567. Descripción del incesto en la legislación vigente; objetos de la tutela penal.—568. Sus elementos constitutivos.—569. Primer elemento: las relaciones sexuales.—570. El parentesco; sus dos modalidades.—571. El incesto entre ascendientes y descendientes consanguíneos, afines o por adopción.—572. El incesto entre hermanos.—573. Comprobación del parentesco.—574. Tercer elemento: conocimiento de la liga del parentesco; causas de inimputabilidad o de inculpadabilidad; concurrencia de delitos.

558. Para Escriche,<sup>279</sup> la palabra latina *incestus* es lo mismo que *non castus*, según unos; pero, según otros, trae su origen de *cestus*, que entre los antiguos significaba la cintura de Venus, la cual se daba a los casados, menos cuando había algún impedimento para casarse; de suerte que el matrimonio contraído a pesar del impedimento se llamaba incestuoso, esto es, sin cintura, como si se tuviese por indecoroso el hacer intervenir a la diosa del amor en una unión tan repugnante al orden de la naturaleza. En la antigüedad, además de la relación sexual con próximos parientes, se comprendía en el incesto a la efectuada con personas pertenecientes al sacerdocio.

En su sentido más restringido, que es el que corresponde a su acepción moderna, el incesto consiste en la relación carnal entre parientes tan cercanos que, por respeto al principio exogámico regulador moral

---

<sup>279</sup> *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.*



y jurídico de las familias, les está absolutamente vedado el concubito y contraer nupcias. Para el Derecho mexicano el delito de incesto se constituye por las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos. Puede observarse que la infracción está íntimamente ligada con los impedimentos civiles no dispensables para el matrimonio.

La exogamia —rigurosa interdicción de lo sexual entre parientes muy próximos—, es indudablemente el máximo y universal principio ético y jurídico que en materia sexual regula la comunidad humana. Su violación es contemplada unánimemente como el más vergonzoso agravio que puede sufrir la familia en su organización y orden.

559. De acuerdo con las interpretaciones de Freud, este "horror al incesto" deriva de que en las sociedades humanas primitivas, en que se supone anterior práctica frecuente de la relación sexual dentro de la cercanía familiar, llega a establecerse su definitiva prohibición a través de la censura colectiva manifestada originariamente por las concepciones míticas del *totemismo*, del cual la exogamia es corolario. En la tribu, el *totem* es el símbolo mítico del ascendiente común, siendo *tabú* no sólo mancharlo o herirlo, sino toda relación erótica entre los miembros que pertenecen al mismo clan o grupo familiar *totémico*. "Los *totem* —dice Freud—<sup>280</sup> no eran, primitivamente, sino animales y se les consideraba como los antepasados de las tribus respectivas. El *totem* no se transmitía sino por línea materna. Estaba prohibido matarlo (o comer de él, cosa que para el hombre primitivo significaba lo mismo). Por último, para los miembros de una división *totémica* se veía rigurosamente prohibido todo contacto con los del sexo opuesto pertenecientes al mismo *totem*." "Los miembros de un único y mismo *totem* no deben entrar en relaciones sexuales y, por lo tanto, no deben casarse entre sí. Es ésta la ley de la exogamia, inseparable del sistema *totémico*." "La *exogamia totémica* se nos muestra como el medio más eficaz para impedir el incesto del grupo, medio que fue aceptado y adoptado en dicha época y ha sobrevivido mucho tiempo a las razones motivo de su nacimiento."

Conforme a las primeras doctrinas psicoanalíticas —no siempre aceptadas en todo su alcance por la crítica—, a través de un procedimiento que pudiéramos calificar de ontogénico-filogénico, en el niño acontecen fenómenos anímicos semejantes a los del primitivo humano vivir. Durante el curso de la infancia, especialmente en la segunda niñez, la vagarosa y errante libido empieza por primera vez a proyec-

<sup>280</sup> *Obras completas*. "Totem y tabú." Trad. esp. Tomo VIII, págs. 11 y 159.

tarse al exterior, fuera del propio cuerpo del sujeto, estableciéndose entonces como objeto de la atracción sexual la persona del progenitor del sexo contrario, formándose así tendencia psíquica de tono incestuoso. Pero pronto, mediante la imitación de costumbres a que es tan afecto, por la educación que le es impuesta, a través de la censura, el niño reprime sus inclinaciones incestuosas; estas tendencias reprimidas —complejo de Edipo— desaparecen de la vida psíquica consciente y se alojan o depositan en el fondo profundo del subconsciente, donde, prisioneras, sólo esperan un relajamiento de la censura, de la esfera psíquica consciente, del “yo” lúcido, para traicionar al ser humano y emerger presidiendo su conducta, así sea en actos simbólicos o en el crimen mismo (véase antes núm. 421).

560. Además, en nuestra opinión, la condena contra los actos incestuosos se explica racionalmente por la multimilenaria observación de que su práctica es fuente de intranquilidad, desorden y posible tragedia en las familias, y de que es también productora de frecuentes procesos hereditarios degenerativos en forma de variadas taras somáticas o psíquicas en los descendientes. Con independencia de las interpretaciones psicoanalíticas, se señalan como causas de la repugnante práctica del incesto la corrupción de costumbres o estados degenerativos en algunos individuos y, especialmente, las condiciones de miseria que obligan a las familias a convivir promiscuamente en una sola habitación o a tener un lecho común a padres e hijos, a hermanos y hermanas.

561. Según el resumen histórico de Cuello Calón:<sup>281</sup> “El Derecho romano, especialmente el imperial, castigó al incesto, no solamente el que tenía lugar entre ascendientes y descendientes y entre hermanos y hermanas, sino también entre tíos y sobrinos y entre afines en determinados grados, distinguiendo entre el *incestus juris gentium* (entre ascendientes y descendientes) y el *incestus juris civilis* (entre colaterales y afines) (ley *Julia de adulteriis*). En el Derecho español penábase en el Fuero Juzgo el casamiento y el adulterio con la mujer de los descendientes y con mujer del linaje de éstos, equiparándose a este delito el yacimiento con las barraganas de los padres y hermanos (libro III, título V, leyes 1ª y 7ª); asimismo el Fuero Real penó hechos análogos (libro IV, título VIII, ley 3ª); en ambos Códigos las penas establecidas eran de escasa dureza. Las Partidas penaron como adulterio el yacimiento con parienta o cuñada (Partida VII, título XVIII,

<sup>281</sup> *Derecho Penal*. Tomo II, pág. 521.

leyes 2ª y 3ª). El incesto ya se define en la Novísima Recopilación, que lo extiende a la fornicación con religiosas, y por parte de los criados a la cometida con las parientas y barraganas de los señores y con los criados de la casa, estableciéndose para ciertos casos la pena de muerte. "Grave crimen es el incesto, el cual se comete con parienta hasta el cuarto grado, o con comadre, o con cuñada, o con mujer religiosa profesas; y esto mismo es de la mujer que comete maldad con hombre de otra ley; y este crimen de incesto es en alguna manera herejía, y cualquiera que lo cometiere, allende las otras penas en Derecho establecidas, pierde la mitad de sus bienes para la nuestra cámara" (Novísima Recopilación, libro XII, título XIX, leyes 1ª, 2ª y 3ª).

562. En la época contemporánea, además de la intensa reprobación moral contra el incesto, el Derecho declara su prohibición a través de las normas civiles relativas al matrimonio y de la directa o indirecta represión penal.

563. De esta manera; el Derecho Civil positivo mexicano señala como impedimentos no dispensables para contraer nupcias: el parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; el parentesco en línea colateral igual: hermanos y medio hermanos; y el parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna (fracs. III y IV del art. 156 del Código Civil). Además, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes entretanto que dure el lazo jurídico de adopción (art. 157 del Código Civil). La inobservancia de estos preceptos es causa de nulidad del matrimonio.

564. Actualmente numerosas legislaciones penales, inspiradas en el Código Penal francés, no miran en el incesto una figura especial y autónoma de delito y se conforman en considerarlo, incidentalmente, como un motivo de agravación de la penalidad en otras infracciones de tipo sexual. En este sentido Garraud<sup>282</sup> expresa: "Existen pocos problemas que hayan preocupado tanto a las legislaciones penales como la de saber si el incesto debe ser reprimido y en qué límites. El incesto es el comercio ilícito que tiene lugar entre personas que no pueden casarse en razón de su parentesco de consanguinidad o de alianza. El hecho legislativo de interdir el matrimonio entre ciertas personas por esta causa está justificado por motivos fisiológicos, morales y sociales. . . , mas la sanción civil de nulidad del matrimonio no

<sup>282</sup> *Traité*. Tomo V, párrafo 2097.

ha parecido siempre suficiente para garantizar esas prohibiciones. Nuestro antiguo Derecho, por ejemplo, agregaba sanciones represivas... Pero numerosas legislaciones modernas han abandonado este punto de vista. Consideran, con alguna razón, que ni el matrimonio incestuoso ni las relaciones incestuosas fuera del matrimonio deben ser especialmente incriminadas: no en el matrimonio, porque la nulidad, que es la consecuencia del impedimento dirimente, constituye sanción civil suficiente para restablecer el orden jurídico ofendido; no las relaciones sexuales, porque esos actos, examinados en sí mismos, no ofenden ningún derecho particular o general. Castigarlos constituiría obstinación en poner luz, por investigaciones indiscretas, en vergüenzas o mancillas cuya revelación misma es una causa de escándalo en actos que la sociedad no tiene ningún interés en punir. Mas si el incesto debe desaparecer del catálogo de los delitos, es necesario tener en cuenta, en la represión del atentado al pudor, con o sin violencia, las relaciones de parentesco existentes entre el autor del atentado y su víctima, porque esas relaciones facilitan los medios de seducción, sea en razón de la autoridad que confieren, o sea por las ocasiones de cercanía que crean."

El Código Penal mexicano de 1871, siguiendo el precedente francés, no contemplaba directamente al incesto como delito especial. Se conformaba con señalar, como genérica circunstancia agravante de cualquier delito, el parentesco de consanguinidad en segundo grado de la línea colateral, el de afinidad en línea recta entre el delincuente y el ofendido o ser el reo ascendiente o descendiente del ofendido (art. 46, frac. XIV, y art. 47, frac. XV); además, las penas del estupro, la violación y el delito que se equipara a la violación, se aumentaban en dos años cuando el reo fuera ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido, y con un año si fuera hermano, quedando el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes (arts. 799 y 801 del Código Penal de 1871).

565. Otras legislaciones reglamentan directamente al incesto como un delito típico provisto de su propia y autónoma descripción. El vigente Código Penal Español de 1963 (arts. 435 y 438), en forma defectuosa en cuanto a su clasificación y descripción, lo incluye dentro del delito de estupro (véase antes núm. 471). El Código italiano de 1889 (art. 337) castigaba al que, en caso en que resultare escándalo público, mantuviese relaciones incestuosas con un descendiente o un ascendiente aun ilegítimos, o con un afín en línea directa, o con un hermano o hermana. Las características principales del sistema italia-

no de represión han sido el carácter continuado y escandaloso de la relación incestuosa; el concubito entre dichos parientes realizado aisladamente y sin pública afrenta, no ha integrado el delito.

566. En la legislación mexicana la creación del incesto como un delito típico tuvo lugar en el Código Penal de 1929. *Los padres que tuvieran relaciones sexuales con sus hijos, perderán todos los derechos que sobre ellos ejercieren y se les aplicará segregación por más de dos años, según la temibilidad revelada. Los hijos quedarán al cuidado del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social para su educación, corrección o regeneración* (art. 876). *El incesto entre hermanos se sancionará con multa de quince a treinta días de utilidad y permanencia mínima de un año en establecimientos educativos o de corrección, si alguno o ambos fueren menores de edad. Al mayor se le aplicará segregación hasta por dos años* (art. 877). Llama la atención que en el efímero Código de 1929 se limitase a los padres la represión del incesto entre ascendientes y descendientes, sometiendo exclusivamente a los hijos a medidas tutelares, siendo así que estos hijos pueden ser mayores de edad plenamente responsables de sus actos e inductores del incesto.

567. El Código mexicano vigente describe y sanciona al incesto de la siguiente manera: *Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos* (art. 272 del Código Penal). Ya hemos indicado que la razón de ser de la represión del incesto es la tutela o protección del principio exogámico de la familia y, en algunos casos, el interés colectivo eugenésico, que pueden ser comprometidos o dañados por la conexión carnal entre próximos parientes.

568. Los elementos constitutivos que se desprenden literalmente de la redacción del precepto son: I. Una actividad de *relaciones sexuales*; II. Que éstas se efectúen: a) entre *ascendientes y descendientes*; o b) entre *hermanos*. Debe agregarse como elemento psicológico del delito: III. Conocimiento de la liga de parentesco.

569. PRIMER ELEMENTO.—La acción constitutiva del delito consiste en las *relaciones sexuales*. Es de advertirse que en la descripción de los delitos de estupro y violación la ley mexicana señala como elemento a la *cópula*; en cambio, en el incesto se refiere, en plural, a las

*relaciones sexuales*. Esto se presta a suponer que nuestra legislación, imitando al Código Italiano de Zanardelli, ha querido indicar que no cualquier ayuntamiento incestuoso aislado o mantenido en el secreto, sin un estado más o menos continuado o permanente de relaciones sexuales, integra el delito. Sin embargo, los tribunales mexicanos han considerado que el incesto existe aun en los casos aislados de acceso sexual, solución que nos parece correcta desde el punto de vista exegético, porque el Código Penal emplea en variados preceptos las expresiones “relaciones sexuales”, “cópula”, “acto carnal” indistintamente y como sinónimas. Como la represión del delito tiene, entre otras, una mira eugenésica —impedir la posible descendencia degenerativa—, interpretamos que el concubito entre los parientes ha de ser precisamente el efectuado entre varón y mujer por vía natural, o sea, el *coito normal*.

570. SEGUNDO ELEMENTO.—El concubito venéreo ha de acontecer entre parientes tan cercanos que les esté prohibido en forma no dispensable el matrimonio: ascendientes y descendientes o hermanos.

571. a) *Incesto entre ascendientes y descendientes*.—En su sentido restringido la liga ascendente-descendente del parentesco se limita a la consanguínea en línea recta: padres e hijos, abuelos y nietos, etc., sean legítimos o naturales. En su acepción más amplia comprende, además de los anteriores, a los parientes por afinidad en línea recta: suegros y yernos, y a los parientes civiles o de adopción: adoptantes y adoptados. Estimamos que el delito de incesto tanto existe cuando el acto carnal se realiza entre ascendientes y descendientes consanguíneos como entre afines o por adopción, porque en la descripción del delito no se establece distinción alguna, y porque cuando el legislador mexicano ha querido restringir el concepto de ascendientes o de descendientes a los consanguíneos lo ha hecho expresamente, como acontece en la descripción del delito de parricidio (art. 323 del Código Penal) y de infanticidio (artículo 325, ahora derogado). Por otra parte, aun cuando en el incesto entre suegros y yernos o entre el padre o la madre adoptantes y el hijo o hija adoptivos no puede temerse el posible riesgo de descendencia degenerativa, de todas maneras en estas ilícitas uniones carnales se viola gravemente el orden familiar. Ya hemos indicado que el impedimento no dispensable para contraer nupcias alcanza también a estas clases de parientes.

