



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

ENSAYO SOBRE LA PROVOCACION,
APOLOGIA DE UN DELITO O DE UN VICIO

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

REBECA GUADALUPE FREGOSO JALIL

M-0036607

México, D. F.

1982



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedicatorias

à mi querida mamá:

Sra. Bajille Jalil Tame fuente de mi inspiración
y fuerza por quien he logrado mi educación y
formación profesional.

A mi papá:

Sr. Rubén Fregoso Gómez con respeto y cariño

A mi tío:

Ingeniero: Julio Jalil Tame

Ejemplo de tenacidad y trabajo, con mi
agradecimiento y afecto.

A mis adorados abuelito y tía:

Sra. Emilia Tame Vda. de Jalil

Sra. Emilia Jalil Tame de Baro

A mi querido hermano:

Rodolfo Julio Fregoso Jalil

con todo mi amor por su gran cariño y apoyo
moral siempre.

A mi hermano:

Rubén Alfonso Frigoso Jalil

A mi prima:

Elvira Hernández Jalil

por su gran afecto y apoyo moral en los
momentos necesarios.

A mis tíos:

Arquitecto: Emilio Jalil Tame

Sr. Salomón Jalil Tame

respetuosamente.

A mi asesor y maestro:

Lic. Rafael Henríquez Díaz

sin cuya ayuda no hubiera sido posible la
realización del presente trabajo.

"ENSAYO SOBRE LA PROVOCACION, APOLOGIA DE UN DELITO
O DE UN VICIO".

INDICE:

CAPITULO I.- GENERALIDADES:

- A).- Qué debe entenderse por provocación en público. pág. 1.
- B).- Qué debe entenderse por apología de un delito pág.2.
- C).- Qué debe entenderse por apología de un vicio.pág.2.

CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

- 1).- Código Penal para el Distrito Federal 1871, pág.4.
- 2).- Código Penal de Chihuahua 1897.....pág.6.
- 3).- Código Penal de Veracruz 1927.....pág.7.
- 4).- Código Penal para el Distrito Federal 1929 pág.8.
- 5).- Código Penal vigente en el D.F.1931.....pág. 10.
- 6).- Examen en los Códigos Penales de la República Mexicana del tipo legal en estudio..... pág.11.

CAPITULO III.- ANALISIS DE ESTE DELITO ATRAVES DE ALGUNAS LEGISLACIONES INTERNACIONALES:

A).- AMERICA CENTRAL Y AMERICA DEL SUR:

- 1.- Argentina.,pág. 13.
- 2.- Bolivia.....pág. 13.
- 3.- Colombia...pág. 14.
- 4.- Cuba.....pág. 15.
- 5.- Ecuador...pág. 15.
- 6.- Panamá....pág. 15.

M-0036607

7.- Venezuela.....pág. 16.

B).- EUROPA:

1.- España.....pág. 17.

2.- Italia.....pág. 18.

CAPITULO IV.- EL ELEMENTO OBJETIVO:

1.- El elemento material.....pág. 20.

2.- La conducta.....pág. 20.

3.- El resultado.....pág. 20.

4.- Clasificación del delito en orden al elemento --
objetivo: a.- en orden a la conducta....pág. 22.
b.- en orden al resultado....pág. 24.

5.- Ausencia de conducta.....pág. 27.

CAPITULO V.- TIPO, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD:

1.- Tipo.....pág. 30.

2.- Tipicidad.....pág. 30.

3.- Clasificación del delito en orden al tipo..pág.31.

4.- Elementos del tipo:.....pág. 35.

a.- sujetos.....pág. 35.

b.- conducta.....pág. 36.

c.- objeto material.....pág. 37.

d.- medios de ejecución.....pág. 37.

e.- referencias espaciales.....pág. 37.

f.- referencias temporales.....pág. 38.

g.- referencias a elementos normativos....pág.38.

5.- atipicidad.....pág. 38.

CAPITULO VI.- LA ANTIJURIDICIDAD:

- 1.- Causas de licitud o de justificación.....pág. 42.
 - a.- Legítima defensa.....pág. 45.
 - b.- Estado de necesidad.....pág. 46.
 - c.- Cumplimiento de un deber.º.....pág. 47.
 - d.- Ejercicio de un derecho.....pág. 49.

CAPITULO VII.- CULPABILIDAD E INculpABILIDAD:

- 1.- La imputabilidad, presupuesto necesario de la culpabilidad.....pág. 50.
- 2.- Concepto de culpabilidadpág. 53.
- 3.- Formas de culpabilidad.....pág. 57.
 - a.- dolo.....pág. 58.
 - b.- culpa.....pág. 60.
 - c.- preterintencionalidad.....pág. 62.
- 4.- Culpabilidad en cuanto a la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio....pág. 64.
- 5.- Causas de inculpabilidad:pág. 65.
 - a.- error de hecho esencial.....pág. 68.
 - b.- error de derechopág. 71.
 - c.- no exigibilidad de otra conducta.....pág. 71.
 - d.- inculpabilidad en cuanto al contenido del artículo 209 del Código Penal...pág. 74.

CAPITULO VIII.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:

- 1.- Las condiciones objetivas de punibilidad.....pág. 77.

2.- Aspecto negativo.....	pág. 80.
3.- Condicionalidad objetiva en la provocación de un delito.....	pág. 81.
4.- Punibilidad y excusas absolutorias...	pág. 83.
5.- Punibilidad y su aspecto negativo en la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio.....	pág. 87.

CAPITULO IX.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO:

1.- Iter criminis.....	pág. 89.
2.- La tentativa y la consumación en la doctrina	pág. 91.
3.- La tentativa en el delito en estudio.....	pág. 94.
4.- La consumación del delito en estudio.....	pág. 96.
5.- El delito imposible.....	pág. 96.
6.- Concurso de delitos.....	pág. 98.
7.- Concurso ideal o formal y concurso real o material en el delito en estudio.....	pág. 100.
8.- Participación:	
a.- autoría intelectual.....	pág. 105.
b.- autoría material.....	pág. 105.
c.- coautoría.....	pág. 106.
d.- autoría mediata.....	pág. 106.
e.- complicidad.....	pág. 107.
9.- Encubrimiento.....	pág. 108.

CONCLUSIONES	pág. 111.
--------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	pág. 114.
--------------------	-----------

I N T R O D U C C I O N .

Con el presente trabajo se pretende hacer un estudio del tema referente a la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio que pueda servir como compendio acerca del problema que se trata y el cual sometemos a la consideración de los señores sinodales.

Deseo hacer notar que el artículo 209 del Código Penal a mi manera de ver se encuentra relegado en el dispositivo legal antes señalado ya que se le ha dado poca importancia.

Somos testigos de este delito principalmente en los medios masivos de comunicación como son: la televisión y el radio en los que diariamente escuchamos o vemos como se hace apología de vicios como el tabaquismo o el alcoholismo mediante anuncios.

Por otra parte tenemos también el constante problema de los sindicatos en donde sus líderes como una forma de presión hacia la empresa en la cual laboran incitan o provocan a los obreros a cometer distintos delitos como amenazas que hacen a sus propios compañeros que se niegan a apoyarlos en --

sus movimientos o a los altos funcionarios de dichas empresas a los que amenazan en su persona, en sus bienes, o incluso hasta llegan a amenazar la vida de sus familiares con el motivo de coaccionarlos para que accedan a sus propósitos.

Todo esto nos conduce a advertir la poca importancia que se le da a nuestro delito y por ese motivo quise anondar en el tema y ver como se contempla en la legislación del Distrito Federal y en otras legislaciones estatales así como en otros países en los que considero se trata de manera más amplia y específica.

En contramos también que incluso en la doctrina se trata poco el tema y solo por algunos autores, lo cual como ya quedo expuesto nos parece muy criticable pues consideramos que este delito es importante para la vida social y económica de nuestro país.

Por todo lo anteriormente expuesto considero que nuestro delito necesita urgentemente de una revisión a conciencia para enmendar los errores que contiene en su aspecto legislativo.

CAPITULO I.- GENERALIDADES:

a) Qué debe entenderse por provocación en público..-

El diccionario nos define la palabra provocación de la siguiente forma (1): del latín provocatio-onis: acción y efecto de provocar que viene del latín provocare que significa: excitar, incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa, facilitar.

Y público (2):notorio, manifiesto, que no es privado, conjunto de personas que participan de las mismas aficiones o concurren a determinado lugar.

A este respecto Carrancá y Trujillo (3)nos dice: la provocación a un delito debe ser directa y expresa. Sólo puede ser dolosa o sea con la voluntad y conciencia del agente de provocar la ejecución de un cierto y determinado delito. Por cualquier medio:verbal, escrito, gráfico con la intención de hacer pública la provocación.

No es necesario que el delito haya sido o esté--siendo juzgado, o haya sido judicialmente declarado en concreto por algún tribunal, ni siquiera que se haya cometido.Basta con que se trate de un delito, o-

(1)Diccionario de la Lengua Española. de la Academia Española.17a.ed. Madrid,1947. pág. 1041.

(2)Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado.Edit.Larousse, 4a. tirada.París,1908. pág. 849.

(3)Carrancá y Trujillo Raúl."Código Penal Anotado"Edit. Porrúa. 7a. ed. págs.421,422.México, 1973.

sea de un tipo delictivo, configurado en la ley, o de cualquier conducta que por ello sea legalmente delictuosa.

B) Qué debe entenderse por apología de un delito:

La apología--que también ha de nacerse públicamente--según continúa diciéndonos Carrancá ya sea de un delito o de un vicio; su defensa o alabanza -- sólo puede ser dolosa por consistir en la voluntad y conciencia de presentar como laudables y meritorios el delito o el vicio, con el fin de que se los cometa o adopte.

Constituye una forma indirecta y alusiva de provocación o de instigación pero con los mismos fines que ésta.

C) Qué debe entenderse por apología de un vicio:

Los vicios cuya apología constituye el delito -- sólo pueden serlo aquellos que envenenan o degeneran físicamente al hombre y que por ello se consideran gravemente perjudiciales. Otros como el tabaquismo, aunque dañosos, no son objeto de la tutela de la salud pública por los medios penales. El elemento examinado en este caso es normativo--cultural--y su valoración corresponde al juez en uso de su prudente arbitrio. Como es la salud física general el objeto ju-

rídico del delito cuyo núcleo consiste en la apología de un vicio, dicho objeto no lo es la moral pública sino aquél la salud del pueblo y de la estirpe.

El delito de provocación a cometer un delito o de apología de un delito o vicio es de peligro, general, doloso. El sujeto pasivo es la colectividad social representada por el Estado. Para Carrancá (4) en este delito no es configurable la tentativa. Se consuma por la ejecución de los hechos en que consistan la provocación o la apología mismas.

Por el contrario para González de la Vega (5) - si puede existir la tentativa ya que la sanción aplicable en caso de que el delito a que se provoca no sea cometido, es baja por su mero carácter preventivo y a pesar de este carácter admite la tentativa por su posible naturaleza plurisubsistente.

Si sucediera lo contrario, ~~si sucediera lo contrario~~, o sea que el delito llegara a cometerse o bien se adoptara el vicio será el provocador castigado -- por las reglas de participación en el delito cometido siendo el agente autor intelectual del delito que resulte, por inducir a cometerlo.

(4) Carrancá y Trujillo Raúl. Opus citado. pág. 422.

(5) González de la Vega, René. "Comentarios al Código Penal" Edit. Cárdenas. la. edición, pág. 289, 290. México, 1975.

CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

1.- Código Penal de 1871:

El delito que nos ocupa se encuentra enunciado dentro del Título Sexto referente a "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres". Capítulo VII, artículo 839(¶):

Provocación de un delito. Apología de este o de algún vicio:

El que, por alguno de los medios de que habla el artículo 644 (la injuria, la difamación y la calumniason punibles, sea cual fure el medio que se emplee para cometer esos delitos, como la palabra, la escritura manuscrita o impresa, los telegramas, el grabado, la litografía, la fotografía, dibujo o pintura, la escultura - las representaciones dramáticas y las señas) provocare públicamente a cometer un delito; será castigado con arresto mayor y multa de 2a. clase si el delito no se ejecutare. En caso contrario, será castigado como autor, con arreglo a la fracción III del artículo 49 - (Son responsables de los delitos como autores: los que con carteles dirigidos al pueblo o nacienuo circular - entre este manuscritos o impresos, o por medio de discursos en público estimulan a la multitud a cometer un-

(¶) Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Imprenta del gobierno en Palacio, México 1871. Págs. 209, 164, 21, 163, 38 y 40

delito determinado; si este llega a ejecutarse, aunque solo se designen genéricamente las víctimas).

Artículo 840.- Se tendrán como cometidos en público los delitos de que hablan los dos artículos anteriores, en los casos de las fracciones I y II del artículo 657 (Se tendrán como públicos la injuria, la difamación y la calumnia extrajudicial, Fr. I cuando consistan en palabras proferidas ante dos o más personas en lugar público, o ante una reunión de seis o mas personas, o repetidas a este mismo número individualmente; fr. II cuando consistan en señas ejecutadas en público o ante seis o más personas).

Aclaración de penas: Cuando dice arresto mayor se refiere a lo siguiente según el artículo 124 del mismo código: de uno a once meses; y cuando por la acumulación de dos penas exceda de ese tiempo, se convertirá en prisión.

Multa de segunda clase: artículo 112,- De 16 pesos a mil pesos.

2.- Código Penal de Chihuahua 1897.- (2)

Título VI, Libro III. Artículo 789.-

Provocación a un delito, apología de éste o de algún vicio.- "El que por alguno de los medios de que habla el artículo 614 (El cual reproduce el artículo 644 del Código de 1871, anteriormente citado) provocare públicamente a cometer un delito será castigado con arresto mayor y multa de segunda clase, si el delito no se ejecutase. En caso contrario, será castigado como autor con arreglo a la fracción III del artículo 50 (El cual reproduce el artículo 49 del código de 1871, ya citado).

Artículo 790.- "El que públicamente defienda un vicio o un delito graves como ilícitos o haga la apología de ellos o de sus autores, será castigado con arresto mayor y multa de segunda clase".

Artículo 791.- Se tendrán como cometidos en público los delitos de que hablan los dos artículos anteriores en los casos de las fracciones I y II del artículo 626 (Este artículo reproduce el artículo 657 del anterior Código de 1871).

En cuanto a las penas la prisión viene a ser la misma ya que va de uno a once meses, en lo que si varía es la multa ya que es de 16 a 500 pesos.

(2) Código Penal y de Procedimientos Penales del Edo. de Chihuahua. 1a. edición oficial. Chihuahua 1897.
Págs. 152, 123, 18, 153, 125, 33, 31.

3.- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz- Llave 1927.- (9)

Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres: Artículo 808.- "El que por alguno de los medios de que habla el artículo 622 (reproduce los medios anteriormente citados) provocare públicamente a cometer un delito, será castigado con arresto mayor y multa de segunda clase, si el delito no se ejecutare. En caso contrario será castigado como autor con arreglo a la fracción III del artículo 50 (ya citado).

Artículo 809.- "El que públicamente defienda un vicio o un delito grave, como ilícito, o haga la apología de ellos o de sus autores, será castigado con arresto mayor y multa de segunda clase. "

Artículo 810.- "Se tendrán como cometidos en público los delitos de que hablan los dos artículos anteriores en los casos de las fracciones I y II del artículo 635 (En cuanto a las penas vienen a ser las mismas de los códigos anteriormente citados.).

(9) Código Penal y de Procedimientos Penales Vigente en el Estado de Veracruz- Llave. Impreso por Manuel León Sánchez. Veracruz 1927 1a. edición Págs. 152, 123, 125, 20, 32 y 34.

4.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929.- (12)

Delitos contra la moral pública:

Artículo 557.- "Al que provoque públicamente a cometer un delito se le aplicará arresto por más de seis meses y multa de 20 a 40 días de utilidad, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción correspondiente como autor o cómplice.

Artículo 558.- "El que públicamente defienda un vicio de los sancionados por este código o un delito no político, pagará una multa de diez a veinte días de utilidad. En caso de reincidencia se aplicará arresto hasta por un año, a juicio del juez."

Artículo 559.- "Se tendrán como cometidos en público los delitos de que hablan los dos artículos anteriores en los casos del artículo 1048." (Se tendrán como públicas la injuria, la difamación y la calumnia extrajudicial: I.- Cuando consistan en palabras proferidas ante dos o más personas en lugar público, o ante seis o más personas simultánea o sucesivamente. II.- Cuando consistan en señas ejecutadas en público o ante seis o más personas. III.- Cuando se hagan por medio de escritos, imágenes, figuras que se vendan o expongan al público o se muestren a seis personas o más simultánea o sucesi-

vamente. IV.- Cuando se hagan en una representación -
teatral. V.- Cuando se hagan por medio de la radiotele-
grafía, o telefonía o por medio del fonógrafo siempre -
que éstos funciones en público o por medio de discos o-
cintas que se distribuyan en público.

(10) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios
Federales. Talleres Gráficos de la Nación, Secretaría
de Gobernación. México 1929. Págs. 133, 227 y 228.

5.- Código Penal para el Distrito Federal de 1931.-
Delitos contra la moral pública y las buenas -
costumbres:

Artículo 209.-Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio:

"al que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.(11)

(11)Código Penal para el Distrito Federal.Edit.Porrúa, trigésimo quinta edición.México,1982.pág.68.

EXAMEN EN LOS CODIGOS DE LA REPUBLICA MEXICANA DEL
TIPO LEGAL EN ESTUDIO:

10.- Los siguientes son los Estados de la República -
Mexicana que reproducen idéntico el artículo -
209 del Código Penal del Distrito Federal:

- 1.- AGUASCALIENTES; artículo 189.
- 2.- CAMPECHE artículo 184.
- 3.- COLIMA artículo 181.
- 4.- COAHUILA artículo 189.
- 5.- DURANGO artículo 198.
- 6.- MORELOS artículo 189.
- 7.- TLAXCALA artículo 179.
- 8.- SINALOA artículo 180.

20.- Estados en los que encontramos alguna variante -
en cuanto a la multa o la prisión aplicables:

1.- OAXACA: varía la multa de 10 a 50 pesos, en

lo demás reproduce el del D.F. el artículo es el

357.

2.- GUANAJUATO artículo 162 la multa es de 50 a
500 pesos, en lo demás reproduce el del D.F.

3.- SONORA: artículo 173, la multa es de 5 a -
500 pesos, lo demás es igual al del D.F.

4.- TABASCO: artículo 190 cambia la prisión -
de 16 días a 6 meses, lo demás es igual al del
D.F.

30.- Estados en los que cambia tanto la prisión como la multa:

- 1.- MICHOACÁN: artículo 170.- "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio se le aplicará prisión de 6 meses a 2 años y multa de 500 a 2,000 pesos, en lo demás reproduce el del D.F.
- 2.- NAYARIT: artículo 171 cambia la prisión de un mes a un año y multa de 10 a 100 pesos.
- 3.- TABASCO: artículo 211 dice "se le aplicará prisión hasta de 6 meses y multa hasta de 50 pesos.
- 4.- VERACRUZ: artículo 153 la prisión es de 3 días a un año y multa de 10 a 500 pesos.

(13) Códigos Penal y de Procedimientos Penales. Edit.

Manuel Cajica, Jr., correspondiente a los Estados de: Aguascalientes (1964) pág. 66; Campeche (1964) pág. 67; Colima (1964) pág. 67; Coahuila (1962) pág. 79; Chiapas (1968) pág. 151; Durango (1964) pág. 68; Morelos (1971) pág. 73; Sonora (1955) pág. 52; Sinaloa (1955) pág. 66; Tamaulipas (1961) pág. 62; Tlaxcala (1957) pág. 64 y 65; Tabasco (1948) pág. 75; Zacatecas (1967) pág. 80. Todos estos códigos son de Editorial M. Cajica, Jr. Puebla, Puebla.

(14) Código Penal para el Estado de Guanajuato anexo al número 12 del Periódico Oficial del Gobierno del Estado correspondiente al día 9 de agosto de 1956, pág. 40.

Código Penal para el Estado de Michoacán edición oficial, Morelia, 1962. pág. 74.

Código Penal del Estado de Nayarit, ed. oficial, 1955 pág. 37.

Comentarios al Código Penal del Estado de Veracruz-Llave, por Fernando Román Lugo, Jalapa, Veracruz, 1946. pág. 96.

JAPITULO III.- ANALISIS DE ESTE DELITO ATRAVES DE LAS
LEGISLACIONES INTERNACIONALES.

Las siguientes legislaciones corresponden a América-
Central y América del Sur:

ARGENTINA.- Código Penal. Delitos contra el orden
público, artículo 209.- El que públicamente instigare a-
cometer un delito determinado contra una persona o Ins-
titución, será reprimido, por la sola instigación, con-
prisión de un mes a cuatro años, según la gravedad del-
delito y las demás circunstancias establecidas en el -
artículo 41 - - -Se tendrán en cuenta: lo.- La natura-
leza de la acción y de los medios empleados para ejecu-
tarla y la extensión del daño y del peligro causados;
2o.- La edad, educación, costumbres y conducta preceden-
te del sujeto, la calidad de los motivos que lo deter-
minaron a delinquir, especialmente la miseria o la difi-
cultad de ganarse el sustento propio necesario y el de -
los suyos, la participación que haya tomado en el hecho,
las reincidencias y los demás antecedentes personales -
y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión -
que demuestren mayor o menor peligrosidad.

BOLIVIA.- Código Penal. De los que impiden la ejecución
de leyes o provocan a desobedecerlas:

Artículo 220.- El que de palabra o por escrito provo-
care con sátiras o invectivas a desobedecer alguna ley-

o al gobierno u otra autoridad pública sufrirá - un arresto de 15 días a 2 meses o una multa de 8 a 30 pesos con privación de empleados, sueldos y honores al funcionario público que cometiere este delito ejerciendo las funciones de su ministerio.

COLOMBIA.- Código Penal- Instigación a delinquir y apología del delito:

Artículo 209.- El que de manera pública y directa incite a otro u otros a cometer un delito determinado, incurrirá en arresto de 2 meses a un año y en multa de 50 a mil pesos, siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad u otra disposición.

Artículo 210.- El que de manera pública y directa haga la apología de un delito o género de delitos incurrirá en arresto de 1 a 6 meses y multa de 20 a 500 pesos.

Artículo 211.- El que proponga a otro la comisión de un delito incurrirá en arresto de 1 mes a tres años. En la misma acción incurrirá el que aceptare la propuesta.

Artículo 213.- Para grauar la pena en los casos previstos por los artículos anteriores se tendrá en cuenta la gravedad del delito que se proponga-

o aplauda.

CUBA.- Código de Defensa Social.- Instigación a delinquir:

Artículo 216.- El que con el propósito de alterar el orden público instigare públicamente a que se cometa un delito determinado; incurrirá en una sanción de privación de libertad de 6 meses y un día a 6 años.

Los tribunales al adecuar la sanción tendrán en cuenta la naturaleza del delito que se instigue.

ECUADOR: Código Penal- De la apología del delito:

Artículo 363.- Será reprimido con multa de 50 a 500 sucres el que hiciera públicamente y por cualquier medio la apología del delito, o de un condenado por delito, por razón del acto realizado. La misma pena se aplicará al que haga la apología del suicidio.

PANAMA: Código Penal- De la instigación para cometer un delito:

Artículo 210.- El que incite públicamente a alguien a cometer una infracción de la ley, incurrirá por el sólo hecho de la incitación, en la pena de prisión por 1 a 20 meses.