572. b) *Incesto entre hermanos*.—Los hermanos son los más cercanos parientes consanguíneos en la línea colateral igual; entre ellos caben los que tienen padre y madre común (hermanos germanos), los

de padre común y madre distinta (hermanos consanguíneos en sentido estricto) y los de madre común y padres distintos (hermanos uterinos). La filiación de los hermanos o medio-hermanos puede ser legítima o natural.

573. En las dos modalidades del incesto el parentesco debe comprobarse por el instructor penal sin que sea necesario que la jurisdicción civil lo fije en resolución prejudicial. Si se trata de parientes por afinidad (suegro y nuera o suegra y yerno), como la liga se adquiere a través de actos civiles, la prueba del parentesco únicamente podrá establecerse mediante las respectivas constancias del registro civil. En lo que concierne al consanguíneo (padres o abuelos e hijos o nietos), la liga de filiación legítima o natural se demuestra en el proceso por medio de las formas preceptuadas por el Código Civil (arts. 340, 341, 360 y siguientes del Código Civil); pero, en ausencia de estas probanzas, la filiación puede establecerse conforme a cualquiera de los sistemas probatorios aceptados por la ley procesal, siendo suficiente el simple reconocimiento del vínculo por los protagonistas. En esta materia son aplicables las explicaciones dadas anteriormente en el número III.

574. TERCER ELEMENTO.—Para la existencia de la culpabilidad de cada uno de los protagonistas del incesto, es imprescindible que hayan actuado con conocimiento de la liga de parentesco que los une con el otro; ese conocimiento integra el elemento psicológico del delito.

Cierto es que el acto incestuoso supone una actividad sexual realizada en común por los dos protagonistas, pero de ello no necesariamente se infiere que ambos sean penalmente responsables de la infracción; puede acontecer que alguno de ellos se encuentre excluido de responsabilidad, sea por una causa de *inimputabilidad*, por ejemplo, obrar la mujer compelida por una fuerza física irresistible o bajo miedo o temor (art. 15, fracs. I y IV), o sea por una causa de *inculpabilidad*, como en el caso de que ignoren el vínculo del parentesco, siendo entonces de estricta aplicación la excluyente de responsabilidad prevista en la fracción VI del artículo 15. Por eso es posible que el incesto concorra en forma de *acumulación real* con el rapto violento realizado con miras lúbricas (art. 18 del Código Penal) (véase antes número 556), o en forma de *concurso formal* con la violación o el adulterio (art. 58 del Código Penal, ahora derogado), ya que en este último supuesto, con un solo hecho ejecutado en un solo acto —el fornicio—, se violan varias disposiciones penales que señalan sanciones diversas, debiéndose aplicar la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración.

## CAPITULO XXXII

### EL DELITO DE ADULTERIO

(ARTS. DEL 273 AL 276 DEL C. P.)

#### TEMARIO

575. Dudosa etimología de la palabra adulterio; las Partidas.—576. El adulterio en general; el adulterio civil y el penal.—577. El adulterio como ilícito civil; sus acciones y sanciones privadas.—578. La noción general o civil de adulterio no corresponde al concepto del delito que lleva ese nombre.—579. Resumen histórico del delito.—580. El Código Penal de 1871; diferencias en cuanto al sexo de los casados infieles.—581. El Código Penal de 1929; nivelación de los sexos.—582. Tendencias históricas a la nivelación de los sexos, a la disminución de las penas y a la desaparición de la sanción penal; su culminación en el Código Penal mexicano vigente.—583. Argumentos para la penalidad del adulterio.—584. La tendencia abolicionista.—585. Opinión del autor; objeto de la tutela penal.—586. Legislación mexicana vigente; descripción del delito.—587. Sus elementos.—588. Primer elemento; un acto de adulterio; sus requisitos.—589. El matrimonio legítimo como presupuesto imprescindible; su demostración.—590. El acceso carnal adulterino como acción material del delito; sujetos activos y pasivos.—591. Concepto de acceso carnal.—592. Sólo el adulterio consumado es punible.—593. Demostración procesal del fornicio adulterino.—594. Segundo elemento.—595. Adulterio en el domicilio conyugal; concepto realista de domicilio conyugal.—596. El adulterio con escándalo; su carácter público u ostentoso; el escándalo como elemento normativo.—597. Tercer elemento; la intencionalidad criminal; el elemento psicológico del adulterio; casos de eliminación de la responsabilidad.—598. Persecución por querrela necesaria; observaciones y corolarios.

575. El dudoso origen etimológico de la palabra adulterio es ensayado por la Séptima Partida (tít. XVII, ley 1<sup>a</sup>), la que expresa: *Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada, ó desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín alterius et thorus, que quíeren tanto decir como ome que va ó fue al lecho de otro; por quanto la mujer es contada por lecho del marido con quier es ayuntada, é non el della.*

576. En su moderno significado general o común, que es el que corresponde al Derecho Civil, el adulterio es la violación de la fide-



dad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial. Esta infidelidad carnal constituye siempre un *ilícito civil*, generador de acciones o sanciones privadas, pero no necesariamente integra un *ilícito penal* productor de medidas represivas. En otras palabras, no todo *acto de adulterio* es forzosamente un *delito de adulterio*.

577. En el Derecho Civil mexicano es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa, cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice, puesto que, sin distingos, produce las siguientes acciones y sanciones privadas que puede ejercitar el cónyuge ofendido: el divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento de la infidelidad; el cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones; pierde los derechos que tuviere a alimentos y todo lo que se le hubiere prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito; además constituye impedimento no dispensable para contraer matrimonio —y causa de nulidad en su caso— el adulterio habido entre los que pretenden contraerlo, cuando haya sido judicialmente comprobado (artículos 267, frac. I; 269, 278, 283, 285, 286, 288, 156, frac. V; 235 y 243 del Código Civil). Así, pues, en materia civil existe entre los cónyuges mutuo deber y correlativo derecho a la fidelidad, siendo ilícita su inobservancia.

578. La anterior noción general o civil de adulterio no corresponde en todos sus extremos al concepto del *delito* que lleva ese nombre. Aquella es preferentemente de orden contractual y éste es primordialmente tutelador del orden familiar. Históricamente y hasta épocas relativamente recientes, la infracción penal se limitaba al cometido por la mujer casada y su codeincuente; en cambio, el del cónyuge varón y su copartípe, salvo casos especiales, no era delito. Actualmente el Código Penal mexicano, aun cuando no establece diferencias en cuanto al sexo de los casados culpables, restringe notablemente los casos punibles de adulterio, limitándolos a los realizados en condiciones de grave cinismo en sus autores o de extrema afrenta contra el cónyuge burlado, como son los que acontecen en el *domicilio conyugal* o con *escándalo*.

579. Los pueblos antiguos sancionaban generalmente al adulterio femenino con penas muy crueles. Así, los egipcios cortaban a la mujer

la nariz para dejarla infamada y a su amante lo castraban; los judíos aplicaban la lapidación de la adúltera; los antiguos germanos la quemaban y sobre sus cenizas ajusticiaban al copartícipe. El Derecho romano siempre limitó el delito a los actos de adulterio efectuados, no por el marido, sino por la esposa (*alieni tori violatio*). En la época republicana el adulterio de la mujer casada era un delito privado sometido a la jurisdicción del tribunal doméstico y se le consideraba como un robo de la misma en perjuicio de su marido. Bajo Augusto, la *Lex Julia de adulteriis* lo elevó a la categoría de crimen público con pena de relegación y repudio. Más tarde Constantino decretó la pena de muerte para la mujer casada y su amante adulterino. Justiniano conservó esta penalidad para el copartícipe, pero cambió la de la mujer infiel en azotes y reclusión en monasterio, con obligación de tomar hábito si el marido no perdonaba. Para el Fuero Juzgo (ley 1ª, tít. 4º, lib. III), *si el adulterio fuere fecho de voluntad de la muier, la muier é el adulterador sean metidos en manos del marido, é faga dellos lo que se quisiere*. El Fuero Real igualmente facultaba al marido a hacer de los adúlteros y de sus bienes lo que quisiere, pero se prevenía que *no puede matar el uno e dexar al otro*. Las Partidas (Partida VII, tít. 17, ley 1ª) también limitaban la represión al adulterio de la casada, excluyendo el del esposo por las siguientes razones: *La primera, porque del adulterio que faze el varon con otra muger non nace daño ni deshonra a la suya. La otra, porque el adulterio que faze su muger con otro, finca el marido deshonnrado, recibiendo la muger á otro en su lecho; é además porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñase de aquel con quien fiziese el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernia a la muger del adulterio que el marido fiziese con otra; é por ende, pues que los daños e las deshonnras no son iguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, é puede acusar a su muger del adulterio, si lo fiziese, é ella non a el...*; las penalidades eran, para la mujer adúltera, la de ser herida públicamente con azotes y encerrada en algún monasterio, y para su copartícipe, la de muerte. La Novísima Recopilación (lib. VI, tít. 28, ley 1ª) facultaba al marido para hacer de la mujer casada que hiciera el adulterio y del adulterador lo que quisiere, sin que pudiera matar al uno y dejar al otro.

580. El Código Penal mexicano de 1871 estimaba como delito todo adulterio de la mujer casada; en cambio, la esposa sólo podía quejarse en tres casos: cuando su marido lo cometiese en el *domicilio conyugal*, o con *concubina*, o con *escándalo* (arts. 816 y 821 del Código

Penal de 1871). Martínez de Castro <sup>283</sup> explicaba los motivos de esta reglamentación de la siguiente manera: "Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste; porque si no se puede negar que, moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las consecuencias, pues aquél queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio."

581. El Código Penal de 1929, con acierto, incluyó el adulterio en el título de los "Delitos contra la familia" (delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios ilegales), y en su reglamentación, sin establecer distinciones en cuanto al sexo de los casados culpables, declaró: *El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo* (art. 891).

582. Comparando los datos históricos y las reglamentaciones contemporáneas del delito, se observan diversas tendencias, que Garraud <sup>284</sup> resume diciendo: "Por una parte, las diferencias anteriormente existentes entre el adulterio de la mujer y el de su marido, sea en cuanto a la incriminación, sea en cuanto a la penalidad, van desapareciendo o atenuándose. Por otra parte, los castigos, antes severos, van disminuyendo. Por último, existe cierta tendencia a suprimir la sanción penal del adulterio, manteniendo y reforzando las sanciones civiles, tales como la de divorcio en contra del cónyuge que ha cometido el adulterio y la de daños y perjuicios contra él y su cómplice." En sentido general, estos datos evolutivos se encuentran confirmados en el Código Penal mexicano vigente, ya que éste señala para el delito *sanciones muy leves*, no establece *distinciones en cuanto al sexo* de los casados culpables y limita la infracción a casos realizados en *condiciones especialísimas*, como son el escándalo y la violación del domicilio conyugal. Así pues, podemos afirmar que, *salvo esos casos de excepción y por regla general, el adulterio en el Derecho mexicano no es punible*.

583. La Exposición de Motivos del Código Penal francés (1810), refiriéndose a la represión del adulterio, explica: "Es una infracción

<sup>283</sup> *Exposición de Motivos*, pág. 60.

<sup>284</sup> *Traité*. Tomo V, párrafo 2146.

contra las costumbres menos pública que la prostitución, transformada en oficio, pero casi es tan culpable; si el adulterio no supone como la prostitución hábitos tan depravados, presenta en cambio la violación de múltiples deberes. Colocado en todos los Códigos en el número de los más graves atentados contra las buenas costumbres, con perjuicio de la moral, la opinión parece excusar lo que la ley debe punir; esta contradicción entre la opinión y la ley ha obligado al legislador a hacer descender a la categoría de delito lo que no estuvo en su potestad colocar en el rango de los crímenes." Para Pacheco:<sup>285</sup> "Sería necio, sería malsonante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe ser, no puede menos de ser, considerado por la ley como delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera; porque ninguno causa a la sociedad, a la vez, tanto desorden material."

584. En la actualidad algunas legislaciones como la inglesa han suprimido el total carácter delictuoso del adulterio. La doctrina contemporánea generalmente se inclina en un sentido abolicionista. Esta orientación principalmente se finca en la dificultad de denotar con certidumbre el verdadero objeto y utilidad de la tutela penal contra el adulterio, en la dificultad práctica de su comprobación, en la esterilidad de su represión y en la crisis actual del matrimonio.

Se ha alegado que el adulterio debe reprimirse penalmente porque quebranta la *fidelidad conyugal*, estimándose que ésta es el bien jurídico lesionado por la infracción. Carrara<sup>286</sup> manifiesta: "Que la fidelidad conyugal incontrovertiblemente constituye un deber jurídico, porque a él corresponde el derecho, en el otro cónyuge, a exigir su observancia. La violación de este derecho, reprochable enfrente de la ley moral y de la jurídica, es el adulterio, tanto cuando la infidelidad se comete por la mujer en perjuicio del derecho marital, como cuando se comete por el marido en ofensa de su consorte. De esta verdad jurídica extraen algunos la consecuencia de que debe elevarse a delito civil tanto el adulterio del marido como el de la mujer y que ambos son merecedores de igual reprensión penal, aun cuando generalmente los publicistas y los legisladores disienten de tal parecer considerando el adulterio de la mujer como un delito gravísimo y no admitiendo la punibilidad del marido." Langle Rubio,<sup>287</sup> cuya opinión es compartida por Jiménez de Asúa y Oneca,<sup>288</sup> indica: "Reprimir el adulterio

<sup>285</sup> *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III, pág. 104.

<sup>286</sup> *Programma*. Tomo III, párrafo 1872.

<sup>287</sup> *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*. Suplemento al tomo V. Madrid, 1924, págs. 187 y 188.

<sup>288</sup> *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Tomo II, págs. 254 y 255.

por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar la infracción de los deberes morales más que jurídicos; pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge, un derecho a exigir su observancia, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito..." En nuestra opinión, es indudable que en materia civil se establece entre los cónyuges el mutuo deber a la fidelidad sexual, puesto que su incumplimiento, es decir, cualquier acto carnal adulterino, es siempre productor de las acciones y sanciones privadas de divorcio y demás a que ya nos hemos referido. No obstante, afirmamos, dicha fidelidad, al menos en la legislación penal mexicana vigente, no es el interés jurídico que trata de protegerse mediante la conminación de las penas a los adúlteros, pues si así fuera, toda infidelidad carnal de los cónyuges, aun la realizada sin escándalo o fuera del domicilio conyugal, sería delictuosa.

El mismo Langle<sup>289</sup> niega, además, que el adulterio sea un delito contra la honestidad o que constituya ultraje al honor, o que ataque el orden de las familias. "A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente —dice— por inmoralidades que sólo afectan a sí propio... Luego no puede servir de base al delito la inmoderación lujuriosa de los culpables... ¿Será la honestidad del marido inocente la que sufra el ultraje? Apenas tiene sentido la pregunta." "Imposible alegar que es un ultraje al honor, porque es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable." "Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia. Observemos, en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar sino de una manera nominal, ficticia... En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la familia, debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello, las legislaciones lo declaran delito privado."

Diego Vicente Tejera,<sup>290</sup> en su interesante monografía *El Adulterio*, al examinar si éste es un elemento destructor de la familia, indica: "La familia propiamente dicha es la que crean dos seres de sexo contrario unidos por el amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si no estaba de antemano destruida, porque produce el abandono por parte de uno de esa entidad, o la desatención de sus obligaciones, perjudicándose grandemente los productos del matrimonio... Pero lo que

<sup>289</sup> *Trabajos del Seminario*. Suplemento al tomo V, pág. 255.

<sup>290</sup> *El Adulterio*. Memoria. Habana, 1928, págs. 165, 166 y 167.

afecta a este grupo tan necesario para la vida, ¿debe considerarse como productor de efectos sociales? Ciertamente no. Todos los actos de las familias son de orden privado... ¿Por qué, pues, cuando se comete un acto que no es más que la violación de un pacto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho Penal? ¿No hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que crea un adulterio? Ciertamente que sí: está el divorcio, está la pérdida de gananciales, de los dotales, están las indemnizaciones y muchas más, incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del Derecho Privado general."

585. En parte disintimos de las anteriores opiniones, porque nos parece indudable que, por lo menos los adulterios cometidos en forma de grave ultraje contra el ofendido, alteran o comprometen la paz y tranquilidad de la familia matrimonial. Por eso nos parece plausible la cautelosa actitud del legislador mexicano que limitadamente contempla como delito la injuriosa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio invadiendo la residencia matrimonial o con la grave publicidad que entraña el escándalo. Más que un delito sexual propiamente dicho (véase antes núm. 403), el adulterio es delito de injuria en su lato sentido, siendo el vehículo del menosprecio la despectiva actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge burlado. Uniéndose a esta opinión que ya teníamos vertida en distintas ocasiones, Argüelles<sup>291</sup> reconoce que "el delito de adulterio debería sancionarse en casos muy especiales y sólo en razón de la injuria que se causa al cónyuge inocente"; de la misma manera, Ceniceros<sup>292</sup> acepta nuestra interpretación al indicar que "propiamente, más que el adulterio, lo que se pune es la desvergüenza de los adúlteros".

En resumen, estimamos que el objeto de la tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente (escándalo o violación del domicilio conyugal). Es, pues, primordialmente el adulterio delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial (véase antes núm. 403).

<sup>291</sup> *¿Cuándo es punible el adulterio?* Artículo publicado en "Excelsior", 15 de julio de 1944.

<sup>292</sup> *Ibid.*

586. **LEGISLACIÓN MEXICANA VIGENTE.**—Al elaborarse el proyecto del Código Penal de 1931, la mayoría de la Comisión votó porque se suprimiera el adulterio del catálogo de los delitos, contra la opinión de Luis Garrido y José Ángel Ceniceros, que “reconociendo las acerbias y en ocasiones justificadas críticas que se han hecho para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron que se debía seguir incluyendo en los Códigos Penales, porque tal inclusión representaba, por lo menos, *un valladar que se opone al desenfreno y al relajamiento de las costumbres*, porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora”. Al aprobarse, promulgarse y publicarse el Código, se conservó como delito al adulterio; sin embargo, debemos hacer notar que dicha conservación de los casos muy ultrajantes del adulterio, ha resultado inútil, pues la justicia penal prácticamente no ha dictado sentencias condenatorias.

*Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo (art. 273).*

587. Los elementos externos del delito son: I. Un acto de adulterio; II. Que el mismo se cometa: a) en el domicilio conyugal, o b) con escándalo. Como elemento psicológico se requiere, en el casado infiel, conocimiento de que ejecuta el acto con persona que no sea su cónyuge, y, en el copartícipe, conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio.

588. **PRIMER ELEMENTO.**—La acción típica del delito consiste en un acto de adulterio. Como la ley no distingue en cuanto al sexo de los casados infieles y se limita a usar la palabra “adulterio”, sin darle una definición o connotación específica, quiere decir que, en lo que concierne a este elemento, remite a su significado general o vulgar, o sea el acceso carnal entre una persona casada, sea cual fuere su sexo, y una persona extraña a su liga matrimonial. Esta acción implica dos requisitos: a) que por lo menos uno de los autores esté unido en matrimonio legítimo; y b) que la conexión sexual se realice con persona ajena al vínculo.

589. a) Es presupuesto imprescindible del delito que por lo menos uno de sus protagonistas, en el momento del acto, esté unido en matrimonio legítimo, no disuelto por la muerte del otro cónyuge o por el divorcio y que no hubiere sido anulado. Este vínculo, para el contraído en México, ha de derivar precisamente del *contrato civil* de

matrimonio, con exclusión del canónico o del simple amancebamiento, aun cuando los concubinos se den entre sí el tratamiento y la consideración de esposos, puesto que el cuarto apartado del artículo 130 de la Constitución declara que *el matrimonio es un contrato civil y que éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil*. De acuerdo con las normas privadas, el estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro, o, cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las hojas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos; pero si uno sólo de los registros se ha inutilizado y existe el otro ejemplar, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase (arts. 39 y 40 del Código Civil). No obstante, dado el carácter realista del Derecho Penal, estimamos que en los procesos también es admisible la confesión o el mutuo reconocimiento que hagan el acusado y su acusador de que están unidos en matrimonio, siempre que inequívocamente se trate de unión legítima. En lo que se refiere a matrimonios celebrados en el extranjero, es de aplicarse, para su demostración, el artículo 15 del Código Civil.

590. b) La acción material del delito consiste en el acceso carnal adulterino. Sus hipótesis son los ayuntamientos entre: mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; y hombre y mujer casados en distintos matrimonios. A este último caso se le denomina *adulterio doble*.

Autores materiales o sujetos activos del delito son los protagonistas del acto carnal ilícito. Sujeto pasivo u ofendido es el cónyuge burlado; en el adulterio doble pueden resultar ofendidos los dos cónyuges inocentes, teniendo cada uno, en su caso, la facultad de querellarse (véanse adelante números 597 y 598).

591. En Francia los tratadistas y la jurisprudencia limitan el concepto del acto adulterino al ayuntamiento sexual por vía natural —coito normal—, y llegan hasta a exigir su pleno agotamiento fisiológico: *seminatio intra vas*. Dado que en la legislación mexicana se punen exclusivamente ciertos casos cínicos u ostentosos de adulterio en consideración a la afrenta que entrañan contra el burlado, nos parece que el acto carnal puede consistir en el concubito natural o en el realizado contra natura entre hombre y mujer, porque consideramos que las ofensas contra el engañado y el orden familiar existen en los dos supuestos. Para la existencia del acto adulterino es suficiente dicho ac-



ceso carnal, con independencia de su perfección fisiológica y de su pleno agotamiento (véanse antes, en lo conducente, núms. 507 y 510). Se excluyen cualesquiera otras obscenidades, por íntimas que sean, y los actos de homosexualismo, porque nunca han correspondido a los conceptos general, civil o penal del adulterio.

592. *Sólo se castigará el adulterio consumado* (art. 275). Esta regla, derogatoria de la tentativa del delito (art. 12), obedece a que los actos preparatorios o los antecedentes de la fornicación adulterina son generalmente equívocos y su persecución se prestaría a errores e injusticias. El adulterio es delito instantáneo; se consuma en el momento mismo del acceso carnal; puede integrar delito continuo cuando entre los mismos autores se prolonga en forma más o menos permanente un estado de relaciones sexuales; la reiteración más o menos persistente de ayuntamientos adulterinos entre las mismas personas constituye para los prácticos del derecho continuidad jurídica de un único y mismo delito. En este caso no habrá lugar a la acumulación (véase art. 19).

593. Dado que los actos de adulterio se cometen rodeándolos de íntimo secreto y de grandes precauciones, salvo los casos de sorpresa flagrante o de confesión de sus autores, la demostración procesal del fornicio es difícil, pudiendo, sin embargo, establecerse indirectamente mediante pruebas de indicios, testimonios, correspondencia amorosa, revelaciones a terceros, etc., de las que pueda con certidumbre inferirse la unión sexual. En cuanto a los casos de sorpresa a los adúlteros, generalmente se estima que es bastante se les encuentre en situaciones reveladoras de la intimidad carnal, como cuando están en el mismo lecho, o en ropas menores en la misma alcoba, o cuando se han introducido sin otra posible explicación a un cuarto de hotel o a lugares apropiados para los amoríos ilícitos, etc.

594. SEGUNDO ELEMENTO.—Para la punibilidad del adulterio es menester que se cometa: a) en el domicilio conyugal; o b) con escándalo. Por eso hemos dicho que si bien el adulterio siempre es un *ilícito civil*, para que configure *infracción penal* se requiere se efectúe en condiciones gravemente comprometedoras o dañadoras del orden familiar matrimonial por la afrenta que entrañan contra el cónyuge inocente.

595. a) *Adulterio en el domicilio conyugal*.—El Código Penal de 1871, como hemos indicado, limitaba la punibilidad del adulterio

masculino a ciertos casos, entre ellos el efectuado en el domicilio conyugal; en su artículo 822, decía: *Por domicilio conyugal entiende: la casa o casas que el marido tiene para su habitación. Se equipara al domicilio conyugal la casa en que sólo habita la mujer.* Esta definición era ficticia pues no tomaba en cuenta el hecho real de que en la casa convivieran o no los dos cónyuges. El Código Penal de 1929, en su artículo 892, con sentido más verdadero, indicó: *Por domicilio conyugal se entiende la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada.* No obstante su mejora, puede señalársele a esta norma como defecto la indebida exigencia del carácter *habitual* de la morada común a los cónyuges, pues igual ultraje representa introducir al amante a la habitación que el matrimonio ocupa transitoriamente.

En aquellos países, como Francia, en que la legislación pune todo adulterio femenino y limita la represión del masculino al efectuado en el domicilio conyugal, los tratadistas y la jurisprudencia entienden por tal toda casa, departamento o cuarto que ocupe el marido y donde esté obligado a recibir a su mujer. Esta interpretación tan amplia, vertida sin tomar en cuenta el hecho real de que el lugar sirva o no de morada común a los dos cónyuges, obedece quizá a exagerada influencia del concepto de *domicilio legal* tomado de las normas civiles, generalmente acordes en que el *domicilio legal* de la mujer casada es el *real* de su marido, puesto que éste tiene deber y derecho a tenerla a su lado. Garraud<sup>293</sup> llega hasta indicar: "El domicilio conyugal es en el que reside el esposo, en que puede constreñir a su mujer a habitar, en que, por una justa reciprocidad, ésta tiene derecho a ser recibida: *domicilio conyugal es sinónimo de domicilio marital.*" En sentido intermedio, Chauveau y Helie<sup>294</sup> indican: "¿Qué debe entenderse como *casa conyugal (maison conjugale)*? La ley romana la definía en estas palabras: "*Domus pro domicilio accipienda est;* y la glosa enseñaba que estos términos *pro domicilio* significaban *pro habitatione*. . . Nosotros pensamos igualmente que la casa conyugal es aquella en que reside el marido, *en qua habitat*, aquella en que a lo menos puede constreñir a su mujer a habitar y que ésta tiene derecho a ocupar. Poco importa que la casa esté en la ciudad o en el campo, porque el marido puede tener una residencia momentánea en esas dos direcciones, aun en dos ciudades diferentes."

Como nuestro Código vigente ha suprimido toda definición expresa de domicilio conyugal, pensamos que su concepto debe fijarse con criterio realista, y, así, entendemos que es la casa, vivienda o cuarto

<sup>293</sup> *Traité*. Tomo V, párrafo 2160.

<sup>294</sup> *Théorie du Code Pénal*. Tomo IV, párrafo 1470.

destinados para la convivencia permanente o transitoria de los dos cónyuges. Domicilio conyugal es, no sólo el hogar o residencias habituales del matrimonio, sino cualesquiera otras casas o aposentos que accidental o transitoriamente ocupen para vivir los casados.

El delito existe cuando en dichos lugares se efectúa la incontinencia adulterina, sea debido a que el casado haya introducido a la casa o habitación común a su amante, o que éste viva en el mismo sitio. Para la punibilidad del hecho es indiferente que en el momento de su consumación esté presente o ausente el cónyuge ofendido, porque lo que el legislador mira como delictuosa es la despectiva e injuriosa actitud de efectuar el amor carnal ilícito en la habitación común de los esposos.

596. b) *Adulterio con escándalo*.—Canónicamente el escándalo es la conducta que, por el mal ejemplo que da, influye en la corrupción de las costumbres. Para la Academia es la acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro y, en su acepción más precisa, consiste en el desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo. Así pues, en términos generales, diremos que el escándalo es la publicidad de un acto que ofende la moral media social, siendo su carácter privativo y específico dicha ofensiva notoriedad.

El carácter escandaloso del adulterio consiste en el desenfreno o desvergüenza en los amoríos ilícitos que, por su publicidad, constituyen ofensa contra la moral media y, especialmente, contra el cónyuge inocente, dado el entredicho en que queda ante los demás.

La publicidad o carácter ostentoso de las relaciones adulterinas, no implica de manera necesaria que el acceso carnal se practique en presencia de público, pues este caso es de orden bien inusual y sólo acontece cuando por manía lúbrica o por interés de la paga los autores se prestan a exhibiciones obscenas. En términos generales consiste en que los adúlteros ostenten cínicamente sus amoríos o los den a entender claramente con su conducta de desenfreno. Así, por ejemplo, el adulterio será escandaloso cuando sus autores se den públicamente el tratamiento de esposos, o cuando ante el conocimiento general viven amancebados, o se fuguen juntos con abandono de la familia legítima, o se exhiban notoriamente como amantes. En cambio, no existirá el tono escandaloso cuando tuvieren conocimiento de las relaciones algunas personas, como los criados, hosteleros, dependientes o amigos, con cuyo concurso, tolerancia o confidencia se facilite o cometa la infidelidad. El escándalo ha de ser resultado directo de la conducta desvergonzada o despectiva de los amantes; no les podrá ser referida la publicidad que se deba a indiscreciones o revelaciones de tercera persona

provocadoras del público conocimiento, ni menos la posterior publicidad que origine su proceso judicial.