Artículo 211.- Será castigado con prisión de 10 días a 6 meses y multa de 5 a 100 balboas, el --

que públicamente haga la apología de un hecho punible legalmente, lo incite a la desobediencia de las leyes, o al odio de unas clases contra otras, de manera que se amenace la tranquilidad pública.

VENEZUELA: Código Penal-De la instigación a delinquir:

Artículo 284.- Cualquiera que instigare públicamente a otro a cometer una infracción determinada, - por el solo hecho de la instigación será castigado:

1o.- Si se trata de un delito para el cual se ha establecido pena de presidio, con prisión de 10 a 30 meses;

2o.- Si se trata de un delito cuya pena sea de prisión de 3 a 12 meses;

3o.- En todos los demás casos, con multa de 50- a 1000 bolívares, según la entidad del hecho instigado.

Artículo 285.- Quié públicamente excitare a la desobediencia de las leyes o al odio de unos habitantes contra otros o hiciere la apología de un hecho que la ley prevee como delito, de modo que se ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de 45 días a seis meses.

(15) Jiménez de Asúa, Luis. "Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de legislación comparada. Edt. Andrés Bello. Caracas, 1946. Págs. 451, 426, 514, 710, 90, 1253, 307, 841, 842.

EUROPA:

ESPAÑA: Código Penal.-

Artículo 268.- La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en este título y la de sus culpables, será castigada con la pena de prisión menor.

Artículo 268 bis.- Cuando en la comisión de los delitos colectivos comprendidos en el presente título no aparecieren los jefes promotores, organizadores o directores y no haya precepto especial que atribuya esa condición se reputaran por tales, en cada caso, el más caracterizado entre los enjuiciados, y en igualdad de condiciones el de más edad.

La caracterización a que alude el párrafo anterior se refiere a los que ejercieren acto de dirección o representación y, en su defecto, a la condición, conducta y antecedentes, a juicio de los tribunales, en relación con la naturaleza y circunstancias del hecho. (16)

(16) Decreto de 23 de diciembre de 1944 promulgando el Código Penal de 1944. 2a. edición. 1958. José M. Bosh editor. Barcelona. Pág 112.

ITALIA: Código Penal.-

Artículo 272.- Propaganda y apología subversiva o antinacional: Habla de los que por medio de propaganda hacen la apología para una instauración violenta de una aristadura, o bien por la supresión violenta de una clase social o porque se suprima el orden económico y social que constituyen al Estado. O por el que trate de destruir el ordenamiento jurídico y político de la sociedad, se le aplicará prisión de 1 a 5 años.

Artículo 302.- Instigación a que se cometa algún delito de los previstos en los capítulos 1o. y 2o.- del presente título.- Al que instiga a otro a que se cometa un delito no culposo previsto en los capítulos primero y segundo del presente título- (Este se refiere a los delitos contra la paz interna y externa del Estado) se le aplicarán pena de muerte o reclusión definitiva si la instigación se hace en público y el delito no llega a cometerse la pena será de uno a ocho años.

Artículo 303.- Instigación pública y apología.- Al que públicamente instiga a cometer el delito indicado en el artículo anterior se le aplicarán --

por el sólo hecho de la instigación de 3 a 12 años-
de prisión. (17)

(17) Codice Penale e di Procedura Penale e leggi complementari a curadi. F. Carnelutti, A. Crespi. Padova-Casa Editrice. Dott. A. Milani, 1978. págs. 59, 63.

CAPITULO IV.- EL ELEMENTO OBJETIVO.

A).- El elemento material:

El elemento material, a que se refiere el artículo 209 del Código Penal denominado "Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio", consiste en un hecho, en cuyo contenido se manifiesta la existencia de una conducta, un resultado posterior y una relación causal entre ambos.

B).- La conducta:

La conducta consiste en provocar públicamente a cometer un delito o hacer la apología de este o de algún vicio. Por lo que este elemento contiene dos requisitos:

- 1.- Una voluntad;
- 2.- Un hacer.

En otros términos, para la configuración de dicho elemento se necesita quererprovocar en público a cometer un delito o hacer propaganda de éste o de algún vicio.

C).- El resultado:

El segundo punto del elemento objetivo es el resultado. De una manera amplia, podemos decir que el resultado es la consecuencia de la conducta.

Antolisei expresa al respecto: El resultado es el-

efecto natural de la acción "relevante" para el -
derecho penal. En cuanto es efecto natural de la -
acción, el resultado es necesariamente una modi-
ficación del mundo exterior.(18)

Criticando tal concepto algunos autores obje-
tan que hay delitos que tienen por resultado una
modificación del mundo "interior", haciendo alu-
sión a los delitos de injuria, calumnia y difa-
mación. A esto responde Rocco, diciendo que cuan-
do se habla de mundo exterior se entiende no el -
exterior frente a todos y cada uno, sino exte-
rior en cuanto al agente o sujeto activo; por -
lo tanto, puede tratarse de algo interior res-
pecto al sujeto pasivo.(19)

Esta figura jurídica consigna dos situacio-
nes; un delito de mero peligro y otro de resul-
tado material.

En la primera parte del artículo 209 estable-
ce una pena de 3 días a 6 meses y multa de-
5 a 50 pesos si el delito no se ejecutare. Desde-

(18) Antolisei. "La acción y el resultado en el delito".
Traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández.
Rev. Jurídica Mexicana, 1959. pág. 139.

(19) Op. citado. páginas 139 a 142.

este punto de vista podemos considerar al delito como de mero peligro.

En la segunda parte, el legislador establece que se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido, si este llega a ejecutarse. En esta segunda hipótesis se requiere de un resultado material.

D).- Clasificación del delito en orden al elemento objetivo:

De acuerdo a este, es posible hacer una doble clasificación del delito:

- 1.- En orden a la conducta;
- 2.- En orden al resultado.

Para elaborar la primera clasificación de los delitos en orden a la conducta nos dice Porte Petit, debemos atender a la voluntad y a la actividad o inactividad, independientemente del resultado, que es una consecuencia de la conducta y que unidos forman el hecho material. (20)

Se pueden distinguir las siguientes clases:

- 1.- De acción.
- 2.- De omisión.

(20) Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntes de la Parte General". Editorial Porrúa. 5a. edición. México, 1980. pág. 371 a 378.

- 3.- De omisión mediante acción.
- 4.- Mixtos de acción y omisión.
- 5.- Sin conducta, de sospecha o de posición
- 6.- De omisión de resultado.
- 7.- Doblemente omisivos.
- 8.- Unisubsistentes y Plurisubsistentes.
- 9.- Habitual.

Analizando el delito de provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, de acuerdo con la anterior clasificación se obtienen los siguientes resultados:

I.- De acción. Es un delito que generalmente se realiza mediante una acción. La opinión de la doctrina es acorde en el punto de que la provocación a un delito o la apología puede llevarse a cabo por cualquier medio, pero, regularmente es producto de una conducta positiva.

2.- De comisión por omisión. Se considera que la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, a más de ser un delito de acción, lo es también de omisión, pero no de omisión simple sino de omisión impropia, o sea, de comisión por omisión.

La anterior aseveración, se hace en función de que de la omisión simple sólo se desprende un re-

sultado jurídico, en tanto que en los delitos de comisión por omisión es necesario además el resultado jurídico, otro de carácter material, en el caso especial el perjuicio.

Un ejemplo claro de lo expuesto sería el caso de una persona que teniendo en su poder propaganda impresa en donde se hace apología de un delito y que esta propaganda tuviera el nombre del autor, por descuido o ligereza los dejara sobre su escritorio, ocasionando con ello que algún sujeto, de mala fe, los distribuyera entre jóvenes.

3.- Unisubsistentes y plurisubsistentes. La conducta de provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio puede realizarse a través de uno o varios actos; de ahí se desprende que se trata inasistidamente de un delito unisubsistente o plurisubsistente.

20.- En orden al resultado.- La siguiente es la clasificación completa que la doctrina ha hecho en orden al resultado:

- 1.- Delito instantáneo.
- 2.- Delito instantáneo con efectos permanentes.
- 3.- Delito permanente.
- 4.- Delito necesariamente permanente.

- 5.- Delito eventualmente permanente.
- 6.- Delito alternativamente permanente.
- 7.- Delito continuado.
- 8.- Delito de simple conducta o formal y de resultado o material.
- 9.- Delito de lesión y de peligro.

Aplicando esta clasificación al tipo legal en estudio sobre la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio podemos señalar lo siguiente:

1.- Delito instantáneo. Se trata de un delito instantáneo porque la actividad del sujeto en cuanto es materia de incriminación se agota con la provocación o apología de un delito y el perjuicio que con ella se ocasiona. En esa forma se dice que queda incluido en el instante de la producción del perjuicio.

Los delitos de resultado instantáneo expone -
Maggiore se pueden simbolizar en un punto, "aquel punto en que la acción se introduce en la realidad exterior, al alcanzar su meta".(21)

Ranieri los define como "aquellos cuya consumación se agota en el mismo momento en que se han-

(21) Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal". 5a. edición Edit. Temis, Bogotá, 1954. Tomo I. pág. 378.

realizado todos los elementos constitutivos".(22)

2.- Delito continuado. Es factible que la provocación de un delito y apología de este o de algún vicio pueda adquirir, en ciertos casos, el carácter de delito continuado, esto es, que fuera realizada con unidad de propósito, pluralidad de conductas provocadoras e identidad de lesión jurídica.

3.- Delito de resultado material. Al hablar del resultado, dejamos asentado que provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio puede llevarse a cabo haya o no resultado. Por tal motivo ha de afirmarse que puede tratarse de un delito de resultado.

El objeto de incriminación en este tipo de delitos es la mutación en el mundo externo, conectada causalmente a una conducta humana.

Los delitos de mera conducta o formales, quedan perfeccionados con la realización de una actividad o inactividad descrita en el tipo. Naturalmente éstos también tienen un resultado, como todos los delitos, pero un resultado de carácter jurídico, o sea, la violación de la norma penal. Como ya dejamos asentado, en la primera parte del

tipo del delito que estudiamos, este puede ser -- también, de mero peligro.

4.- Delito de lesión y no de peligro. Observa Manzini que "son delitos de lesión aquellos -- que como elemento consitutivo o como condición de punibilidad exigen que el hecho produzca una modificación en el mundo exterior directamente lesiva del bien jurídico protegido por la ley mediante la incriminación ".(23)

En la figura delictiva estudiada, puede generarse la lesión del bien protegido, a través del - perjuicio, pero también puede colocarse en peligro dicho bien.

E).- AUSENCIA DE LA CONDUCTA:

En los párrafos anteriores hemos estudiado el - primer elemento del delito en su aspecto positivo - o sea la acción o conducta. Ahora lo analizaremos - en su aspecto negativo.

Se puede hablar de ausencia de conducta cuando en la actividad o inactividad falta la voluntad.

"En general, puede decirse que toda conducta - que no sea voluntaria--en el sentido de espontánea--

(23) Manzini. "Tratado de Derecho Penal". Editorial Ediar. Buenos Aires, 1948. Tomo II. pág. 84.

y motivada, supone ausencia de acto humano".(24)

La doctrina nos señala como casos, en que es innegable la ausencia de conducta los siguientes:

- 1.- Fuerza física irresistible o vis-absoluta.
- 2.- Fuerza mayor.
- 3.- Movimientos reflejos.

Existen otros casos, sobre los cuales la doctrina no se ha puesto de acuerdo, y continúa estudiando su naturaleza. Entre otros se pueden citar los siguientes: el sonambulismo, el sueño, la narcosis.

No nos referiremos a ellos por existir opiniones en el sentido de que su presencia excluye, más que la conducta, la imputabilidad.