A nuestro parecer, en el delito de adulterio, el escándalo es un elemento de índole normativa que, en los procesos, el juzgador debe justipreciar tomando en cuenta las circunstancias y antecedentes personales de los adúlteros en relación principalísima con el ofendido, las modalidades de su conducta externa y el ambiente social en que manifiesten sus relaciones adulterinas, a efecto de valorar estos datos y determinar si son constitutivos de publicidad afrentosa.

597. TERCER ELEMENTO.—Como todos los delitos que tienen por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos protagonistas, en la consciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge y, para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal, pero admite prueba en contrario.

Es verdad que el adulterio consiste en una actividad sexual realizada en común por los dos protagonistas que se ayuntan y, por tanto, supone generalmente que ambos son *culpables* del acto; pero, en casos concretos, puede acontecer que el casado o el extraño, a pesar de ser autores materiales del fornicio, no sean responsables, sea por ausencia de *conducta criminal* o bien por una causa de *inculpabilidad*.

Por ausencia de *conducta voluntaria criminal*, no será responsable el que sufre *violación adulterina*, por ejemplo, cuando se vence o anula su resistencia al acto por una fuerza física exterior —violencia física—, o por miedo o temor y para evitar otros daños —violencia moral— (art. 15, fracs. I y IV, y art. 265), o cuando se aprovecha para el concubito su estado de indefensión (art. 266). Como la exclusión de responsabilidad únicamente favorece al que no ha actuado voluntariamente, el violentador adulterino será responsable en forma de *concurso formal* tanto de la violación como, en su caso, del adulterio, en los términos del artículo 58, porque *con un solo hecho ejecutado en un solo acto* —la cópula— *ha violado varias disposiciones legales*; deberán aplicársele las penas de la violación, por ser éste el delito mayor, las que podrán aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración.

Tampoco responderá del delito de adulterio aquel que obre bajo una causa de *inculpabilidad* de su conducta, como en el caso en que el copartícipe del adulterio ignore el vínculo matrimonial de su amante, o en los casos en que el casado autor del acceso carnal adulterino lo haya realizado por *error de hecho*, por ejemplo, cuando sin conocer a su cónyuge haya celebrado matrimonio mediante poder y sostenga relación carnal con un extraño suplantador, o cuando hubiere cometido el acto creyéndose viudo por haber recibido noticias falsas, pero en apariencia dignas de fe, que le hicieron tener por verdadera la muerte de su cónyuge; en cuanto a la hipótesis más bien imaginaria de que se aprovechen las sombras de la noche para introducirse en el lecho de mujer casada y cohabitar haciéndose pasar por su marido, véase antes número 494. Todos estos casos quedan amparados por la excluyente de responsabilidad consistente en *ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar* (art. 15, frac. VI). La circunstancia de que el ofendido esté unido en matrimonio con uno de los protagonistas del acto carnal, es condición imprescindible del delito; en consecuencia, la *ignorancia inculpable* y el *error de hecho* acerca de dicha circunstancia, eliminan la culpabilidad del adulterio en aquel de sus protagonistas que obre en dichos estados.

598. *No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido, pero cuando éste formule su querella contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes. Esto se entiende en el caso de que los dos adúlteros vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se encuentre en esas condiciones* (art. 274).

De la composición jurídica del delito unida a la anterior norma procesal relativa a sus requisitos de persecución, se desprenden varios corolarios y conclusiones:

a) El único titular de la querella es el cónyuge ofendido. Esta regla obedece, según opinión dominante en los tratadistas, a que el interés público que reclama la represión puede enfrentarse al interés contrario de la familia y de los hijos, del que el esposo ofendido debe ser el único juez; cuando éste guarde silencio, el Ministerio Público no puede de oficio iniciar la persecución, salvo el caso en que el adulterio haya degenerado en otro delito.<sup>295</sup> Sin embargo, el sistema adolece

<sup>295</sup> Garraud. *Traité*. Tomo V, párrafo 2165.

de los defectos generales de todo delito perseguible a instancia del ofendido.

b) En el adulterio doble realizado con escándalo, son ofendidos los dos cónyuges inocentes dado el carácter públicamente afrentoso de la infracción; en consecuencia, cada uno de ellos tiene la independiente facultad de querellarse. En cambio, en el adulterio doble realizado en el domicilio conyugal de uno de los cónyuges burlados, nos parece que éste es el único que puede entablar la querella, pues sólo en él se dan las características especialmente ultrajantes del delito.

c) La norma que ordena proceder contra los dos adúlteros en el caso en que ambos vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país, debe entenderse en el sentido de que ambos sean, además, *culpables* del delito; si alguno de ellos se encuentra excluido de responsabilidad en cualesquiera de las formas que explicamos en el número anterior, la acción y el procedimiento sólo podrán entablararse o seguirse contra el otro.

d) Como en todos los delitos que requieren como condición de procedibilidad la querella necesaria, en el adulterio la acción penal desaparece cuando ha mediado *consentimiento del ofendido* (art. 93 del Código Penal). El consentimiento es un acto anterior o contemporáneo al hecho estimable como delito, por el cual el resentidor de sus perjuicios autoriza tácita o expresamente su comisión. En el adulterio el consentimiento es expreso cuando, por ejemplo, el marido induce o faculta a su mujer para el ejercicio de la prostitución o se transforma en lenón de la misma o intencionalmente favorece su entrega a tercero. Es tácito cuando consiente, tolera o se lucra con el adulterio del que ha tenido conocimiento. No puede interpretarse como consentimiento el *adulterio recíproco*; Martínez de Castro,<sup>296</sup> en la *Exposición de Motivos al Código de 1871* decía: "Algunos Códigos admiten al acusado de adulterio la excepción de que su cónyuge ha cometido el mismo delito; pero se desechó esta idea, porque si bien es justo que el adulterio sea una de las causas que dé lugar a la acción civil de divorcio, no lo es que sirva de excusa de otro adulterio; ya porque los delitos no deben compensarse para la imposición de la pena, y ya también, porque admitir tal excepción es lo mismo que autorizar a los cónyuges que recíprocamente se han faltado a la fidelidad conyugal para que sigan cometiendo adulterios sin temor alguno, puesto que los dos pueden alegar la excepción indicada."

e) Igualmente, el *perdón* extingue la acción penal (art. 93). El perdón es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por el

<sup>296</sup> *Exposición de Motivos*, pág. 69.

que el ofendido hace remisión tácita o expresa del agravio o manifiesta su voluntad de que no se inicie o se termine el procedimiento penal. *Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésa se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables* (art. 276). Adviértase que el perdón en el adulterio, por excepción, no sólo es extintor de la acción penal sino de las penas; esto último repugna a la tradición jurídica, ya que la sentencia punitiva se anula ante una especie de indulto por gracia en manos de particulares.

f) Cuando en el adulterio doble resultan ofendidos los dos cónyuges de los culpables, el consentimiento, perdón o desistimiento de uno de ellos no priva al otro de la persecución del delito.

g) La muerte del ofendido antes de la presentación de la querrela, por falta de titular, extingue la acción penal que le correspondía. De la misma manera, el divorcio anterior a la querrela anula la acción, pues el ofendido ya no es cónyuge. Pero si la muerte o el divorcio acontecen después de entablada la queja, el procedimiento debe continuar.

## CAPÍTULO XXXIII

### VIOLENCIA FAMILIAR

(ARTS. DEL 343 BIS AL 343 QUATER DEL C.P.)

#### TEMARIO

599. Descripción de violencia familiar en el Código Penal vigente.—600. Concepto genérico de violencia Familiar.—601. El delito de violación entre cónyuges.—602. El delito equiparable a la violación entre cónyuges.—603. La corrupción de menores en el contexto de la violencia familiar.—604. La penalidad del delito.—605. Medidas preventivas para salvaguardar la integridad física o psíquica de la víctima.—606. La sustracción de un menor o cambio de domicilio como parte de la violencia familiar.

599. El Código Penal vigente, por Decreto del 15 de septiembre de 1999, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 30 del mismo mes y año, define la violencia familiar como el *uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física o psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones* (art. 343 bis del Código Penal). El propósito de esta ley es combatir y erradicar la violencia intrafamiliar, cuyas principales víctimas son las mujeres y los menores, procurando la defensa de la integridad de la familia mexicana.

La legislación precisa que el sujeto activo del delito de violencia familiar, puede ser el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que haga uso de la fuerza física o moral, o que incurra en la omisión grave.

600. La familia ha sido considerada el núcleo principal de la sociedad y, por tal razón, es necesario que desde su origen, organización y estructura sea cada vez más eficiente en la aportación de elementos



para que el individuo adquiriera las bases y los conocimientos de la buena conducta humana. Por ello, la unión de un hombre y una mujer, fundada en el respeto y la mutua complementación crean hombres y mujeres maduros y responsables; lo contrario, la violencia familiar es preocupación en diversos países y en México, por el impacto y las consecuencias que generan los individuos en las familias y en la sociedad; la víctima de violencia familiar de hoy puede ser el criminal del mañana. Esto llevó a realizar una adecuada legislación que enfrente y frene este fenómeno creciente en la sociedad mexicana, fundada en la igualdad de derechos de mujeres y hombres, como parte de una relación conyugal y en el más eficaz cumplimiento de los padres de sus obligaciones respecto a la protección de sus hijos para que se desarrollen plenamente.

601. La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades la procreación de la especie (véase núm. 526 bis), en virtud de lo cual los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal. De tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violenta, estaría lesionando la moral y la libertad sexual de su pareja, quien en ningún momento consintió tales prácticas, configurándose el delito de violación entre cónyuges, art. 265 bis del Código Penal.

El artículo 265 bis del Código Penal establece que si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista para el delito de violación, ya que nadie tiene derecho a disponer del cuerpo de otro y vulnerar su libertad para satisfacer sus deseos sexuales, ni siquiera en el matrimonio o concubinato. Con esta regla, aún cuando para algunos pudiera parecer una medida dura, se busca ir desterrando la cultura de violencia al interior de la familia y resolviéndose en la legislación mexicana un problema doctrinario de muchos años.

602. Adicionalmente, la mujer unida al hombre fuera del matrimonio quedó también protegida por el art. 343 ter del Código, cuando indica que *"Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con prisión de seis meses a cuatro años al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa"*.

603. Cuando la corrupción de menores ocurre en el seno familiar el delito se agrava ya que en la familia se debe de proveer de amor, cariño, afecto y protección a cada uno de sus miembros. Por ello el art. 203 del Código Penal (reformado por el artículo tercero del Decreto del 26 de diciembre de 1997) establece que desde el momento en que el delincuente tiene parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o habite en el mismo domicilio que la víctima, aunque no existiera parentesco alguno, así como por el tutor o curador, se duplica la penalización; el mismo Código establece que se perderá la patria potestad respecto de todos sus descendientes; el derecho a alimentos que le correspondiera por su relación con la víctima y el derecho que pudiera tener respecto a los bienes de ésta.

604. La penalidad del delito en comento comprende, además de seis meses a cuatro años de prisión, la pérdida del derecho de pensión alimenticia y tratamiento psicológico especializado. Esto último tiene el propósito de reintegrar al delincuente, una vez rehabilitado, a su familia como medio para conservar la unidad familiar, en los casos que resulte posible.

Para salvaguardar el ejercicio adecuado de este derecho se establece que el delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz, y en tal caso, se perseguirá de oficio.

Esta nueva legislación, consideró, como un agravante adicional del delito, el que la víctima sea alguno de los miembros de la familia y que el ilícito se cometa en el domicilio donde habitualmente se reside. Por ello, se incrementaron las penas establecidas en los artículos 203, 265 bis, 282, 300 y 350 del Código Penal vigente.

605. En los casos previstos en los artículos relacionados con la violencia familiar el Ministerio Público, de conformidad con el art. 343 quáter del código Penal, deberá exhortar al probable responsable para que se abstenga de cualquier conducta que pudiere resultar ofensiva para la víctima y acordará las medidas preventivas necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la misma; el cumplimiento de estas medidas será vigilado por la autoridad administrativa y en todos los casos el Ministerio Público deberá solicitar las medidas precautorias que considere pertinentes, de manera inmediata, que en ningún caso excederá de veinticuatro horas, y el juez resolverá sin dilación.

606. Otra de las formas que han quedado tipificadas como violencia familiar por las reformas del Decreto del 26 de diciembre de 1997, art. 366 quáter del Código Penal es cuando el ascendiente

sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie del domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días de multa. Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.

# ÍNDICE

|                                                                                                        | pág. |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Dedicatoria .....                                                                                      | VII  |
| Nota del autor .....                                                                                   | IX   |
| Nota de los editores .....                                                                             | XI   |
| Prólogo de Emilio Pardo Aspe a la Primera Edición .....                                                | XIII |
| Carta de Emilio Pardo Aspe publicada en la primera edición del segundo tomo: ahora segunda parte ..... | XVII |

## PRIMERA PARTE

### DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

|                                                                           |   |
|---------------------------------------------------------------------------|---|
| Capítulo I.— <i>Delitos contra la vida y la integridad corporal</i> ..... | 3 |
|---------------------------------------------------------------------------|---|

#### TEMARIO

|                                                                                                                                                  |   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| 1.— Crítica a la clasificación del Código de 1871 .....                                                                                          | 3 |
| 2.— Crítica a la clasificación del Código de 1929 .....                                                                                          | 3 |
| 3.— Sistema adoptado en la legislación vigente; su crítica por lo que se refiere al delito de abandono de personas .....                         | 4 |
| 4.— El disparo de arma de fuego, el ataque peligroso y la inducción o cooperación al suicidio como delitos especiales; enumeración general ..... | 4 |

|                                                |   |
|------------------------------------------------|---|
| Capítulo II.— <i>Lesiones en general</i> ..... | 7 |
|------------------------------------------------|---|

#### TEMARIO

|                                                                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 5.— Evolución del concepto de lesiones .....                                                                                                 | 7  |
| 6.— El concepto legal mexicano de lesiones: su definición .....                                                                              | 8  |
| 7.— Los elementos constitutivos del delito de lesiones .....                                                                                 | 8  |
| 8.— Primer elemento: el daño de lesiones; las lesiones externas, las internas y las perturbaciones mentales; objeto de la tutela penal ..... | 8  |
| 9.— Segundo elemento: la causa externa, los medios físicos, las omisiones y los medios morales .....                                         | 10 |
| 10.— Tercer elemento: el moral; clasificación jurídica de las lesiones .....                                                                 | 11 |
| 11.— Las lesiones dolosas la presunción de intencionalidad, el dolo eventual y el indeterminado .....                                        | 11 |
| 12.— Las tentativas de homicidio y de lesiones .....                                                                                         | 12 |

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| 13.- Las lesiones por culpa punible: sus elementos.....               | 12 |
| 14.- Las lesiones casuales no son delictuosas .....                   | 13 |
| 15.- El contagio venéreo y de otras enfermedades .....                | 14 |
| 16.- Las lesiones inferidas por animales .....                        | 16 |
| 17.- Causas especiales de justificación .....                         | 16 |
| 18.- Las lesiones resultantes de tratamientos médico-quirúrgicos..... | 17 |
| 19.- Las lesiones causadas en el deporte .....                        | 19 |
| 20.- Las lesiones en el ejercicio del derecho de corregir .....       | 20 |

|                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------|----|
| Capítulo II.- <i>Penalidad de las lesiones en general</i> ..... | 21 |
|-----------------------------------------------------------------|----|

## TEMARIO

|                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------|----|
| 21.- Diferentes sistemas de penalidad .....                                  | 21 |
| 22.- El sistema objetivo .....                                               | 21 |
| 23.- El subjetivo .....                                                      | 22 |
| 24.- El mixto .....                                                          | 22 |
| 25.- El defensista .....                                                     | 22 |
| 26.- Crítica al sistema objetivo y casuista de la legislación mexicana ..... | 23 |
| 27.- Clasificación en cuanto a la gravedad .....                             | 24 |
| 28.- Lesiones que no ponen en peligro la vida .....                          | 25 |
| 29.- Lesiones que pongan en peligro la vida .....                            | 25 |
| 30.- Lesiones mortales .....                                                 | 26 |
| 31.- Agravación en vista a las consecuencias .....                           | 26 |
| 32.- Primer grupo de consecuencias: las cicatrices .....                     | 26 |
| 33.- Segundo grupo de consecuencias .....                                    | 27 |
| 34.- Tercer grupo .....                                                      | 28 |
| 35.- Cuarto grupo .....                                                      | 28 |
| 36.- Lesiones calificadas .....                                              | 28 |
| 37.- Lesiones inferidas a los ascendentes .....                              | 29 |

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| Capítulo IV.- <i>Homicidio</i> ..... | 30 |
|--------------------------------------|----|

## TEMARIO

|                                                                                                                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 38.- Noción general del homicidio; objeto de la tutela penal .....                                                                                                                                       | 30 |
| 39.- Crítica a la definición legal; presupuesto lógico y constitutivas del homicidio .....                                                                                                               | 31 |
| 40.- Presupuesto lógico: vida humana existente; el sujeto pasivo; naturaleza teórica del parricidio y del infanticidio; caso de homicidio imposible por la previa defunción de la presunta víctima ..... | 31 |
| 41.- Primer elemento: privación de la vida; las lesiones mortales .....                                                                                                                                  | 32 |
| 42.- Segunda elemento: la voluntad de matar como constitutiva del homicidio en otras legislaciones; sistema mexicano de la intencionalidad del homicidio .....                                           | 33 |
| 43.- Las lesiones mortales; la muerte dentro de los sesenta días y la autopsia del cadáver; las lesiones que singularmente causan la muerte y las que coexisten con otras causas .....                   | 36 |
| 43 bis.- La concurrencia de causas .....                                                                                                                                                                 | 37 |
| 44.- Concurrencia de causas anteriores a la lesión .....                                                                                                                                                 | 37 |

|                                                                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 45.- Concurrencia de causas posteriores a la lesión                                                                                    | 38 |
| 46.- El homicidio por error en la persona o en el golpe; su concurrencia con el parricidio, riña y defensa legítima                    | 39 |
| 47.- El homicidio ejecutado con intervención de varias persona; la complicidad retrospectiva; crítica a las diversas hipótesis legales | 40 |
| 48.- Penalidades del homicidio; los homicidios simples, los atenuados y los calificados                                                | 42 |
| 49.- El delito de disparo u otros ataque peligrosos; diferentes soluciones legales mexicanas: el problema de su penalidad              | 43 |
| Capítulo V.- Reglas comunes para lesiones y homicidio                                                                                  | 46 |

TEMARIO

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| 50.- Razón de ser de un capítulo común a lesiones y homicidio | 46 |
| 51.- Contenido del capítulo; sus aciertos y omisiones         | 47 |

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| Capítulo VI.- Lesiones y homicidio atenuados | 48 |
|----------------------------------------------|----|

TEMARIO

|                                                                                                                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 52.- Atenuación por infidelidad matrimonial o por corrupción del descendiente; antecedentes históricos                                                                                                           | 48 |
| 53.- Atenuación en el Código de 1871; crítica por no referirse a lesiones; crítica por el empleo de la palabra adulterio                                                                                         | 49 |
| 54.- Excusa absolutoria del Código de 1929; crítica a su sistema feudal regresivo                                                                                                                                | 51 |
| 55.- Falsos fundamentos de la excusa absolutoria; la perturbación mental no justificó una eximente general                                                                                                       | 51 |
| 56.- Falsos fundamentos de la excusa absolutoria; las agresiones de sangre del burlado contra sus ofensores no reúnen los requisitos de la legítima defensa del honor                                            | 52 |
| 57.- Fundamentos de la atenuación en el Código de 1931                                                                                                                                                           | 53 |
| 58.- Elementos requeridos para la atenuación de penalidad en homicidio o lesiones a los adúlteros; nociones de sorpresa y de acto carnal o próximo a su consumación                                              | 55 |
| 59.- Méritos de la atenuación en la legislación vigente                                                                                                                                                          | 55 |
| 60.- Atenuación por riña; noción de la riña; la riña no es delito, es una forma circunstancial de lesiones u homicidio; dificultad de sancionar la tentativa de lesiones u homicidio dentro de la riña           | 56 |
| 61.- Crítica a la definición legal de la riña; su distinción con otras contiendas: legítima defensa, rebelión, sedición y otros delitos que implican lucha violenta y duelo                                      | 56 |
| 62.- La definición de la riña por Carrara; posibilidad de la coexistencia de la riña con la premeditación unilateral en la riña y la legítima defensa; penalidad en caso de coexistencia de riña y premeditación | 57 |
| 63.- La riña excluye la calificativa de ventaja                                                                                                                                                                  | 58 |
| 64.- La atenuación de penalidad en caso de riña; su fundamento clásico; crítica a la atenuación desde el punto de vista de la defensa social contra los rijosos habituales o camorristas                         | 59 |

|                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 118.- Evolución paralela de la penalidad en infanticidio y aborto; etiología común; razón de la mayor atenuación para el aborto; la solidaridad ..... | 107 |
| 119.- Proporción de frecuencia entre infanticidio y aborto; sustitutivos del delito .....                                                             | 108 |
| 120.- Modos de comisión del infanticidio .....                                                                                                        | 109 |
| 121.- Infanticidio por acción u omisión .....                                                                                                         | 110 |
| 122.- El infanticidio en la legislación mexicana; sistemática de exposición .....                                                                     | 110 |
| 123.- Legislación de 1871; crítica .....                                                                                                              | 111 |
| 124.- Legislación de 1929; el filicidio; crítica .....                                                                                                | 112 |
| 125.- Legislación vigente .....                                                                                                                       | 113 |
| 126.- El infanticidio genérico; los ascendientes como sujetos activos; elementos constitutivos .....                                                  | 113 |
| 127.- Primer elemento: muerte; naturaleza doctrinaria del infanticidio .....                                                                          | 114 |
| 128.- Segundo elemento: muerte dentro de las setenta y dos horas del nacimiento .....                                                                 | 114 |
| 129.- El nacimiento: su concepto .....                                                                                                                | 115 |
| 130.- El criterio de viabilidad no importa para la integración del delito .....                                                                       | 115 |
| 131.- Delito imposible de infanticidio; la tentativa .....                                                                                            | 116 |
| 132.- Comprobación médico-legal de la muerte del infante .....                                                                                        | 116 |
| 133.- Tercer elemento: relación de descendencia entre victimario y víctima; prueba de la filiación .....                                              | 117 |
| 134.- Filiación legítima o natural .....                                                                                                              | 118 |
| 135.- Penalidad del infanticidio genérico .....                                                                                                       | 118 |
| 136.- Infanticidio <i>honoris causa</i> ; la madre como sujeto activo; requisitos legales .....                                                       | 118 |
| 137.- Participación de terceros en el infanticidio, su penalidad; agravación especial para ciertos partícipes .....                                   | 119 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| Capítulo XI.- Aborto ..... | 121 |
|----------------------------|-----|

## TEMARIO

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 138.- Breve exposición histórica del delito de aborto .....                                         | 121 |
| 139.- Tendencia de atenuación de la penalidad: su relación con el infanticidio .....                | 123 |
| 140.- Legislación comparada; proyectos legislativos .....                                           | 123 |
| 141.- La polémica del aborto; opiniones abolicionistas del delito .....                             | 125 |
| 142.- Opiniones favorables a su conservación .....                                                  | 126 |
| 143.- Opinión del autor: perdón judicial .....                                                      | 127 |
| 144.- Conceptos de la palabra aborto .....                                                          | 128 |
| 145.- Concepto obstétrico .....                                                                     | 128 |
| 146.- Concepto médico-legal .....                                                                   | 128 |
| 147.- Conceptos jurídico-delictivos: delito de aborto propiamente dicho y delito de feticidio ..... | 129 |
| 148.- El aborto en la legislación de 1871 .....                                                     | 129 |
| 149.- El aborto en la legislación de 1929 .....                                                     | 130 |

|                                                                                                                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 150.- El aborto en la legislación vigente: definición; crítica a la denominación del delito; méritos de la noción del delito como feticidio .....                                                               | 130 |
| 151.- Crítica de Emilio Pardo Aspe a la noción actual; hipótesis de la tentativa y del parto prematuro artificial .....                                                                                         | 131 |
| 152.- Elementos del delito .....                                                                                                                                                                                | 132 |
| 153.- La muerte del producto durante la preñez como única constitutiva material; noción de la preñez; noción del nacimiento .....                                                                               | 132 |
| 154.- Presupuestos necesarios del elemento material: embarazo o preñez de la mujer y maniobra abortiva .....                                                                                                    | 132 |
| 155.- Elemento moral: intencionalidad o imprudencia criminales .....                                                                                                                                            | 133 |
| 156.- El aborto casual no delictuoso .....                                                                                                                                                                      | 133 |
| 157.- El aborto patológico no es delictuoso .....                                                                                                                                                               | 133 |
| 158.- Hipótesis legales de aborto punibles; abortos practicados por terceros con o sin consentimiento de la madre; abortos procurados voluntariamente o consentidos por la madre; el <i>honoris causa</i> ..... | 133 |
| 159.- Abortos provocados no punibles .....                                                                                                                                                                      | 134 |
| 160.- Aborto por imprudencia de la mujer; derogación de las reglas generales .....                                                                                                                              | 134 |
| 161.- Excusa absolutoria para el aborto en caso de violación .....                                                                                                                                              | 135 |
| 162.- Causa especial de justificación: aborto terapéutico .....                                                                                                                                                 | 135 |
| Capítulo XII.- <i>Abandono de personas</i> .....                                                                                                                                                                | 137 |

## TEMARIO

|                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 163.- Enumeración de los delitos de abandono de personas .....                                                                                    | 137 |
| 164.- Rasgo común y diferencias .....                                                                                                             | 137 |
| 165.- Crítica a su clasificación como delitos contra la vida e integridad corporal .....                                                          | 138 |
| 166.- Los abandonos de personas como delitos de peligro .....                                                                                     | 138 |
| 167.- Concurrencia de los abandonos con lesiones y homicidio .....                                                                                | 139 |
| 168.- Imposibilidad, de hecho, de la tentativa de abandono .....                                                                                  | 139 |
| 169.- Abandono de hogar: crítica a su denominación .....                                                                                          | 139 |
| 170.- Abandono de hijos español y abandono de familia francesa .....                                                                              | 140 |
| 171.- El abandono de hogar en la Ley de Relaciones Familiares; crítica .....                                                                      | 140 |
| 172.- El mismo en el Código Penal de 1929; crítica .....                                                                                          | 141 |
| 173.- Legislación vigente; sujetos activos y pasivos; elemento material del abandono de hogar; forma de persecución; perdón condicionado .....    | 141 |
| 174.- Abandono de niños o enfermos; sujetos pasivos y activos; crítica; materialidad de la infracción; otros delitos especiales de abandono ..... | 143 |
| 175.- Omisión de auxilio a los que se encuentran en peligro .....                                                                                 | 145 |
| 176.- Abandono de víctimas por atropellamiento .....                                                                                              | 146 |
| 177.- Exposición de menores; dos formas del delito .....                                                                                          | 147 |
| 178.- Exposición por ascendientes o tutores; crítica .....                                                                                        | 147 |
| 179.- Exposición por personas a quienes hubiere sido confiado el menor .....                                                                      | 147 |



## SEGUNDA PARTE

## DELITOS CONTRA LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO

Capítulo XIII.— *Generalidades de los delitos contra las personas en su patrimonio* ..... 151

## TEMARIO

- 180.— Denominación empleada por el Código Penal de 1871; crítica .. 151
- 181.— Denominación del Código Penal de 1929; crítica ..... 152
- 182.— Las amenazas, amagos o violencias físicas no son delitos patrimoniales 152
- 183.— Enumeración de los delitos contra las personas en su patrimonio 153
- 184.— Méritos de la denominación empleada por el Código vigente; la protección penal no se limita al derecho de propiedad ..... 153
- 185.— Derechos patrimoniales que pueden ser violados por los distintos tipos de delito ..... 153
- 186.— Protagonistas activos y pasivos de los delitos patrimoniales ..... 154
- 187.— Sujeto activo: la persona física; problema de las personas morales como sujetos activos ..... 154
- 188.— Sujetos pasivos: personas físicas y morales ..... 157
- 189.— Repercusión en el Derecho Penal de la transformación social del concepto de propiedad ..... 158
- 190.— Los delitos en el patrimonio entrañan siempre una violación a los derechos civiles, pero no toda violación civil es delictiva ..... 159
- 191.— Problema de la distinción entre lo ilícito penal y lo ilícito simplemente civil en materia patrimonial; diferentes criterios y opiniones ..... 159
- 192.— Rasgo común a todos los delitos patrimoniales: el perjuicio ..... 162
- 193.— Diversos procedimientos para causar el perjuicio patrimonial, según se trate de robo, abuso de confianza, fraudes, delitos cometidos por comerciantes quebrados despojos y daño en propiedad ajena ..... 162
- 194.— Clasificación de los delitos patrimoniales según sus efectos en el sujeto activo ..... 163
- 195.— Delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido: robo, abuso, fraudes, delitos de quiebra y despojo; estos delitos no admiten su comisión por imprudencia ..... 163
- 196.— Delitos patrimoniales de simple injuria: los daños en propiedad ajena; éstos pueden ser intencionales o imprudentes ..... 164
- 197.— Clasificación de los delitos patrimoniales según la naturaleza de los bienes en que recaen ..... 164
- 198.— Diferencias específicas entre los distintos delitos patrimoniales. Reenvío ..... 164