En la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio puede haber ausencia de conducta por los tres casos ya mencionados, en virtud de que la presencia de todos y cada uno de ellos trae aparejada la carencia de voluntad en la provocación.

Quien es violentado por una fuerza humana irresistible y, en tales condiciones, provoca la comisión de un delito o bien defiende un determinado

(24) Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito". 11a. edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1930. págs. 219, 220.

vicio, indudablemente que no comete delito, porque ha obrado sin voluntad.

En iguales condiciones, si un sujeto se ve obligado por una fuerza natural, o por un movimiento reflejo, imposible de controlar, a realizar la provocación o apología de un delito vicio, su conducta involuntaria jamás podrá considerarse delictiva.

CAPITULO V.- TIPO, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD:

A.- TIPO.-

Después de haber estudiado el elemento objetivo, corresponde, de acuerdo con la prelación lógica en el delito, abordar el tema correspondiente al tipo.

Jiménez de asúa entiende por tipo la abstracción concreta, trazada por el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.(25)

En el tipo pueden quedar comprendidos tanto elementos objetivos como normativos y subjetivos.

En la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, el tipo abarca desde donde dice "al que provoque públicamente" hasta el final del artículo y su contenido está formado casi en su totalidad por elementos objetivos.

B.- LA TIPICIDAD:

La tipicidad, como relación conceptual que es, sólo puede existir en atención a un tipo; es decir para poder afirmar la existencia de la tipicidad, es menester el encuadramiento o conformidad de los

(25) Jiménez de asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Edit. Losada. 4a. ed. Buenos Aires, 1903. Tomo III. Pág. 740.

elementos objetivo, subjetivo y normativo, a los mismos que requiera el tipo.

La relación conceptual se descubre en el caso de la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio cuando el hecho de provocar o hacer la apología de un delito o vicio corresponda exactamente al tipo descrito en el artículo 209-- del Código Penal.

G.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO:

Es muy importante, en el presente estudio -- hacer la clasificación del delito en orden al tipo tal y como lo hicimos en relación a la conducta y al resultado.

Así, en atención al tipo, el delito de provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio contenido en el artículo 209 es :

a) Fundamental o básico. Es fundamental o básico en su primera parte en virtud de que la -- violación a la norma no implica ni atenuación ni agravación de la penalidad" (20) o bien, porque la lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar el delito (27).

(20) Crispigni, Filippo. Diritto Penale Italiano. Milano, 1950. Vol. II. pág. 141.

(27) Jiménez, Huerta. "La tipicidad". Edit. Porrúa. Méx, 1955. pág. 97.

El artículo 209 contiene todos los elementos fundamentales del tipo de provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, por tal motivo, se le considera la base de todo el título al que pertenece.

b) autónomo e independiente. Se le considera así por tener vida propia, dentro del sistema o catálogo de delitos, toda vez que se trata de un delito fundamental.

c) De formulación libre, establece Antolisei, aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquiera actividad que produzca un determinado resultado. (28)

En el artículo 209 no se establece el medio que deba emplearse para provocar a la comisión de un delito, de ahí que pueda consumarse de cualquiera forma ya sea verbal, escrita, litografía, grabados, Televisión, radio. La conducta de provocar no requiere, por su naturaleza, ninguna forma específica de realización.

d) alternativo, con relación al objeto y no a-

(28) Antolisei. "Manuale de Diritto Penale". Parte-Generale. Milano 1955. pág.190.

la conducta. El precepto correspondiente al delito en estudio habla del que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de éste o de algún vicio. De ahí desprendemos que, desde el punto de vista del objeto, se trata de un delito alternativo.

e) Simple y no complejo.

Esta clasificación de los delitos, la elaboró Jiménez Huerta (29) atendiendo a los bienes tutelados. Aplicándola a la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio tenemos que, como este tipo sólo tutela un bien jurídico consistente en la libertad de provocar en cualquier momento y forma se le considera un delito simple y no complejo.

f) De tipo anormal.

Para concluir este punto, hablaremos de la clasificación que hace Jiménez de Asúa (30) de tipos anormales y tipos normales. Expone el autor que debe considerarse tipo anormal el que sólo es una mera descripción objetiva y, por el contrario, anor-

(29) Jiménez Huerta, Mariano. "La tipicidad". Edit. Porrúa. México, 1955. págs. 103 a 108.

(30) Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Editorial Losada. 4a. ed. Buenos Aires, 1963. Tomo III. págs. 799, 800, 801.

mal, si el tipo incluye elementos subjetivos, normativos o ambos. Esta clasificación ha sido objeto de muy severas críticas sin embargo, ha tenido acogida por algunos tratadistas.

De acuerdo con ella, el delito en cuestión es anormal por hacer referencia dentro de su texto a la antijuridicidad el vocablo "públicamente" como referencia de antijuridicidad especial.

Esta consideración es de gran importancia para el momento de hacer la valoración de la conducta o el hecho ya que, de acuerdo con el pensamiento de Bettiol, "en la hipótesis en la cual la antijuridicidad no es expresamente mencionada, la realización del hecho es normalmente ilícita y excepcionalmente justificada; en la hipótesis por el contrario, de particular mención de la antijuridicidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito" (31).

Las peculiaridades del artículo 209 son las siguientes:

- a) Debe hacerse la provocación en público;
- b) No existe una calidad específica para-

(31) Bettiol. "Diritto Penale" Parte Generale. Palermo, 1945. págs. 194, 195.

el sujeto activo y

c) No existe un objeto material específico ya que la provocación o apología de un delito o vicio puede ser de cualquiera naturaleza.

D) ELEMENTOS DEL TIPO:

Existen elementos que son comunes a todos los tipos, ellos son: sujetos activo y pasivo, conducta y objetos, material y jurídico; otros en cambio, sólo son requeridos por algunos tipos. De esta clase resultan ser: los medios de ejecución, referencias espaciales, referencias temporales, referencias a elementos subjetivos del injusto, referencias a elementos normativos y referencias de otra índole.

Basándonos en lo expuesto, iniciaremos el estudio de la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio:

a) Sujetos. Al estudiar los sujetos en este delito, vamos, en primer término, a referirnos a la calidad del sujeto activo y pasivo, a efecto de determinar si se trata de un delito común, indiferente o especial, o de uno propio o exclusivo correlación al sujeto activo; y si, de acuerdo con el pasivo, se configura un delito personal o impersonal.

En segundo lugar, nos referiremos al estudio del sujeto activo en cuanto a su número, para precisar si estamos frente a un delito unilateral o monosubjetivo o plurisubjetivo o colectivo.

En el tipo básico de la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, el sujeto activo es propio, puede serlo cualquiera, no se requiere ninguna calidad especial en él en cuanto al tipo legal en estudio.

El tipo no es complementado es también propio, especial o exclusivo, al no requerir necesariamente que el sujeto tenga determinadas cualidades.

El sujeto pasivo en este delito es la sociedad en su totalidad representada por el Estado. Por tanto, se trata de un delito impersonal.

Para concluir con el tema de los sujetos hay que agregar que, en el tipo legal descrito en el artículo 209 puede ser monosubjetivo, plurisubjetivo o colectivo, ya que el delito de provocación de un delito o apología de éste o de algún vicio puede ser realizado por una persona, por varias o por toda una colectividad.

b).- Conducta o hecho relativo al elemento objetivo quedó asentado ya, en el capítulo -

precedente.

c).- Objetos. Al lado del objeto jurídico o bien tutelado, está presente el objeto material u objeto del delito.

Existe el objeto del delito (objeto material),- según pensamiento de Gramatica, toda vez que la actividad física del sujeto activo del delito recaiga "materialmente" sobre el hombre o sobre la cosa, es decir, sobre un destinatario de la ofensa.(32)

El objeto material del delito, o sea el "corpus-delicti", debe ser estudiado en cada delito en particular. En el delito de provocación o apología de un delito o vicio, el objeto material es el medio por el cual se lleva a cabo la provocación o apología, ya sea verbal, escrita o visual.

a) Medios de ejecución. Respecto a este punto de vista véase lo referente al capítulo anterior.

e) Referencias espaciales. En el título octavo de nuestro ordenamiento penal, tenemos en cuanto al lugar en que debe nacerse la provocación o apología de un delito o vicio debe ser necesariamente en público.

(32) Gramatica. "segreto e la sua tutela penale". Ed. La Toga. Napoli, 1935. pág. 39.

Manzini (33) expone con acierto que el lugar, - en donde se lleva a cabo la provocación o apología no necesariamente tiene que ser aquel en donde se encuentra el receptor, pues con los medios modernos, tales como la televisión, telefotografía, etc, se pueden emitir mensajes a muy grandes distancias.

f) Referencias temporales. Respecto a esta clase de elementos, nada se dispone en el artículo - que regula la provocación, o sea que el tiempo es irrelevante.

g) Referencias a elementos normativos. En cuanto a esta clase de elementos en la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio como ya indicamos existe el término "públicamente" como - expresión normativa especial, ya que si la provocación es en privado no enjustrá la hipótesis en el tipo.

E) ATIPICIDAD:

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad. Las causas de atipicidad estarán en relación con el contenido del tipo legal.

Como en el caso especial, el análisis debe ha-

(33)Manzini citado por Gramatica, Op. citado. pág. 27.

cerse respecto de un delito fundamental como es el artículo 209, la atipicidad existirá cuando el hecho realizado por el sujeto no se efectúe en público.

Puede presentarse también en este delito la atipicidad por falta de objeto material, originándose en tal caso un delito imposible.

Para la realización del delito en análisis, se requiere se efectúe públicamente; por tal causa como apuntamos anteriormente habrá atipicidad por falta de este elemento.

No habrá atipicidad por falta de referencias temporales o por falta de elementos subjetivos - porque el tipo no los contiene.

En cuanto al consentimiento tampoco habrá atipicidad por falta de éste ya que como mencionamos anteriormente es intrascendente.

CAPITULO VI.- LA ANTIJURIDICIDAD:

"Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia, como delictiva, es necesario que sea anti-jurídica".(34)

La antijuridicidad, por tanto, viene a ser un elemento más del delito.

Porte Petit afirma que para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: positiva una adecuación al tipo--y negativa otra-- que no esté amparada por una causa de licitud o de justificación como también se les conoce.(35)

No siempre una conducta típica, aparentemente-violatoria de una norma penal, debe considerarse -antijurídica.

De acuerdo con Petrocelli, "la no conformidad al derecho antijuridicidad de una acción deberá ser fijada valorando el carácter y los fines de la acción misma en relación a la dirección --

(34) Jiménez Huerta, Mariano. "La antijuridicidad", Imprenta Universitaria. México, 1952. pág. 10.

(35) Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal". Edit. Porrúa. 5a. edición. México, 1980. pág. 482.

general del ordenamiento el cual resulta del -- conjunto de sus normas armónicamente consideradas y del espíritu que lo anima".

"Un hecho--expone el mismo autor--se dice antijurídico o jurídicamente ilícito, cuando es contrario a derecho. Este calificativo de contrariedad se llama antijuridicidad o ilicitud-jurídica y expone precisamente la relación de contradicción entre un hecho y el derecho. (36)

Considerando la valoración que de la conducta típica se debe hacer para declararla o no antijurídica, Jiménez Huerta expresa que la "antijuridicidad no es un concepto que se agota pasando la vista por los artículos que los códigos penales dedican a las eximentes de responsabilidad es un concepto sustancial de hondura profunda que sólo puede ser captado adentrándonos hasta las últimas raíces que fundamentan el orden jurídico". (37)

En el caso especial que nos ocupa, se considerará antijurídica la provocación de un delito-

(36) Petrocelli. "L'Antigiuridicità". Padova, 1947. Parte I. pág. 1.

(37) Jiménez Huerta, Mariano. "La antijuridicidad". Imprenta Universitaria. México, 1952. pág. 121.

y apología de éste o de algún vicio en el caso de -
que se lleve a cabo públicamente.