Capítulo XIV.— *Robo en general* ..... 165

## TEMARIO

- 199.— Antecedentes históricos utilizables ..... 165

|                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 200.- El <i>furtum</i> del Derecho Romano.....                                                                                                                                                                    | 166 |
| 201.- Elementos del <i>furtum</i> : la cosa mueble, la <i>contrectatio</i> , la defraudación y el perjuicio.....                                                                                                  | 166 |
| 202.- Derecho francés: primitivo y Código de 1810.....                                                                                                                                                            | 167 |
| 203.- Elementos franceses del robo: cosa mueble, sustracción fraudulenta y que la cosa pertenezca a otro; diferencia con el sistema mexicano.....                                                                 | 167 |
| 204.- Derecho español: división entre hurto y robo.....                                                                                                                                                           | 168 |
| 205.- El robo en nuestra legislación; definición.....                                                                                                                                                             | 168 |
| 206.- Elementos del delito.....                                                                                                                                                                                   | 168 |
| 207.- El apoderamiento.....                                                                                                                                                                                       | 169 |
| 208.- El apoderamiento es la constitutiva típica del robo.....                                                                                                                                                    | 169 |
| 209.- El apoderamiento es la acción consumativa del robo; su diferencia con la sustracción.....                                                                                                                   | 170 |
| 210.- La cosa mueble; diversas significaciones.....                                                                                                                                                               | 171 |
| 211.- Muebles según su naturaleza material intrínseca.....                                                                                                                                                        | 172 |
| 212.- Muebles o inmuebles por ficción del Derecho privado.....                                                                                                                                                    | 172 |
| 213.- Para determinar si una cosa es mueble, en materia de robo, debe atenderse a su real naturaleza.....                                                                                                         | 173 |
| 214.- La cosa ajena; diversas hipótesis.....                                                                                                                                                                      | 174 |
| 215.- Robo de bienes del dominio público; competencia de los tribunales comunes y de los federales.....                                                                                                           | 175 |
| 216.- Apoderamiento de bienes mostrencos; caso de fraude.....                                                                                                                                                     | 175 |
| 217.- Apoderamiento de bienes indivisos por un copropietario; problemas.....                                                                                                                                      | 176 |
| 218.- Fraude que comete el condueño que dispone indebidamente del bien común.....                                                                                                                                 | 178 |
| 219.- Robo que puede cometer el condueño.....                                                                                                                                                                     | 178 |
| 220.- Caso no punible de apoderamiento de un bien indiviso.....                                                                                                                                                   | 178 |
| 221.- Delito equiparado al robo que puede cometer el condueño.....                                                                                                                                                | 179 |
| 222.- El apoderamiento sin derecho; elemento de antijuridicidad.....                                                                                                                                              | 179 |
| 223.- El apoderamiento sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley; ausencia de consentimiento en los robos violentos, astutos o subrepticios; diferencia con el fraude..... | 179 |
| 224.- Reenvío a capítulos siguientes para el estudio del robo ordinario (simple y calificado); el robo con violencia; las reglas especiales del robo y delitos que se le equiparan.....                           | 180 |
| Capítulo XV.- Penalidad del robo.....                                                                                                                                                                             | 181 |

## TEMARIO

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| 225.- El polifasismo del robo dificulta la solución de su penalidad..... | 181 |
| 226.- Diversos derechos tutelados.....                                   | 181 |
| 227.- Compleja causación preferentemente económica del robo.....         | 182 |
| 228.- Matices de sus móviles.....                                        | 183 |
| 229.- diversos modos de ejecución.....                                   | 183 |
| 230.- Distintas circunstancias personales de sus autores.....            | 183 |
| 231.- Variedad en la cuantía.....                                        | 183 |

|                                                                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 232.- Sistema de penalidad: paralelismo entre la pena y el importe de lo robado y agravaciones por circunstancias de modo o lugar de comisión y personales del infractor ..... | 184 |
| 233.- Cuadro analítico de la penalidad del robo .....                                                                                                                          | 186 |
| Capítulo XVI.- <i>Robo ordinario: simple y calificado</i> .....                                                                                                                | 187 |
| TEMARIO                                                                                                                                                                        |     |
| 234.- Robo ordinario o no violento, su división en simple y calificado .....                                                                                                   | 187 |
| 235.- Robo simple; razones y crítica de su penalidad según la cuantía .....                                                                                                    | 188 |
| 236.- El valor intrínseco de lo robado .....                                                                                                                                   | 189 |
| 237.- Valor que no exceda de cien veces el salario .....                                                                                                                       | 189 |
| 238.- Valor que exceda de cien veces el salario pero no de quinientas .....                                                                                                    | 190 |
| 239.- Valor cuando exceda de quinientas veces el salario .....                                                                                                                 | 190 |
| 240.- Robo de cosas no estimables en dinero en que no fuere posible fijar su valor o cantidad .....                                                                            | 190 |
| 241.- Penalidad de la tentativa en que no se pueda determinar el monto .....                                                                                                   | 190 |
| 242.- Robos calificados; agravaciones en razón del lugar y en razón de cualidades personales .....                                                                             | 191 |
| 243.- Robos calificados por circunstancias de lugar; su división .....                                                                                                         | 192 |
| 244.- Lugar habitado o destinado para habitación .....                                                                                                                         | 193 |
| 245.- Las dependencias de edificios habitados; problema .....                                                                                                                  | 194 |
| 246.- Lugar cerrado; interpretación gramatical del concepto; los edificios no habitados ni destinados para habitación son lugares cerrados .....                               | 194 |
| 246 bis.- Robo de vehículos estacionados .....                                                                                                                                 | 195 |
| 247.- El abigeato en campo abierto o paraje solitario .....                                                                                                                    | 196 |
| 248.- Robos calificados por circunstancias personales, su clasificación en robos cometidos por trabajadores, dueños y huéspedes o comensales .....                             | 197 |
| 249.- Razón de la agravación; crítica general .....                                                                                                                            | 197 |
| 250.- Robo de trabajadores; clasificación .....                                                                                                                                | 198 |
| 251.- Robo de domésticos; requisitos; crítica .....                                                                                                                            | 198 |
| 252.- Robo de dependientes .....                                                                                                                                               | 200 |
| 253.- Robo de obreros, artesanos, aprendices o discípulos .....                                                                                                                | 200 |
| 254.- Distinción entre el robo cometido por trabajadores y el abuso de confianza cometido por los mismos .....                                                                 | 201 |
| 255.- Robos cometidos por ciertos dueños; enumeración .....                                                                                                                    | 202 |
| 256.- Primer caso .....                                                                                                                                                        | 202 |
| 257.- Segundo caso .....                                                                                                                                                       | 203 |
| 258.- Robo de huéspedes o comensales .....                                                                                                                                     | 203 |
| 258 bis.- Otros grupos calificativos .....                                                                                                                                     | 204 |
| Capítulo XVII.- <i>Robo con violencia</i> .....                                                                                                                                | 205 |
| TEMARIO                                                                                                                                                                        |     |
| 259.- Complejidad y gravedad del robo violento .....                                                                                                                           | 205 |
| 260.- Su reglamentación .....                                                                                                                                                  | 206 |

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 261.- Concepto jurídico de la violencia; se limita a la efectuada contra las personas..... | 206 |
| 262.- Formas de la violencia .....                                                         | 207 |
| 263.- Violencia física.....                                                                | 207 |
| 264.- Violencia moral .....                                                                | 208 |
| 265.- Momentos de realización de la violencia.....                                         | 208 |
| 266.- Penalidad del robo violento.....                                                     | 209 |

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Capítulo XVIII.- <i>Reglas especiales del robo y delitos que se equiparan</i> ..... | 210 |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|

TEMARIO

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 267.- Enumeración de las reglas especiales para ciertos robos y de los delitos que se le equiparan .....                              | 210 |
| 268.- Perdón legal por restitución de lo robado; sus requisitos .....                                                                 | 211 |
| 269.- Excusa absolutoria para el robo entre ascendientes y descendientes; su razón; persecución de los terceros partícipes .....      | 212 |
| 270.- Forma especial de persecución, por querrela necesaria, para el robo entre cónyuges y ciertos parientes cercanos; su razón ..... | 212 |
| 271.- Observaciones para el robo entre cónyuges.....                                                                                  | 213 |
| 272.- Silencio del legislador para el robo entre concubinos; crítica....                                                              | 214 |
| 273.- Los partícipes .....                                                                                                            | 215 |
| 274.- Caso especial de justificación del robo por estado de necesidad .....                                                           | 215 |
| 275.- El estado de necesidad en general.....                                                                                          | 215 |
| 276.- El estado de necesidad en el robo; análisis del precepto .....                                                                  | 216 |
| 277.- Robo de uso .....                                                                                                               | 217 |
| 278.- Delito equiparado al robo que comete el dueño de una cosa al disponer de ella o destruirla ilícitamente; problema general.....  | 218 |
| 279.- Necesidad del delito especial .....                                                                                             | 219 |
| 280.- Su reglamentación vigente .....                                                                                                 | 219 |
| 281.- Elementos del delito .....                                                                                                      | 220 |
| 282.- La disposición o la destrucción .....                                                                                           | 220 |
| 283.- Intencionalidad de esas acciones .....                                                                                          | 220 |
| 284.- Derechos limitados .....                                                                                                        | 220 |
| 285.- El llamado robo de energía eléctrica o de otros fluidos; problema de su clasificación .....                                     | 221 |
| 286.- Creación del delito especial equiparado al robo .....                                                                           | 223 |
| 287.- El fraude de fluidos .....                                                                                                      | 224 |

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| Capítulo XIX.- <i>Abuso de confianza</i> ..... | 227 |
|------------------------------------------------|-----|

TEMARIO

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 288.- Doble significado de la frase abuso de confianza.....                                        | 227 |
| 289.- La agravante de abuso de confianza.....                                                      | 227 |
| 290.- El abuso de confianza como delito patrimonial típico .....                                   | 228 |
| 291.- Su lenta elaboración histórica; confusión del abuso con el hurto en el Derecho antiguo ..... | 228 |
| 292.- Diferenciación relativamente moderna del abuso .....                                         | 229 |

|                                                                                                                                                                        |         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 293.- Diferencias entre el robo y el abuso de confianza .....                                                                                                          | 230     |
| 294.- Diferencia con el fraude .....                                                                                                                                   | 230     |
| 295.- Definición en el C.P. de 1871; crítica .....                                                                                                                     | 230     |
| 296.- Definición del Código Penal vigente .....                                                                                                                        | 231     |
| 297.- Elementos del delito .....                                                                                                                                       | 232     |
| 298.- Primer elemento: la disposición para sí o para otro .....                                                                                                        | 232     |
| 299.- La disposición como acto de apropiación; distinción entre las<br>simples violaciones contractuales y el abuso de confianza .....                                 | 233     |
| 300.- La disposición como elemento consumativo del delito .....                                                                                                        | 234     |
| 301.- Segundo elemento: el perjuicio .....                                                                                                                             | 234     |
| 302.- Tercer elemento: la cosa objeto del delito; cosas corporales<br>muebles y ciertos bienes representativos de derecho .....                                        | 235     |
| 303.- Cuarto elemento: acción de transferir la tenencia y no el domi-<br>nio; comparación con el C. P. 1871 .....                                                      | 235     |
| 304.- Enumeración de los principales contratos y actos que pueden dar<br>lugar a un abuso de confianza .....                                                           | 236     |
| 305.- Arrendamiento de muebles; hipótesis delictivas y simples viola-<br>ciones contractuales .....                                                                    | 236     |
| 306.- Comodato .....                                                                                                                                                   | 237     |
| 307.- Depósito; diversas hipótesis .....                                                                                                                               | 237     |
| 308.- Mandato .....                                                                                                                                                    | 238     |
| 309.- Comisión mercantil .....                                                                                                                                         | 239     |
| 310.- Prestación de servicios .....                                                                                                                                    | 239     |
| 311.- Prenda .....                                                                                                                                                     | 239     |
| 312.- Modalidad rescisoria de la compraventa .....                                                                                                                     | 240     |
| 313.- Tutela, albaceazgo y sindicatura .....                                                                                                                           | 240     |
| 314.- Secuestro; diversas hipótesis .....                                                                                                                              | 241     |
| 315.- Crítica a la persecución del delito por querrela necesaria .....                                                                                                 | 242     |
| 316.- Prueba de las operaciones originadoras del abuso de confianza .....                                                                                              | 242     |
| 317.- Casos especiales que se sancionan como abuso de confianza .....                                                                                                  | 243     |
| <br>Capítulo XX.- Generalidades del fraude .....                                                                                                                       | <br>244 |
| TEMARIO                                                                                                                                                                |         |
| 318.- Noción doctrinaria general del fraude .....                                                                                                                      | 244     |
| 319.- Problema de la distinción entre dolo y fraude puramente civiles<br>y el fraude delictivo; opinión de Garraud .....                                               | 244     |
| 320.- Coincidencias del fraude, el robo y el abuso, en sus efectos .....                                                                                               | 245     |
| 321.- Diferencias entre los tres delitos .....                                                                                                                         | 245     |
| 322.- Evolución del robo hacia el fraude .....                                                                                                                         | 246     |
| 323.- Peligrosidad del fraude comparada a la del robo .....                                                                                                            | 247     |
| 324.- Diferenciación histórica del fraude y otros delitos patrimoniales;<br>el estelionato; distintos sistemas adoptados por las legislaciones<br>contemporáneas ..... | 248     |
| 325.- Sistema de reglamentación del C. P. de 1871: fraude genérico;<br>fraudes especificados y no especificados, y estafa; crítica .....                               | 248     |
| 326.- Sistema del C. P. de 1929 .....                                                                                                                                  | 249     |

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| Capítulo XXI.— <i>Tipos legales de fraude.— Extorsión</i> ..... | 250 |
|-----------------------------------------------------------------|-----|