B.- CAUSAS DE LICITUD O JUSTIFICACION:

Todo delito implica lesión a los intereses protegidos por el Derecho Penal; pero no toda conducta, que lesiona dichos intereses, es delictiva. Hay circunstancias o causas cuya presencia hace que una conducta desde su nacimiento sea lícita, aun siendo típica y lesiva de intereses jurídicamente protegidos.

Estas circunstancias o causas, las llama la -
doctrina causas de justificación o de lícitud.

Estamos en presencia de una causa de lícitud, (38)
cuando la conducta o el hecho, siendo típicos, están rodeados de circunstancias previstas o fundadas en normas jurídicas, que les dan carácter lícito.

Para Porte Petit, existe una causa de lícitud, cuando la conducta o hecho, siendo típicos, son permitidos o facultados por la ley. (39)

(38) Hablamos de lícitud y no de justificación, porque nuestro criterio está acorde con los penalistas que consideran impropio referirse a causas de justificación, cuando en realidad la conducta no se está justificando, sino que es lícita desde su nacimiento.

(39) Porte Petit. "Apuntes de la parte general" apuntes encuadrados. Facultad de Derecho. México.

Las causas de licitud, casi en forma unánime, - las clasifica la doctrina atendiendo al interés, - ya que la "lesión de intereses representa el contenido de todo injusto".(40)

El injusto se excluye o por ausencia de interés o por la presencia de un interés preponderante.

Jiménez Huerta considera que "resulta imposible pensar en la existencia de causas impositivas del nacimiento de la antijuricidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el del interés socialmente preponderante"(41)

La ausencia de interés se origina cuando, quien puede disponer del bien jurídico protegido en la norma, otorga su consentimiento en forma expresa o presunta, para que se realice la conducta o hecho que de otra manera constituiría delito.

El consentimiento "supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico".(42)

(40) Mezger, Edmund. "Tratado de Derecho Penal". Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Tomo I, pág. 409.

(41) Jiménez Huerta, Mariano. Op. citado pág. 118.

(42) Jiménez Huerta, Mariano. Op. citado pág. 118.

En el delito de la provocación a un delito y -
apología de éste o de algún vicio, el que no se -
realice en público no opera como causa de licitud,
sino como causa de atipicidad, atente la circunstan-
cia de estar citado en el artículo correspondiente
como parte del tipo. En mérito a ello, no se hará
ya ninguna referencia al mismo en este apartado.

El interés preponderante se produce, de acuer-
do con la tesis sostenida por Mezger, cuando fren-
te al interés lesionado por la realización típica,
aparece en el caso concreto un interés de más va-
lor que desplaza al primero. Dentro de esta hipóte-
sis caben todas las causas de licitud, considera-
das en doctrina, con excepción del consentimiento. (43)

Nuestro estudio a este respecto, sólo conside-
raría aquellas causas que eliminan el carácter de-
injusto en la provocación de un delito y apología-
de éste o de algún vicio.

Dichas causas podrían ser solamente:

- a).- Legítima Defensa.
- b).- Estado de necesidad.
- c).- Cumplimiento de un deber.
- d).- Ejercicio de un derecho.

(43) Mezger, Edmund. Op. citaco tomo I, pág. 114.

a.-LEGÍTIMA DEFENSA.

Todo ordenamiento penal considera dentro de sus preceptos, situaciones excepcionales en las que el hombre puede, sin transgredir los límites de la ley, defender sus intereses y los de terceros de ataques o agresiones injustas aun cuando con tal defensa lesione otros intereses jurídicamente protegidos. Tal es el caso de la causa de licitud denominada legítima defensa.

afirma Manzini que "El instituto de la legítima defensa implica una delegación hipotética y condicionada de la potestad de policía que el Estado hace preventivamente al individuo por razones de necesidad, para los casos en que no puede efectivamente prestar la protección necesaria".(44)

La legítima defensa la define Jiménez de Asúa como "la repulsa de la agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o por tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la proporcionalidad de los medios".(45)

(44)Manzini citado por Jiménez Huerta."La antijurisdicción".Imprenta Universitaria.México,1952.pág.249.

(45)Jiménez de Asúa,Luis."La ley y el delito".Edit. Sudamericana. 11a.edición.Buenos Aires,1980.pág.288.

Por nuestra parte consideramos que en el caso especial que nos ocupa no es dable la legítima defensa como una causa de licitud.

b.- ESTADO DE NECESIDAD:

Quello Galón define el estado de necesidad como "una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitado mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona".(46)

El problema aquí consiste en determinar hasta qué punto es lícito lesionar un interés para salvar otro.

El principio del interés preponderante tiene en esta justificante una importancia especial. Para que pueda darse el estado de necesidad es indispensable la coexistencia de dos intereses en oposición, ambos protegidos por el derecho pero ante la imposibilidad de subsistencia conjunta, el derecho se ve, en última instancia, obligado a autorizar la salvación de uno solo de ellos, que naturalmente será el que tenga mayor contenido axiológico.

refiriéndonos en especial al delito en estudio,

(46) Quello Galón, Eugenio. "Derecho Penal", parte general. Tomo I. 1.ª edición. edit. Bosch, Barcelona, 1971 págs. 307.

se pueden presentar casos en los cuales el que provoca o hace la apología de un delito o vicio haya sido amenazado en su persona, o en la de sus familiares cercanos o bien en sus bienes y al momento de cometer el delito haya obrado dominado por esta amenaza.

"El juicio sobre la inevitabilidad del medio empleado para salvarse del peligro, debe ser formulado, en cada caso concreto, por el juez".(47)

c.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER:

La ley puede, con un fin justo, imponer deberes cuyo cumplimiento lesiona o pone en peligro otros bienes jurídicos. Naturalmente el cumplimiento de estos deberes no puede considerarse en ningún caso antijurídico, pues, como afirma Garraud "imaginar una ley que no deba ser ejecutada, es tan absurdo como ver un delito en el ejercicio de la ley".(48)

Toda regla jurídica--indica Jiménez de Asúa-- que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinariamente protegido para el ue-

(47) Manzini citado por Jiménez Huerta "La antijuridicidad". Imprenta Universitaria. México, 1952. pág. 331.

(48) Garraud, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal". Edit. Losada, 4a. edición. Buenos Aires, 1963 Tomo IV. pág. 535.

recho, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó. (49)

"En esa causa de justificación opera una colisión de dos deberes que se resuelve en el predominio del más categórico y más digno de protección, como es el deber concretamente exigido por la ley, la función o el cargo." (50)

La doctrina es acorde al considerar una conducta como antijurídica, cuando esté justificada por el mandato de una ley o tiene un fundamento jurídico.

La mayoría de los penalistas italianos citan entre las causas de licitud las conductas realizadas con base en leyes imperativas y permisivas. (51)

De acuerdo con nuestro derecho positivo, las leyes imperativas como justificantes de conductas no son diversas en cuanto al contenido, si las comparamos con el cumplimiento de un deber. Lo mismo podemos decir de las leyes permisivas respecto del ejercicio de un derecho.

(49) Jiménez de Asúa, Luis. Op. citado pág. 535.

(50) Ripollés, Quintano. "Comentarios al Código Penal". Tomo I. pág. 138.

(51) Manzini "Tratato di Diritto Penale" Editrice Torinese. Torino, 1937. Vol. VIII. pág. 855, 836.

Enfocando concretamente el tema a la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio nosotros pensamos que no es concebible su realización como cumplimiento de un deber.

d.- EJERCICIO DE UN DERECHO:

"Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aun cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege".(52)

El Derecho en ocasiones, autoriza la realización de determinados actos que son el único medio de hacer efectivo un derecho, aun cuando al hacerlo se lesionen o se pongan en peligro intereses que el Derecho protegería en otras circunstancias.

El ejercicio de un derecho tiene siempre como límite la extensión del derecho de otro.

La extensión de esta causa de licitud no es siempre igual sino que está determinada en cada caso concreto por la naturaleza misma del derecho y la valoración que de él haga el juez.

Nuevamente debemos expresar que en el caso especial que nos ocupa no consideramos que se pueda obrar en ejercicio de un derecho.

(52) Jiménez Muerta, Mariano. Op. citado. pág. 209.

CAPÍTULO VII.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD:

1.-LA IMPUTABILIDAD, PRESUPUESTO NECESARIO DE LA CULPABILIDAD.-

Es preciso que la conducta, para ser considerada delictuosa, sea, además de típica y antijurídica, culpable. Pero antes de llevar a cabo el análisis de la culpabilidad, es necesario abordar lo - que constituye su presupuesto indispensable: la imputabilidad.

Si, como sostiene Porte Petit, "ésta viene a ser el nexo psíquico que une el resultado con el autor, es evidente que el autor para actuar como causa psíquica de la conducta ha de gozar de la facultad de querer y conocer, pues sólo queriendo y conociendo será susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo". (53)

La imputabilidad es la capacidad normal de entender y de querer. Será imputable--dice Carrancá y Trujillo--"todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una con-

ducta que responde a las exigencias en sociedad-
humana". (54)

Para poder exigirle a un sujeto responsabi-
lidad por sus propias conductas o hechos, es neces-
ario que éste se encuentre dotado de salud y desarro-
llo mental al tiempo de la ejecución del hecho.

Con frecuencia suelen confundirse los concep-
tos de imputabilidad y responsabilidad, y para evi-
tarlo hay que dejar establecido el contenido concep-
tual de responsabilidad, para así poder continuar-
con claridad nuestro tema.

La responsabilidad no es sino el deber jurídico
del sujeto imputable frente a la sociedad. Deber-
surgido del de la realización de un hecho antija-
rídico merecedor de pena.

Al igual que la mayoría de las legislaciones, -
la nuestra no define ni reglamenta directamente la
imputabilidad pero, sin embargo, se desprende a -
contrario sensu de la disposición correspondiente
a las causas de inimputabilidad.

El artículo 15, en su fracción II, con bastan-
te desacierto consigna la causa de inimputabi-
lidad. Dicha fracción se encuentra complementada -

(54) Jarrancá y Trujillo Raúl. "Derecho Penal Mexica-
no". Parte general. Edit. Porrúa, 1^{ra}. edición. México, 1977.
pág. 309.

por los artículos 67 a 69.

De la lectura de estos artículos se desprende que el imputable para ser sometido al procedimiento penal común debe ser mayor de 18 años, tener capacidad psíquica normal, a más de conciencia y libertad para decidir los propios actos.

El código Penal mexicano, como ya lo apuntamos, contiene graves errores en la reglamentación de este punto. Entre otros podemos citar el no incluir dentro de los casos de inimputabilidad el padecimiento de una enfermedad mental permanente y sólo hacer referencia al trastorno mental involuntario de carácter transitorio. Con lo que se coloca en la situación de aceptar "la existencia de delitos sin culpabilidad (55) ya que en los artículos 67 a 69 reglamenta como pena de reclusión de enfermos mentales y sordomudos en establecimientos especiales, cuando contravengan los preceptos por la ley penal.

Por lo que respecta a los menores, se les considera imputables, pero se les excluye de la jurisdicción penal común y se les somete al Consejo Tutelar para menores.

En el delito que estamos estudiando el sujeto -

provocador en cada caso concreto y de acuerdo con la ley, deberá ser declarado imputable o inimputable, igual que se hace con todo sujeto violador de cualquier precepto penal.

2.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD:

Al llegar al estudio de la culpabilidad, habrá que hacer un análisis individualizado de la conducta o hecho delictivo; dicho de otra forma se procede a valorar y determinar si es reprochable o no la conducta o hecho perpetrado por el sujeto activo.