TEMARIO

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 327.— Comparación del Código vigente con los anteriores; sistema actual de enumeración diferencial y autónoma de los casos de fraude ..... | 250 |
| 328.— Veintitrés especies de fraude previstas especialmente .....                                                                          | 251 |
| 329.— Fraude de engaño o aprovechamiento del error; sus elementos .....                                                                    | 252 |
| 330.— Penalidad del fraude genérico .....                                                                                                  | 254 |
| 331.— Fraude calificado o antigua estafa .....                                                                                             | 255 |
| 332.— Relaciones entre la estafa y la falsedad .....                                                                                       | 257 |
| 333.— Fraude cometido por defensores .....                                                                                                 | 259 |
| 334.— Fraude de disposición indebida; sus antecedentes históricos; su reglamentación .....                                                 | 260 |
| 335.— Fraude por medio de títulos ficticios o no pagaderos; objeto de la tutela penal; condiciones jurídicas de este fraude .....          | 261 |
| 336.— Expedición de cheques no pagaderos .....                                                                                             | 264 |
| 337.— Fraude contra establecimientos comerciales .....                                                                                     | 268 |
| 338.— Fraude en las compraventas al contado .....                                                                                          | 268 |
| 339.— Fraude por falta de entrega de la cosa o de devolución de su importe .....                                                           | 269 |
| 340.— Fraude de doble venta de una misma cosa .....                                                                                        | 269 |
| 341.— fraude de usura; la usura en el Código Civil .....                                                                                   | 269 |
| 342.— condiciones legales del fraude de usura .....                                                                                        | 270 |
| 343.— Fraude por medio de sustitutivos de la moneda .....                                                                                  | 270 |
| 344.— Fraude de simulación; diversas hipótesis .....                                                                                       | 271 |
| 345.— Simulación contractual .....                                                                                                         | 271 |
| 346.— Simulación de actos o escritos judiciales .....                                                                                      | 272 |
| 347.— Estudio de Emilio Pardo Aspe acerca de la simulación en materia judicial .....                                                       | 273 |
| 348.— Fraude en los sorteos o por otros medios .....                                                                                       | 277 |
| 349.— Fraude en las construcciones .....                                                                                                   | 277 |
| 350.— Fraude por supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones .....                                                      | 278 |
| 351.— Fraude en la venta o traspaso de una negociación .....                                                                               | 278 |
| 352.— Fraude en la propiedad literaria, dramática o artística .....                                                                        | 279 |
| 353.— Fraude en contra de trabajadores .....                                                                                               | 279 |
| 354.— Fraude por medio de mercancías subsidiadas o con franquicia .....                                                                    | 279 |
| 355.— Fraude en la promesa falsa de trabajo o al proporcionar el mismo .....                                                               | 280 |
| 356.— Fraude cometido por intermediarios en operaciones sobre inmuebles o gravámenes reales .....                                          | 281 |
| 357.— Fraude en operaciones de condominio .....                                                                                            | 281 |
| 357a.— Querrela en el fraude. Extorsión .....                                                                                              | 282 |

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| Capítulo XXII.— Delito de quiebra ..... | 285 |
|-----------------------------------------|-----|

TEMARIO

|                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 358.— Diversos sistemas reglamentarios: el delito especial de quiebra y la enumeración de delitos en fraude de los acreedores ..... | 285 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 359.- La quiebra fraudulenta del Código Penal de 1871; crítica .....      | 285 |
| 360.- Sistema de la codificación de 1931. Observaciones de conjunto ..... | 287 |
| 361.- Sistema de la nueva Ley de Quiebras. Textos legales .....           | 289 |
| 362.- Generalidades de la Quiebra .....                                   | 289 |
| 363.- Quiebra culpable .....                                              | 291 |
| 364.- Quiebra fraudulenta .....                                           | 292 |
| 365.- Observaciones generales .....                                       | 293 |

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| Capítulo XXIII.- <i>Despojo de cosas inmuebles o de aguas</i> ..... | 294 |
|---------------------------------------------------------------------|-----|

## TEMARIO

|                                                                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 366.- Elaboración española del delito .....                                                                                                                               | 294 |
| 367.- Estudio de Pardo Aspe acerca del delito de despojo en México; la figura debe limitarse a la ocupación violenta del inmueble; crítica del Código Penal de 1929 ..... | 295 |
| 368.- Deplorable extensión dada al despojo en la legislación vigente .....                                                                                                | 296 |
| 369.- Sistemática de exposición .....                                                                                                                                     | 296 |
| 370.- Objetos materiales del despojo: inmuebles o derechos reales; problema de los inmuebles por ficción del Derecho Privado .....                                        | 297 |
| 371.- Acciones delictivas: ocupación o uso de inmuebles o uso de derechos reales .....                                                                                    | 297 |
| 372.- Modos de ejecución .....                                                                                                                                            | 298 |
| 373.- Violencia física o moral a las personas .....                                                                                                                       | 298 |
| 374.- Furtividad y engaño; crítica .....                                                                                                                                  | 298 |
| 375.- Delito de despojo que puede cometer el dueño del inmueble .....                                                                                                     | 298 |
| 376.- Despojo de aguas .....                                                                                                                                              | 299 |
| 377.- Despojo de cosas en disputa o dudosas .....                                                                                                                         | 299 |
| 378.- Regla de acumulación .....                                                                                                                                          | 300 |

|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| Capítulo XXIV.- <i>Daño en propiedad ajena</i> ..... | 301 |
|------------------------------------------------------|-----|

## TEMARIO

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| 379.- Noción general del delito de daño .....                  | 301 |
| 380.- El daño como delito de simple injuria patrimonial .....  | 301 |
| 381.- Su diferencia con otros delitos patrimoniales .....      | 302 |
| 382.- Antecedentes y sistemas legales .....                    | 302 |
| 383.- Legislación vigente: daños genérico y calificado .....   | 303 |
| 384.- Delito genérico de daño; sus condiciones jurídicas ..... | 303 |
| 385.- Delito de daño calificado; sus condiciones .....         | 304 |
| 386.- Modos de ejecución .....                                 | 305 |
| 387.- El incendio .....                                        | 305 |
| 388.- La inundación .....                                      | 305 |
| 389.- La explosión .....                                       | 306 |
| 390.- Observaciones comunes a estos estragos .....             | 306 |
| 391.- Daños o peligros del delito calificado .....             | 306 |
| 391 bis.- Sabotaje y terrorismo .....                          | 307 |

Capítulo XXV.— *Los delitos sexuales en general*..... 311

## TEMARIO

|                                                                                                                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 392.— Características doctrinarias de los delitos sexuales en general...                                                                                                                                                                               | 312 |
| 393.— a) La actividad corporal lúbrica como acción típica.....                                                                                                                                                                                         | 312 |
| 394.— b) Daños o peligros a la vida sexual del ofendido; la libertad o la seguridad sexuales como bienes jurídicos objeto de la tutela penal.....                                                                                                      | 313 |
| 395.— Denominaciones empleadas para los delitos sexuales por las legislaciones de otros países.....                                                                                                                                                    | 313 |
| 396.— Los "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres", en el Código Penal de 1871: crítica.....                                                                                                                | 314 |
| 397.— Mejor ordenación en el Código Penal de 1929; los "Delitos contra la moral pública"; los "Delitos contra la libertad sexual" y los "Delitos cometidos contra la familia", en ese Código; crítica en cuanto a la denominación de los segundos..... | 314 |
| 398.— Distribución en el Código de 1931 vigente; los "Delitos contra la moral pública", los "Delitos sexuales" y los "Delitos contra el estado civil y bigamia" en este Ordenamiento.....                                                              | 315 |
| 399.— Estudio comparativo general de Emilio Pardo Aspe entre los delitos contra la moral pública y los sexuales.....                                                                                                                                   | 315 |
| 400.— Enumeración de los delitos que el Código Penal vigente clasifica genéricamente como sexuales.....                                                                                                                                                | 316 |
| 401.— El atentado al pudor el estupro y la violación como delitos sexuales propiamente dichos.....                                                                                                                                                     | 317 |
| 402.— El rapto como delito sexual por analogía y por posible antecedente de un atentado sexual.....                                                                                                                                                    | 317 |
| 403.— Crítica en lo que concierne a la clasificación legal del incesto y del adulterio entre los delitos sexuales propiamente dichos.....                                                                                                              | 317 |
| 404.— Noción doctrinaria general de los delitos sexuales.....                                                                                                                                                                                          | 318 |
| 405.— Distinción entre los delitos sexuales y aquellos que acusan simple fondo sexual.....                                                                                                                                                             | 318 |
| 406.— Variantes en la evolución histórica del Derecho Penal.....                                                                                                                                                                                       | 319 |
| 407.— El paganismo y los delitos sexuales.....                                                                                                                                                                                                         | 319 |
| 408.— Influencia de la doctrina ascética cristiana en las legislaciones seculares; confusión del pecado de lujuria con el delito sexual.                                                                                                               | 320 |
| 409.— Reacción contra la intromisión de la ley penal en el dominio de la moral individual; corriente de las legislaciones sajonas y corriente de las legislaciones latinas.....                                                                        | 320 |
| 410.— Necesidad de distinguir los campos de la moral individual y del Derecho Penal.....                                                                                                                                                               | 322 |
| 411.— Opinión del autor acerca de las relaciones entre moral y derecho; urgencia de exigir la presencia de finalidades éticas en la tarea legislativa de redacción de los tipos y en la imposición de las penas.....                                   | 322 |
| 412.— Intensificación contemporánea de los estudios relativos a la vida sexual.....                                                                                                                                                                    | 325 |
| 413.— La endocrinología; su importancia; peligro de la interpretación unilateral de la conducta a través de la endocrinología.....                                                                                                                     | 326 |



|                                                                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 414.- Importancia del estudio de las glándulas sexuales dentro de la endocrinología; su doble funcionamiento: incretor y excretor ..                    | 327 |
| 415.- El psicoanálisis; su importancia y crítica .....                                                                                                  | 327 |
| 416.- Correcto aprovechamiento de la endocrinología y el psicoanálisis en los estudios criminológicos .....                                             | 329 |
| 417.- Autonomía del Derecho Penal ante esas disciplinas; necesidad de no confundir los delitos sexuales con las anomalías o enfermedades sexuales ..... | 330 |
| 418.- La anafrodisia; su irrelevancia para el Derecho Penal .....                                                                                       | 330 |
| 419.- La satiriasis; su importancia criminológica .....                                                                                                 | 330 |
| 420.- Las perturbaciones cualitativas del instinto sexual .....                                                                                         | 331 |
| 421.- El onanismo; su irrelevancia .....                                                                                                                | 333 |
| 422.- El exhibicionismo lúbrico y los ultrajes a la moral pública .....                                                                                 | 333 |
| 423.- Fetichismo y bestialidad .....                                                                                                                    | 333 |
| 424.- El homosexualismo; diferentes soluciones legales .....                                                                                            | 336 |
| 425.- La voluptuosidad por el dolor .....                                                                                                               | 336 |
| 426.- El sadismo, su interpretación criminológica .....                                                                                                 | 337 |
| 427.- El masoquismo; su interpretación .....                                                                                                            | 337 |
| 428.- Necromanía; profanación de cadáveres .....                                                                                                        | 337 |
| 429.- La prostitución; sus problemas penales .....                                                                                                      | 338 |
| 430.- Medidas de seguridad para delincuentes sexuales enajenados ..                                                                                     | 338 |
| 431.- Medidas de simple esterilización y castración .....                                                                                               | 338 |
| 432.- Resolución del XI Congreso Penal y Penitenciario .....                                                                                            | 339 |
| 433.- La simple esterilización .....                                                                                                                    | 340 |
| 434.- La castración .....                                                                                                                               | 341 |
| Capítulo XXVI.- <i>Delitos de atentados al pudor</i> .....                                                                                              | 342 |

## TEMARIO

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 435.- Noción general de atentado al pudor; objeto de la tutela .....                                                              | 342 |
| 436.- Evolución indiferenciada del delito en el Derecho Romano Penal                                                              | 343 |
| 437.- Formas del atentado al pudor en el Derecho francés crítica .....                                                            | 343 |
| 438.- Hipótesis de abusos deshonestos en la legislación española; crítica .....                                                   | 344 |
| 439.- Otras legislaciones .....                                                                                                   | 344 |
| 440.- Reglamentación en el Código Penal mexicano de 1871; crítica ..                                                              | 345 |
| 441.- Sistema del Código Penal de 1929 .....                                                                                      | 347 |
| 442.- Descripción legal del atentado al pudor en el Código Penal vigente .....                                                    | 347 |
| 443.- Sujetos activos y pasivos del delito .....                                                                                  | 347 |
| 444.- Dos modalidades del delito .....                                                                                            | 347 |
| 445.- Elementos constitutivos .....                                                                                               | 348 |
| 446.- Primer elemento: acto erótico-sexual distinto al ayuntamiento ..                                                            | 348 |
| 447.- Hipótesis de actos lúbricos que resiente la víctima .....                                                                   | 348 |
| 448.- El exhibicionismo lúbrico .....                                                                                             | 349 |
| 449.- Distinción entre el delito de atentados al pudor y el delito de ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres ..... | 349 |
| 450.- Casos de coexistencia de los dos delitos .....                                                                              | 350 |

|                                                                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 451.- Segundo elemento: ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula .....                                                                             | 350 |
| 452.- Tercer elemento: Variantes según sea púber o impúber el ofendido ..                                                                                                 | 352 |
| 453.- Atentado al pudor en púberes; ausencia del consentimiento; sus varias formas; el objeto de la tutela penal; libertad sexual .....                                   | 353 |
| 454.- El atentado al pudor en impúber; ausencia o presencia del consentimiento; la seguridad sexual como objeto de la tutela...                                           | 354 |
| 455.- Cuarto elemento: el ánimo de lubricidad .....                                                                                                                       | 355 |
| 456.- Problema del beso y el atentado al pudor o los ultrajes a la moral pública .....                                                                                    | 358 |
| 457.- Consumación del atentado al pudor; la tentativa no es punible ..                                                                                                    | 359 |
| 458.- Crítica a la denominación del delito; el concepto de pudor; la represión no tiene por objeto la protección del pudor sino de la libertad o seguridad sexuales ..... | 360 |
| 459.- El atentado al pudor es un delito sexual propiamente dicho .....                                                                                                    | 361 |
| 460.- El delito de atentado al pudor como signo psicológico de insatisfacción sexual.- Hostigamiento sexual .....                                                         | 361 |
| Capítulo XXVII.- <i>El delito de estupro</i> .....                                                                                                                        | 362 |

TEMARIO

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 461.- Dudosa etimología de la palabra <i>stuprum</i> .....                                                             | 362 |
| 462.- Diversas significaciones antiguas de estupro; definición doctrinaria del mismo .....                             | 363 |
| 463.- Protección penal a las mujeres de corta edad en caso de ayuntamiento sexual no violento .....                    | 363 |
| 464.- Dos principales sistemas de producción .....                                                                     | 364 |
| 465.- a) Principio de la absoluta inviolabilidad sexual en las niñas innúbiles .....                                   | 364 |
| 466.- Principio de la relativa inviolabilidad sexual de las mujeres jóvenes; el estupro como delito diferenciado ..... | 364 |
| 467.- La seguridad sexual como bien jurídico objeto de la protección penal en el estupro .....                         | 364 |
| 468.- Antecedentes en el Derecho Penal romano .....                                                                    | 365 |
| 469.- El Derecho canónico .....                                                                                        | 365 |
| 470.- La legislación de las partidas como antecedente más cercano de la noción moderna de estupro .....                | 365 |
| 471.- Distintas clases de estupro en la legislación española vigente; crítica .....                                    | 366 |
| 472.- Otras legislaciones .....                                                                                        | 367 |
| 473.- La legislación mexicana .....                                                                                    | 368 |
| 474.- El estupro en el Código Penal de 1871; crítica .....                                                             | 368 |
| 475.- Sistema de Código Penal de 1929 .....                                                                            | 369 |
| 476.- Descripción y elementos del estupro en el Código Penal vigente ..                                                | 369 |
| 477.- Primer elemento: la cópula .....                                                                                 | 370 |
| 478.- Significado general de cópula: ayuntamientos normales o anormales .....                                          | 370 |
| 479.- Significado restringido de cópula en el estupro: ayuntamiento normal .....                                       | 370 |

|                                                                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 480.- Momento consumativo del estupro .....                                                                                                                                                    | 371 |
| 481.- El varón como único sujeto activo posible del delito .....                                                                                                                               | 371 |
| 482.- Diferencia entre estupro y violación o el atentado desde el punto<br>de vista del primer elemento .....                                                                                  | 371 |
| 483.- Medios de comprobación de la cópula .....                                                                                                                                                | 372 |
| 484.- Segundo elemento: la mujer menor de dieciocho años; razón de<br>ser de este límite máximo; exclusión de los varones o de las<br>mujeres mayores de esa edad de la protección penal ..... | 373 |
| 485.- Prueba de la minoría de dieciocho años .....                                                                                                                                             | 375 |
| 486.- Inconvenientes del sistema .....                                                                                                                                                         | 375 |
| 487.- Caso en que la acción recae en niñas impúberes; correcta solu-<br>ción; delito que se equipara a la violación .....                                                                      | 375 |
| 488.- Diferencias del estupro con la violación el atentado al pudor y el<br>rapto desde el punto de vista de los sujetos pasivos .....                                                         | 377 |
| 489.- Tercer elemento: castidad y honestidad de la mujer .....                                                                                                                                 | 377 |
| 490.- El concepto de castidad .....                                                                                                                                                            | 377 |
| 491.- Diversas hipótesis .....                                                                                                                                                                 | 378 |
| 492.- La castidad de las solteras .....                                                                                                                                                        | 378 |
| 493.- La castidad de las viudas, divorciadas y mujeres cuyo matrimonio<br>ha sido anulado .....                                                                                                | 378 |
| 494.- La castidad de las casadas, imposibilidad de su estupro .....                                                                                                                            | 379 |
| 495.- La honestidad .....                                                                                                                                                                      | 379 |
| 496.- La castidad y la honestidad son elementos normativos .....                                                                                                                               | 379 |
| 497.- Su diferencia con la virginidad .....                                                                                                                                                    | 380 |
| 498.- Cuarto elemento: obtención del consentimiento por engaño o<br>seducción .....                                                                                                            | 380 |
| 499.- El engaño .....                                                                                                                                                                          | 381 |
| 500.- La seducción .....                                                                                                                                                                       | 383 |
| 501.- Formas de persecución del delito; causas especiales de estima-<br>ción de la acción .....                                                                                                | 383 |
| 502.- La reparación del daño .....                                                                                                                                                             | 384 |
| Capítulo XXVIII.- <i>El delito de violación</i> .....                                                                                                                                          | 385 |

## TEMARIO

|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 503.- Concepto general del verdadero delito de violación: objeto de la<br>tutela penal y gravedad del delito: su diferencia con la violación<br>impropia ..... | 385 |
| 504.- Antecedentes históricos .....                                                                                                                            | 387 |
| 505.- Su adscripción en los Códigos de 1871 y 1929 .....                                                                                                       | 388 |
| 506.- Descripción vigente y elementos del delito .....                                                                                                         | 388 |
| 507.- Primer elemento: la cópula normal o anormal .....                                                                                                        | 390 |
| 508.- No es necesario el agotamiento de la cópula .....                                                                                                        | 391 |
| 509.- Las consecuencias de la cópula son irrelevantes para la integra-<br>ción del delito .....                                                                | 391 |
| 510.- Resumen: demostración procesal de la cópula .....                                                                                                        | 392 |
| 511.- Momento consumativo de la violación; la tentativa; su distinción;<br>el atentado contra el pudor .....                                                   | 392 |

|                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 512.- Segundo elemento: el sujeto pasivo puede ser cualquier ser humano .....                            | 393 |
| 513.- El sexo del ofendido .....                                                                         | 393 |
| 513 bis.- Delito equiparado .....                                                                        | 394 |
| 514.- La edad y desarrollo fisiológico del ofendido; agravación cuando fuere impúber .....               | 396 |
| 515.- La violación puede recaer en personas de conducta sexual deshonesta; caso de las prostitutas ..... | 396 |
| 516.- Sujeto activo .....                                                                                | 397 |
| 517.- Hipótesis de violación según los posibles protagonistas activos y pasivos .....                    | 397 |
| 518.- Tercer elemento: la violencia .....                                                                | 398 |
| 519.- La violencia física; sus características .....                                                     | 398 |
| 520.- Posibilidades de violación de mujer por un solo varón .....                                        | 398 |
| 521.- Delitos concurrentes en caso de violencia física .....                                             | 400 |
| 522.- Posible concurrencia de violación y homicidio; hipótesis .....                                     | 400 |
| 523.- Relación causal entre la fuerza y la cópula .....                                                  | 401 |
| 524.- La violencia moral; sus características y valoración .....                                         | 401 |
| 525.- Ausencia de la voluntad del ofendido .....                                                         | 403 |
| 525 bis.- Agravación de la penalidad .....                                                               | 404 |
| 526.- Crítica a la opinión de la H. Corte de Justicia .....                                              | 405 |
| 526 bis.- El problema de la violación entre cónyuges .....                                               | 406 |

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| Capítulo XXIX.- <i>Delito equiparado a la violación</i> ..... | 410 |
|---------------------------------------------------------------|-----|

TEMARIO

|                                                                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 527.- La violación presunta de la doctrina; crítica; su correcta denominación; violación impropia o delito que se equipara a la violación ..... | 410 |
| 528.- Su reglamentación en legislaciones extranjeras .....                                                                                      | 411 |
| 529.- El Código Penal de 1871 .....                                                                                                             | 411 |
| 530.- Descripción del delito en el Código Penal vigente .....                                                                                   | 411 |
| 531.- Sus elementos .....                                                                                                                       | 412 |
| 532.- Primer elemento: la cópula; los posibles sujetos y pasivos .....                                                                          | 412 |
| 533.- Segundo elemento: modalidades .....                                                                                                       | 412 |
| 534.- Cópula con persona menor de doce años .....                                                                                               | 412 |
| 535.- Cópula con persona privada de razón .....                                                                                                 | 413 |
| 536.- Cópula con persona privada de sentido .....                                                                                               | 413 |
| 537.- Cópula con persona que por enfermedad no puede resistir; el uso de afrodisíacos .....                                                     | 415 |
| 538.- El dolo específico del delito: conocimiento del estado de la víctima o culpable ignorancia .....                                          | 415 |

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| Capítulo XXX.- <i>El delito de rapto</i> ..... | 417 |
|------------------------------------------------|-----|

TEMARIO

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 539.- Noción general doctrinaria del rapto .....                                                          | 417 |
| 540.- Crítica a su clasificación como delito sexual; los bienes jurídicos objeto de la tutela penal ..... | 418 |

|                                                                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 541.- Resumen histórico de Irureta Goyena acerca del rapto .....                                                                                                                        | 419 |
| 542.- Legislación mexicana; Códigos de 1871 y 1929 .....                                                                                                                                | 421 |
| 543.- Descripción del rapto en el Código Penal vigente; sus elementos<br>constitutivos .....                                                                                            | 421 |
| 544.- Primer elemento: el apoderamiento de la mujer; sujetos pasivos;<br>formas del apoderamiento .....                                                                                 | 421 |
| 545.- La sustracción de la mujer; su doble característica: toma y apla-<br>zamiento de la mujer .....                                                                                   | 422 |
| 546.- La retención de la mujer .....                                                                                                                                                    | 423 |
| 547.- El rapto es delito permanente; momento de su consumación .....                                                                                                                    | 423 |
| 548.- Segundo elemento: medios de realización del delito; raptos<br>violento y consensual .....                                                                                         | 424 |
| 549.- Rapto por violencia física .....                                                                                                                                                  | 424 |
| 550.- Rapto por violación moral .....                                                                                                                                                   | 424 |
| 551.- Rapto por engaño .....                                                                                                                                                            | 424 |
| 552.- El rapto por seducción; límite de edad de dieciséis años de la<br>mujer; la presunción legal de la seducción .....                                                                | 425 |
| 553.- Tercer elemento: elemento psicológico específico del rapto;<br>propósitos lúbricos o matrimoniales; diferencias entre el rapto y<br>los delitos de privación de la libertad ..... | 426 |
| 554.- Casos de agotamiento del propósito .....                                                                                                                                          | 427 |
| 555.- El matrimonio como causa de extinción de la acción penal .....                                                                                                                    | 427 |
| 556.- La ejecución de actos lúbricos; acumulación real de delitos;<br>diversas hipótesis .....                                                                                          | 428 |
| 557.- El rapto como delito de querrela necesaria .....                                                                                                                                  | 428 |
| Capítulo XXXI.- <i>El delito de incesto</i> .....                                                                                                                                       | 429 |

## TEMARIO

|                                                                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 558.- Noción general del incesto; el principio exogámico .....                                                                                          | 429 |
| 559.- Explicación psicoanalítica de la prohibición del incesto .....                                                                                    | 430 |
| 560.- Observación de los males del incesto; causas de su práctica .....                                                                                 | 431 |
| 561.- Resumen histórico .....                                                                                                                           | 431 |
| 562.- Interdicción civil penal del incesto .....                                                                                                        | 432 |
| 563.- Grados del parentesco no dispensable que impiden el matri-<br>monio .....                                                                         | 432 |
| 564.- Sistemas penales que no consideran al incesto como delito sino<br>como agravante de otras infracciones; el Código Penal mexicano<br>de 1871 ..... | 432 |
| 565.- Sistema penal que considera al incesto como un delito típico ...                                                                                  | 433 |
| 566.- El Código Penal mexicano de 1929; crítica .....                                                                                                   | 434 |
| 567.- Descripción del incesto en la legislación vigente; objetos de la<br>tutela penal .....                                                            | 434 |
| 568.- Sus elementos constitutivos .....                                                                                                                 | 434 |
| 569.- Primer elemento: las relaciones sexuales .....                                                                                                    | 434 |
| 570.- El parentesco; sus dos modalidades .....                                                                                                          | 434 |
| 571.- El incesto entre ascendientes y descendientes consanguíneos,<br>afines o por adopción .....                                                       | 434 |
| 572.- El incesto entre hermanos .....                                                                                                                   | 436 |

|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 573.- Comprobación del parentesco .....                                                                                                   | 436 |
| 574.- Tercer elemento: conocimiento de la liga del parentesco; causas de imputabilidad o de inculpabilidad; concurrencia de delitos ..... | 436 |
| Capítulo XXXII.- <i>El delito de adulterio</i> .....                                                                                      | 437 |

## TEMARIO

|                                                                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 575.- Dudosa etimología de la palabra adulterio; las Partidas .....                                                                                                                       | 437 |
| 576.- El adulterio general: el adulterio civil y el penal .....                                                                                                                           | 437 |
| 577.- El adulterio como ilícito civil; sus acciones y sanciones privadas .....                                                                                                            | 438 |
| 578.- La noción general o civil de adulterio no corresponde al concepto del delito que lleva ese nombre .....                                                                             | 438 |
| 579.- Resumen histórico del delito .....                                                                                                                                                  | 438 |
| 580.- El Código Penal de 1871; diferencias en cuanto al sexo de los casados infieles .....                                                                                                | 439 |
| 581.- El Código Penal de 1929; nivelación de sexos .....                                                                                                                                  | 440 |
| 582.- Tendencias históricas a la nivelación de los sexos, a la disminución de las penas y a la desaparición de la sanción penal; su culminación en el Código Penal mexicano vigente ..... | 440 |
| 583.- Argumentos para la penalidad del adulterio .....                                                                                                                                    | 440 |
| 584.- La tendencia abolicionista .....                                                                                                                                                    | 441 |
| 585.- Opinión del autor; objeto de la tutela penal .....                                                                                                                                  | 443 |
| 586.- Legislación mexicana vigente; descripción del delito .....                                                                                                                          | 444 |
| 587.- Sus elementos .....                                                                                                                                                                 | 444 |
| 588.- Primer elemento: un acto de adulterio; sus requisitos .....                                                                                                                         | 444 |
| 589.- El matrimonio legítimo como presupuesto imprescindible; su demostración .....                                                                                                       | 444 |
| 590.- El acceso carnal adulterino como acción material del delito; sujetos activos y pasivos .....                                                                                        | 445 |
| 591.- Concepto de acceso carnal .....                                                                                                                                                     | 446 |
| 592.- Sólo el adulterio consumado es punible .....                                                                                                                                        | 446 |
| 593.- Demostración procesal del fornicio adulterino .....                                                                                                                                 | 446 |
| 594.- Segundo elemento .....                                                                                                                                                              | 446 |
| 595.- Adulterio en el domicilio conyugal; concepto realista de domicilio conyugal .....                                                                                                   | 446 |
| 596.- El adulterio con escándalo; su carácter público u ostentoso; el escándalo como elemento normativo .....                                                                             | 448 |
| 597.- Tercer elemento: la intencionalidad criminal; el elemento psicológico del adulterio; casos de eliminación de la responsabilidad .....                                               | 449 |
| 598.- Persecución por querrela necesaria; observaciones y corolarios .....                                                                                                                | 450 |
| Capítulo XXXIII.- <i>Violencia Familiar</i> .....                                                                                                                                         | 453 |

## TEMARIO

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| 599.- Descripción de violencia familiar en el Código Penal vigente ..... | 453 |
| 600.- Concepto genérico de violencia Familiar .....                      | 453 |
| 601.- El delito de violación entre cónyuges .....                        | 454 |

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 602.- El delito equiparable a la violación entre cónyuges .....                                      | 454 |
| 603.- La corrupción de menores en el contexto de la violencia familiar ...                           | 455 |
| 604.- La penalidad del delito .....                                                                  | 455 |
| 605.- Medidas preventivas para salvaguardar la integridad física o psíquica<br>de la víctima .....   | 455 |
| 606.- La sustracción de un menor, o cambio de domicilio como parte de la<br>violencia familiar ..... | 455 |

ESTE LIBRO SE ACABÓ DE IMPRIMIR EL DÍA  
29 DE SEPTIEMBRE DE 2004 EN LOS TALLERES DE

*FUENTES IMPRESORES, S. A.*  
*Centeno, 109, 09810, México, D. F.*





9 789700 752624