"En la declaración de culpabilidad--afirma Fontán Balestra--hay, indudablemente, un elemento valorativo, puesto que la culpabilidad implica el análisis de la situación subjetiva ante el hecho, que ha de ser enfrentado con la ley penal".(56)

Los han sido las teorías seguidas para determinar la naturaleza de la culpabilidad. Estas son:

- a) Teoría psicológica y
- b) Teoría normativa.

a) La Teoría psicológica es la tradicional en el campo penal y parte de la base de considerar a la

(56) Balestra, Fontán. "El elemento subjetivo del delito". edit. Depalma. Buenos Aires, 1957. pág. 15

culpabilidad tan sólo como el nexo psíquico existente entre el sujeto activo y su conducta o resultado.

Castellanos Tena entiende que los partidarios de esta teoría afirman que "la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad ya su puesta; su esencia se agota en el proceso intelectual volitivo que se desarrolla en el autor". El estudio de la culpabilidad--continúa diciéndonos--supone el análisis del psiquismo del agente con el objeto de investigar en concreto, cuál ha sido su conducta con relación al resultado objetivamente delictuoso. (57)

La tesis tradicional o clásica atribuyó todo lo subjetivo de carácter interno a la culpabilidad y de ahí partió para afirmar que la culpabilidad no podría ser otra cosa que la relación psíquica del sujeto activo con el resultado. Solamente que esta afirmación se viene abajo con los estudios posteriores realizados por los alemanes que plantean el problema, aún sin solución por los seguidores del psicologismo, de buscar en dónde está la relación psíquica en el caso de la culpa inconsciente o sin-

(57) Castellanos Tena, Fernando. "Fundamentos esenciales de Derecho Penal", 11a. edición. Edit. Porrúa. México 1977. Pág. 232, 233.

representación. Por esta razón la mayoría de los penalistas alemanes sostienen que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa.

b) Teoría Normativa: aparece en la dogmática moderna después de un largo proceso evolutivo en la materia. Frank es el primero en exponer que la culpabilidad no es tan sólo nexo psicológico, sino es además un juicio de reproche que se hace al sujeto por la realización de su conducta o hecho injusto.

Fernández Doblado al respecto opina que "para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración de un juicio de reproche de ese contenido psicológico, que no viene a ser sino el presupuesto de la misma valoración o el contenido del juicio de culpabilidad". (8)

Una conducta podrá ser reprochada a su autor-
"si las circunstancias internas y externas acompañantes de su acción delictiva demuestran que a dicho autor le era exigible otro comportamiento psíquico distinto del observado". (59).

(8) Fernández Doblado, Luis. "Culpabilidad y Error". Anales de Jurisprudencia Tomo XVIII, pág. 220.

(9) Rúnuez, Ricardo. "La culpabilidad en el Código Penal". edit. Dep. Imp. Buenos Aires, 1940. pág. 5.

De acuerdo con la tesis normativa, lo que convierte una conducta antijurídica en culpables es - tan sólo la reprochabilidad.

La naturaleza de la culpabilidad--piensa welzel- se caracteriza lo más propiamente posible a través- de la palabra-"reprochabilidad". afirma más adelante el profesor que la culpabilidad, en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad como violación de la voluntad de acción.(60)

Esta teoría, lejos de quedarse estacilizada, - ha seguido evolucionando en el pensamiento de los estudiosos del derecho.así, aparece el pensamiento del alemán Graf zu Donna, que va más allá de lo - expuesto por Frank y sus adeptos.distinguió por - primera vez, lo que debía ser la valoración en sí- o sea, la reprochabilidad y lo que realmente era el objeto de ella:voluntad de acción.

Con este adelanto se dieron bases mucho más- sólidas a la teoría normativa, acerca de la cual se han emitido toda clase de opiniones.

Jiménez de Asúa sostiene que "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la (60)welzel,"derecho penal" edit.Depalma buenosaires, 1940. parte general. pág.140.

reprochabilidad personal de la conducta jurídica".(61)

Por su parte Mezger explica: "La culpabilidad es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".(62)

Para Quello Jalón "una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada".(63)

3.- FORMAS DE CULPABILIDAD:

La doctrina tradicional ha considerado el dolo y la culpa como las únicas formas posibles de culpabilidad afirmando que hay dolo en una conducta cuando su autor encausa su voluntad hacia la ejecución de un hecho típico y antijurídico y que hay sólo culpa en aquellos casos en donde aun sin pretenderse el resultado típico y antijurídico, éste se produce porque el sujeto activo actúo sin tomar las precauciones que el caso requería, o sea, que su conducta fue imprudente o negligente.

(61) Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el Delito". 11a. edición. Edit. Suamericana. Buenos Aires, 1980. pág. 352.

(62) Mezger, Edmund. "Tratado de Derecho Penal" Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949. Tomo II pág. 1.

(63) Quello Jalón, Eugenio. "Derecho Penal". Edit. Bosch, Barcelona, 1971. 10a. edición. parte general. Tomo I pág. 403.

Como una tercera forma de culpabilidad suele considerarse, por algunos penalistas, la preterintencionalidad. Esta se presenta cuando el resultado producido va más allá de la intención delictuosa del agente.

a) DOLO.--"Puede definirse el dolo--según pensamiento de Guello Galón-- como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito".(64)

Welzel afirma que "dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo".(65)

Se han elaborado muy diversos conceptos de dolo, basándose los autores unas veces en la teoría de la voluntad y del asentimiento; otras en la de la representación. De acuerdo con esta última, tenemos el siguiente concepto proporcionalado por Meyer: La producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando-

(64) Guello Galón, Eugenio. "Derecho Penal". Edit. Bosch, Barcelona, 1971. 16a. edición. Tomo I pág. 423.

(65) Welzel. "Derecho Penal". Buenos Aires, 1956. Parte general. Edit. Depalma. pág. 74.

esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria.

Como se podrá observar, todas las definiciones -- aportadas, son en esencia coincidentes. En ellas se -- hace referencia a lo que es esencial en el dolo; sus-- dos elementos, conocimiento o elemento intelectual-- y voluntad o elemento volitivo.

En lo que existe discrepancia de opiniones es so-- bre las especies o clases de dolo, pues cada autor -- propone su propia clasificación.

Nosotros únicamente atenderemos a la siguiente:

- a.- Dolo directo;
- b.- Dolo eventual y
- c.- Dolo de consecuencia necesaria.

El dolo directo es aquel en que la voluntad del -- agente se dirige directa y conscientemente al resulta-- do delictuoso. Habrá dolo eventual cuando el sujeto -- dirija su conducta a la consecución de un fin, pero-- conociendo la posibilidad de que se presente un resul-- tado delictuoso, que aun sin desear, acepta en última instancia. El de consecuencia necesaria es aquel que-- se presenta cuando queriendo un resultado se produce otro como consecuencia fatal.

En nuestro derecho positivo podemos advertir -- que no se define el dolo, sino solamente se hace --

alusión a él en el artículo 8, al decir que "los - delitos pueden ser intencionales..."

b) CULPA. La culpa, como ya se dijo constituye - la segunda forma o especie de la culpabilidad. Si, - atendiendo a la gravedad se hace una graduación de - la culpabilidad, la culpa resulta ser el grado me- - nos grave.

Al igual que del dolo, de la culpa también se - han expuesto numerosísimos conceptos basados en -- las diversas teorías que la fundamentan.

Para Mezger "actúa culposamente, el que infrin- ge un deber cuidado que personalmente le incumbe y - puede preveer la aparición de un resultado". (66)

De acuerdo con Jiménez de Asúa, culpa "es la - producción de un resultado típicamente antijurídi- co por falta de previsión del deber de conocer, no- sólo cuando ha faltado al autor la representación-- del resultado que sobrevendría, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se produ- cen sin querer el resultado antijurídico y sin rati- ficarlo ". (67)

(66) Mezger, Edmund. "Tratado de Derecho Penal". Edit.- Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949. Tomo II, pág. 171.

(67) Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito". Edit- Sudamericana. lla. ed. Buenos Aires, 1980. pág. 371.

La culpa puede asumir dos formas o especies:

a) Culpa con representación, con previsión
o consciente.

b) Culpa sin representación, sin previsión
o inconsciente.

La primera se da cuando, previendo un resultado típico y antijurídico, se actúa con la esperanza de que éste no llegará a producirse.

La culpa sin representación se origina cuando el agente no preveé el resultado que era previsible. Cuando el resultado no previsto se considera imprevisible se está en presencia del caso fortuito que es el límite de la culpabilidad.

Welzel considera que en esta última clase de culpa falta por completo el elemento psicológico. (68)

Algunos autores no están de acuerdo con esta clasificación y opinan que es incorrecto graduar la culpa. Con todo, la doctrina moderna, en su mayoría, la acepta.

La culpa con representación tiene analogías con el dolo eventual. Sin embargo, difieren en que en la primera se actúa con la esperanza de que el

(68) Welzel. "teoría de la acción finalista". edit. Depalma, Buenos Aires. pág. 32.

resultado no llegue a producirse y en el caso eventual el resultado previsto aunque no se culere, se acepta en última instancia.

Y así, Antón Oneca expone "que es preciso considerar que la teoría alemana del dolo eventual no ha venido a ampliar el dolo a expensas del del concepto tradicional de culpa, sino a iluminar una zona de lo que siempre se ha tenido por doloso, logrando en ella mayor precisión". (69)

Nuestro ordenamiento penal no da definición alguna de culpa en el artículo 8, que es donde se trata el problema.

Sin embargo, señala en qué puede consistir lo que indebidamente denomina imprudencia (70). De acuerdo con el segundo párrafo del citado artículo se entiende por imprudencia "toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional".

c) PREFERIBILIDAD. La tercera forma de culpabilidad es de naturaleza mixta, o sea que está compuesta de dolo y culpa. Esta afirmación da -

(69) Oneca, Antón. "Derecho Penal" Madrid, 1949. T. I. pág. 202.

(70) Parte Petit Canadadap, Celestino. "I portancia de la dogmática jurídico Penal". México, 1974. pág. 59.

margen a que algunos penalistas la rechacen, aduciendo que, o existe en una conducta dolo, o sojamente culpa, puesto que una forma elimina a la otra; pero si se analizan detenidamente los casos preterintencionales, se verá que efectivamente, en principio existe dolo con relación al daño querido y culpa (consciente o inconsciente) respecto al daño causado. La preterintencionalidad es, por tanto, una suma de dos resultados, uno querido y otro no querido, previsto o no previsto.

Se desprende de lo expuesto que la misma forma de culpabilidad se puede representar de las siguientes maneras:

- a) Suma de dolo directo más culpa con representación (más grave)
- b) Suma de dolo directo más culpa sin representación (menos grave)

El código mexicano vigente, en el artículo 9, hace referencia al delito preterintencional, pero lo asimila al doloso. Esto se deduce del párrafo 2o. donde establece: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe... II.- 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; 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".

4.-LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE PROVOCACION DE UN DELITO Y APOLOGIA DE ESTE O DE ALGUN VICIO:

Todo lo ya expresado ha tenido por objeto dejar establecidos los puntos básicos que interesarán para hacer el estudio concreto de la culpabilidad en el delito que nos ocupa.

Nosotros estimamos en contraposición casi con todo lo que expresa la doctrina que la provocación o apología puede cometerse tanto dolosa como culpablemente.

El autor del delito puede provocar a la comisión de un delito o hacer la apología de éste o de algún vicio y tener además, la conciencia de que no media ninguna circunstancia justificante de su conducta. De esta manera, se llenan los requisitos que, de acuerdo con la doctrina, son necesarios al dolo directo.

Este delito también es concebible realizarlo con dolo eventual, siendo el caso del profesionalista que deja sobre su escritorio papeles en donde se hace la apología de algún delito o vicio a sabiendas de que las personas que laboran con él pueden acercarse a leerlas, él sin embargo ejecuta la provocación, aceptando en última instancia las consecuencias por ella producidas.

En cuanto a la culpa, como dijimos, también es dable en sus dos grados; como hipótesis de ello, - podríamos pensar en el profesionalista que, previendo o no previendo las consecuencias "facilita" el conocimiento de esos papeles en donde se provoca - o se hace la apología de un delito por no custodiarlos diligentemente.

Los móviles o motivos que el sujeto haya tenido para perpetrar la provocación o apología son irrelevantes. Tampoco es preciso que el provocador conozca a la perfección el delito o vicio al que está provocando; es suficiente que en el momento de la provocación sepa que se trata de un delito o vicio que estén tipificados legalmente.

5.- CAUSAS DE INOCUIDAD:

La culpabilidad es igual que los demás elementos del delito, ya estudiados, tiene su aspecto -

negativo constituido por las causas de inculpabilidad.

Jiménez de Asúa estima "que causas de inculpabilidad son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche". (71)

El inculpable es un sujeto capaz, al cual no puede reprochársele su conducta por considerar que obró mediante error, o porque las circunstancias que rodearon su conducta impidieron la realización de otra diversa.

Las causas de inculpabilidad pueden ser:

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

El error en general puede decirse que es un defecto de conocimiento. Se está en error cuando se desconoce en su totalidad la realidad o cuando se tiene un concepto equivocado de ella; o sea, cuando la concepción de las cosas no coincide con lo que realmente son.

En materia penal, el error es una causa de inculpabilidad de contenidos puramente psicológicos.

Puede hablarse, en principio, de dos grandes -

(71) Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito". IIA. ed. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1900. pág. 389.

grupos en los que suele dividirse el error:

a) Error de hecho, y

b) Error de derecho.

El error de hecho se subdivide en: esencial y accidental; abarcando este último: la aberratio iactus, la aberratio in persona y la aberratio delicti.

El único que puede anular la culpabilidad dogmáticamente es el error de hecho esencial, siempre y cuando tenga la característica de ser invencible; de no ser así, deja subsistente la culpabilidad en su forma culposa.

"Se dice que el error es invencible, cuando no deriva de culpa; de tal modo que, aún con el concurso de la debida diligencia, no hubiera podido evitarse".(72)

Antes de entrar al examen específico de las causas que motivan la inculpabilidad, con el objeto de desarrollar el tema es necesario establecer la siguiente clasificación:

La inculpabilidad se divide en:

1.- Error de hecho esencial e invencible: a) error de tipo: Error total del tipo y error sobre un ele-

(72) Gómez, Museo. "Tratado de Derecho Penal". Buenos Aires, 1939. Tomo I. pág. 244.

mento del tipo.

b) Error de licitud: Eximentes putativas.

2.- Error de derecho.

3.- No exigibilidad de otra conducta.

Como se observa en la anterior clasificación el error de hecho esencial e invencible puede ser de tipo y de licitud. El primero será: total de tipo, cuando recaiga sobre un tipo formado solamente por el elemento objetivo y, error sobre un elemento del tipo, en el caso de que este recaiga únicamente sobre un elemento esencial.

El error de licitud se traduce en las eximentes putativas las cuales se presentan cuando el sujeto cree, por error de hecho esencial e invencible, que su conducta es lícita, cuando en realidad es contraria a derecho.

El error, en estos casos, se da sobre el juicio de valoración, o sea que el sujeto estima que su conducta es lícita por estar amparado por una causa de licitud. En consecuencia, puede hablarse de tantas eximentes putativas como causas de licitud existan.

En el ámbito del derecho positivo los juristas se han planteado la interrogante de si se debe o -

no reglamentar el error de hecho esencial e invencible. Jiménez de Asúa por su parte piensa que, - siendo el error de hecho esencial e invencible el motivo más característico de inculpabilidad, carece de importancia que se le reglamente de manera expresa, ya que de cualquier forma se le deriva - de "interpretación sistemática". (73)

En este sentido la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación manifiesta que " el hecho de que no se consigne en el catálogo de las excluyentes la ausencia de culpabilidad como circunstancia que impida la incriminación, no significa que no pueda dictarse sentencia absolutoria, pues sin necesidad de crear la excepción, mediante la correcta interpretación del artículo 80. del Código Penal, puede dictarse sentencia absolutoria, partiendo del principio que del mismo se desprende y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito". (74)

En contraposición a estas ideas, Logoz afirma - que "una disposición legal sobre el error podría a-

(73) Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito". 11a. edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1980. pág. 392.

(74) Boletín de Información Judicial XI. pág. 648.

primera vista parecer superflua, al menos para -
jueces juristas, pero no todos nuestros jueces pe-
nales son juristas".(75)

Nosotros estamos de acuerdo con aquellos auto-
res que consideraran innecesaria la referencia expre-
sa del error de hecho esencial e invencible en los
ordenamientos penales, puesto que de cualquier mane-
ra todas las legislaciones lo aceptan como causa de
inculpabilidad, aun las que sólo lo desprenden dog-
máticamente de otros conceptos; se puede concluir-
lógicamente diciendo que no es necesaria ninguna -
reglamentación especial al respecto.

Además, para repetir lo que dice Logoz, pode-
mos sostener que, si bien es cierto que no todos
los jueces son juristas, no por ello vamos a acep-
tar la necesidad de hacer de los códigos penales -
verdaderos tratados de dogmática para facilitar a
los que desconocen la materia la manera de adminis-
trar justicia.

Muy por el contrario, hay que partir de la ba-
se de que los jueces deben tener amplio conoci-
miento doctrinal y por tal motivo podrán interpre-

(75)Logoz citado por Porte Petit."Programa de la Parte
general de Derecho Penal".México,1950.pág.526.

tar correctamente la ley, que en todo caso deberá ser clara, pero concreta.

b) Error de derecho.- Estimamos que quien obra a través de este error considera que su conducta o hecho no son violatorios de derecho, ya sea porque desconoce la existencia de la norma penal, ya porque tiene conocimiento inexacto de la misma. El error de derecho no está reglamentado en el derecho mexicano, pero, de acuerdo con nuestra doctrina, es básico el principio de que " la ignorancia de la ley a nadie beneficia". Sin embargo de conformidad con algunos autores, el artículo 90. en sus fracciones III y IV hace referencia a este tipo de error.

Las posturas doctrinales respecto al problema de considerar o no este error como causa de inculpadad han sido muy diversas. Así, los juristas alemanes no creen que sea de utilidad la distinción entre error de hecho y error de derecho, ya que ambos anulan el elemento intelectual.

c) No exigibilidad de otra conducta. De conformidad con la tesis que hemos seguido, la no exigibilidad de otra conducta es la segunda y última hipótesis de inculpadad.

La inexigibilidad de otra conducta sólo es -
ractivo encuadrarla dentro de la tesis normati-
va de la culpabilidad y de acuerdo con ella elimi-
na la reprochabilidad que de la conducta o hecho -
se hace al sujeto.

Cuello Calón dice: "Una conducta no puede con-
siderarse culpable cuando el agente, dadas las cir-
cunstancias de su situación, no puede exigírsele -
una conducta distinta de la observada". (76)

Mezger sostiene que la no exigibilidad de otra
conducta descansa en consideraciones que se tienen
que hacer en cada caso concreto. (77)

Nosotros dejamos asentado, en párrafos anterior-
es, que la tesis normativa fundamenta la culpabili-
dad en la exigibilidad dirigida al sujeto para que
conforme su conducta a lo establecido por las nor-
mas, es decir, no hacer cuando prohíben y hacer
cuando mandan.

Si transportamos lo expuesto al aspecto ne-
gativo se deberá aceptar que la exigibilidad pue-
de no estar motivada debido a la presencia de cir-

(76) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal" parte gene-
ral. 10a. edición. Edit. Bosch, Barcelona, 1971. Tomo II, pág. 524.

(77) Mezger, Edmund. "Tratado de Derecho Penal". edit.
Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949. Tomo II, pág. 207.

cunstancias impeditivas de la realización de una conducta distinta a la perpetrada.

"Así, frente a la fase positiva del reproche - que es la exigibilidad, aparece la fase negativa, la no exigibilidad pues se puede reprochar lo que no se puede exigir".(78).

En el juicio de reproche al que se somete el sujeto, dentro de la tesis normativa, no se excluye la relación o nexo que debe existir entre la actividad psíquica y el resultado; sólo se lleva al campo valorativo, donde tomando en cuenta todas las circunstancias que mediaron en la ejecución del hecho, se determinará si este nexo es reprochable o no.

La no exigibilidad de otra conducta--opina Sánchez Cortés--no destruye los elementos intelectual y volitivo solamente los vuelve carentes de relevancia valorativa ante la presencia del juicio superior de irreprochabilidad.

Pudiendo formular--afirma el citado autor--, que: dolo o culpa frente a motivación irreprochable igual a inculpabilidad.

(78) Sánchez Cortés. "Una eximente que se omitió en la ley" revista Criminalia. Número 1. México, 1962. págs. 49, 50.

En el código Penal actual, no se habla en especial de la no exigibilidad de otra conducta. Sin embargo, no es de afirmarse por ese motivo, como lo hacen algunos que está fuera de la ley porque nuestro Ordenamiento está afiliado a la tesis psicológica.

Tal pensamiento a todas luces es erróneo porque como expresa Jiménez de Asúa--el hecho de eximir al que obra por vis moral o al que encubre a un próximo pariente, es incompatible con la doctrina psicológica y es clara demostración de un concepto normativo de la culpa... No veo pues-- sigue diciendo el jurista--dónde pueda estar la prueba de que el Código Penal mexicano se afilió a la teoría psicológica, ni dónde reside el obstáculo para constatar dogmáticamente en México la concepción normativa de la culpabilidad". (9)

6.- INCULPABILIDAD EN LA PROVOCACION DE UN DELITO Y APOLOGIA DE ESTE O DE ALGUN VICIO:

Para finalizar este punto nos queda el hacer referencia de todo lo anterior al delito que nos ocupa. Es fácil que el error de hecho esencial e

(79) Jiménez de Asúa, Luis. citado por Sánchez Cortés, Op. citado pág. 52

invencible en sus dos especies pueda presentarse como causa de inculpabilidad en la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio.

Respecto al error de tipo es sólo posible en su segunda hipótesis, o sea, sobre uno de los elementos esenciales de lo tipificado por el legislador como--provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, supuesto que se trata de un tipo compuesto, además del elemento objetivo, de otros elementos. Todos ellos de tal manera importantes que el error sobre cualquiera, pongamos por ejemplo, el que la provocación o apología no se hicieran en público o bien se hicieran sobre algo - que la ley no considerara como delito, ocasionaría esto sin duda un caso de inculpabilidad por error de hecho esencial e invencible sobre un elemento esencial del delito en cuestión.

El error de licitud también puede presentarse tratándose de este delito, ya que por falsa apreciación de la realidad el sujeto puede creer amparada su conducta provocadora por alguna de las causas de licitud, señaladas en el capítulo anterior.

En cuanto a la no exigibilidad de otra conducta,

por ser una causa general y supralegal de incapabilidad surgida a la vía penal para resolver con justicia los casos prácticos que se presentan día a día es aplicable a cualquier tipo delictivo.

Así por ejemplo no sería justo que se le reprochase a un profesional la provocación o apología que de un delito o vicio éste hiciera al ver su persona o la de sus familiares amenazada o bien sus bienes ya que hay que tener en consideración que a nadie se le puede imponer la realización de conductas heroicas.

CAPÍTULO VIII.-

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:

1.-LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD EN - LA DOCTRINA.

Con el fin de determinar la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad han surgido en el Derecho Penal dos corrientes. Una que les da el tratamiento de partes integrantes del delito, o sea, de elementos necesarios sin los cuales no se integra la figura. La otra, que sostiene precisamente lo contrario, les atribuye el carácter de condiciones ajenas al delito, relevantes sólo para la actualización de la pena. Esta postura es la más acogida por la doctrina tanto europea como americana.

Von Liszt indica que son "circunstancias extrañas, independientes del acto punible mismo, y que se añaden a él". (80)

Para Mezger son "circunstancias exteriores-especialmente previstas por la ley, que conforme a su naturaleza propia yacen fuera de la culpabilidad del agente". (81)

(80) Von Liszt, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de la 2a. edición alemana por Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 1927. Tomo II. pág. 445.

(81) Mezger, Edmund. "Tratado de Derecho Penal". Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. pág. 369.

Este mismo sentido orienta en su mayoría el pensamiento alemán.

En cuanto a la doctrina italiana, Pannain manifiesta: "Las condiciones de punibilidad son elementos esenciales porque, cuando se requieren, sin ellas no hay punibilidad, y, por lo tanto, no hay delito; sin embargo, no son elementos constitutivos porque no intervienen en la construcción de la figura criminosa: su función es la de acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital. Así como los varios órganos son esenciales para la existencia de un individuo, el oxígeno que debe respirar, es esencial para su vida, pero no es un órgano". (82)

En el campo penal mexicano podemos citar la acertada opinión de Villalobos. Entiende el jurista mexicano que si las condiciones de punibilidad no son comunes a todos los delitos, no pueden tener el carácter de esencial, a la figura delictiva, que se les pretende atribuir. (83)

Las razones contenidas en los diversos criterios expuestos nos parecen suficientes para poder

(82) Pannain. "Manuale di Diritto Penale". Torino, 1950. Tomo I, pág. 274.

(83) Villalobos, Ignacio. "Manual de Derecho Penal". Parte general. 3a. edición. Edit. Porrúa. México, 1975. págs. 334, 335.

afirmar que la postura contraria--sostenida por -
Florian, entre otras-- consistente en incluir los
elementos del delito a las condiciones de punibi-
lidad, es a todas luces errónea, ya que la impor-
tancia de dichas condiciones se circunscribe tan-
sólo a la actualización de la pena.

Pese a ello, debido a la falta de precisión -
definitiva de la determinación de la naturaleza-
jurídica atribuible a las condiciones objetivas-
de punibilidad hoy en día, suele confundírsele-
tanto con el resultado de la conducta o hecho, -
como con los presupuestos del delito y en oca-
siones hasta con los requisitos procesales ne-
cesarios en cada delito.

Las conclusiones a que llega Maggiore (84) y
que a continuación citamos, son definitivas para
precisar la esencia de las tan discutidas condi-
ciones de punibilidad.

"a) Las condiciones de punibilidad son sola-
mente suspensivas, no resolutivas".

"b) La condición de punibilidad supone un de-
lito completo en todos sus elementos esenciales;-

(84) Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal". 5a. edición
edit. Temis, Bogotá, 1954. Tomo 1, pág. 282.

si alguno de éstos falta, no habrá delito, aunque la condición se verifique".

"c) Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como intentado. También la tentativa supone la verificación de la condición."

"d) No es punible la participación o el favorecimiento en un delito condicional, cuya condición de punibilidad no se haya verificado".

"e) El momento consumativo del delito condicional coincide, no con la consumación efectiva, sino con la realización de la condición; por eso la prescripción empieza a contarse desde ese momento."

2.- ASPECTO NEGATIVO:

Antes de referirnos al caso especial de la provocación de un delito y analogía de éste o de algún vicio, es necesario atender a lo dicho en la doctrina acerca de la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad y los efectos que a tal ausencia corresponden.

Para los autores que conciben las condiciones objetivas de punibilidad como elementos necesarios a la configuración del delito, la ausencia de ellas

no es sino el aspecto negativo de un elemento del delito y, lógicamente, su efecto único es la inexistencia de delito. Contrariamente a estos autores y de conformidad con el criterio que aquí se ha sostenido, debe entenderse que la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad sólo es el aspecto negativo de circunstancias que hacen posible o no, en un momento dado, la aplicación de la pena. Decimos, "en un momento dado", porque de conformidad con el pensamiento de Jiménez de Asúa, (85), si falta uno de los elementos esenciales del delito, resulta imposible, en forma absoluta y definitiva, perseguir el hecho por no ser delictivo; en tanto que, si falta la condición objetiva de punibilidad exigida, el delito existe y lo único suspendido es la pena, la cual se actualizará en el momento que tal condición se verifique.

3.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA EN LA PROVOCACION DE UN DELITO Y APOLOGIA DE ESTE O DE ALGUN VICIO:

El delito previsto por el artículo 209 no requiere para ser punible, la realización de ninguna-

(85) Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito". 11a. edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1930. pág. 425.

condición objetiva de punibilidad. En el texto de dicho artículo, la pena no está condicionada por ninguna circunstancia, considerada externa a la provocación de un delito o apología de éste o de algún vicio.

El legislador lisa y llanamente estableció la pena que el hecho merecía, de acuerdo con el interés, por parte del Estado.

El que se haga públicamente como exige el artículo 209 no puede entenderse en ninguna forma como condicionador de la pena.

El que exista una conducta provocadora de un delito no basta por sí sola para integrar el elemento objetivo del delito, pues, como ya vimos, dicho elemento se compone, en este caso, tanto de conducta y nexo causal, como de resultado; consiste en la conducta en la provocación o apología que se hace de un delito o vicio, y, el resultado, en que se cometa el delito al que se provocó o bien en que se adopte el vicio del cual se hizo la apología.

El resultado no es aquí una mera condición-extrínseca del delito, puesto que, a más de mediar entre él y la conducta del sujeto una inti-

ma relación--inexistente, tratándose de condiciones objetivas de punibilidad-- , es parte de un elemento necesario en el delito: el elemento objetivo.

4.- PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS:

El problema de si la punibilidad debe contemplarse como parte integrante del delito o como consecuencia lógica y natural de éste, ha sido punto de debate entre los más reconocidos penalistas. Sin embargo, no ha sido posible obtener una solución uniforme del problema.

Basándose en la tesis clásica de que toda norma se compone de un mandato y una sanción, un gran número de autores, al definir el delito, incluyen la pena entre sus elementos. Otros siguiendo la misma tendencia, hacen mención de la pena, dándole un tratamiento ajeno al de los elementos necesarios.

Por último, se puede citar un tercer grupo que sólo ve la punibilidad como consecuencia lógica de aquellas conductas o hechos violatorios de lo preceptuado en las normas penales, considerando innecesaria la inclusión de la penalidad en la definición formal que del delito pueda darse.

Arilla Bas afirma que la punibilidad es el elemento esencial valorativo del delito, fundándose en que, si el artículo 7o. del Código Penal mexicano define al delito como "todo acto u omisión que sancionan las leyes penales", no es posible concebir dentro de nuestro derecho positivo una conducta no penada que tenga el carácter de delito. (86)

Villalobos no lo ve así y opina que queda completa la definición del delito, al considerarlo como "el acto humano típicamente antijurídico y culpable" sin la inclusión de la punibilidad, que no es elemento del delito. "La pena--nos dice este autor-- es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es -- algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria.....

.. "Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible". (87)

Para nosotros resulta de poca importancia el -- problema de si debe o no mencionarse la punibili-- dad, en el momento de elaborar una definición de delito. Lo trascendente, a nuestro entender, es estable-

(86) Arilla Bas. "La punibilidad". Revista Criminológica XIII. México. págs. 195-197.

(87) Villalobos, Ignacio. "Noción Jurídica del Delito". México, 1952. págs. 28, 29.

cer si se trata de un elemento o de una consecuencia de aquello que doctrinariamente se considera como delito.

Acorde nuestro pensamiento con el de la mayoría de los juristas, sostenemos que la conducta o hecho es delictiva siempre que llene los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La penalidad en ningún caso puede tener carácter de elemento indispensable al delito; su aparición es sólo una consecuencia de la previa integración del mismo.

En apoyo a nuestra idea, contamos con la existencia de delitos a los cuales no es aplicable la sanción penal, por mediar una excusa absolutoria. A la inversa, hay actos humanos que, sin constituir delito, de acuerdo con las leyes, merecen una sanción; entre ellos Castellanos Tena (88) menciona las infracciones disciplinarias.

Como último fundamento al criterio adoptado, puede señalarse que las excusas absolutorias sólo tienen por fin librar de la pena al sujeto que encuadre en la hipótesis prevista en la ley, sin que tal gracia favorezca de manera alguna a los parti-

(88) Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". 11a. edición, edit. Porrúa. México, 1977. pág. 271.

cipantes o coautores, a los cuales se les aplicará la sanción en atención a que el delito perpetrado no ha dejado de serlo por la presencia de la excusa absolutoria.

En párrafos anteriores, se estableció que la punibilidad no es parte o elemento integrante, sino consecuencia del propio delito; por tal motivo, las excusas absolutorias que constituyen su aspecto negativo, tampoco alterarán la existencia del delito.

Las excusas absolutorias son circunstancias por las cuales, aunque exista delito, éste debe quedar impune porque así conviene al Estado y a la Sociedad.

Jiménez de Asúa dice que "son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública".(89)

Las excusas absolutorias presuponen la configuración total y absoluta de un delito cuya consecuencia normal y ordinaria sería la aplicación de

(89) Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito". 11.ª edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1900. págs. 432 a 436.

una pena. Su relevancia, por tanto, es sólo en relación a la pena.

La aparición de las excusas absolutorias en las diversas legislaciones se debe más que a razones jurídicas, a razones políticas y sociales. El Estado ha considerado que, en ocasiones, por utilidad social es necesario dejar impune al delito cometido por tal motivo, se ha dado lugar a estas excusas en el Derecho Positivo.

Como hipótesis, en nuestra legislación penal se encuentran varias de ellas, reguladas en forma dispersa. La mayoría están contenidas en la Parte Especial, con excepción de la fracción IX del artículo 15.

5.- PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN LA PROVOCA- CIÓN DE UN DELITO Y APOLOGÍA DE ESTE O DE ALGUN VICIO:

El artículo 209, ilustrativo de la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, impone en su texto, al provocador, multa de cinco a cincuenta pesos y prisión de 5 días a seis meses. Esto en el caso de que no se llegue a ejecutar el delito, ya que en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

Como ya lo indicamos anteriormente la pena no-
podría aplicarse en el caso de que existiera una --
excusa absolutoria que en el caso que nos ocupa po-
dría ser cualquiera. Esto sería el aspecto negativo
de la punibilidad en la provocación de un delito y-
apología de éste o de algún vicio.

CAPITULO IX.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO:

1.-EL ITER CRIMINIS.-

Todo delito, para llegar a su consumación o --
"total agotamiento"--como dice Castellanos Tena-(90)
recorre un camino que, en términos jurídicos, se
llama iter criminis.

El iter criminis consta de dos fases: una in-
terna y otra externa. La primera comienza a partir
del surgimiento de la idea delictuosa como una ten-
tación, sigue su camino a través de la delibera--
ción, o sea, el momento en que el sujeto balancea
mediante un proceso mental de abandono de la idea
y su prosecución; por último, viene la etapa más--
importante de esta primera fase: la resolución,--
consistente en la decisión de cometer el delito.

En su totalidad la fase interna queda fuera--
de toda amenaza penal, porque en palabras de Ro--
ssi, "el pensamiento es libre, escapa a la acción
material del hombre; podrá ser criminal pero no po-
drá ser encadenado".(91)

La fase externa comprende también varios momen-

(90) Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos elemen-
tales de Derecho Penal". Parte general. 11a. ed-
Edit. Porrúa. México, 1977. pág. 275, 276.

(91) Rossi, citado por Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y
el delito". Edit. Sudamericana, 11a. ed. Buenos Aires,
1980. pág. 460.

tos; el primero de ellos es la resolución manifiesta o manifestación, caracterizada por la exteriorización de la idea criminal. La manifestación no es punible por sí sola, excepción hecha de aquellos casos especiales en que su sola presencia agota un tipo penal.

Pavón Vasconcelos (92), al estudiar estos casos encuentra que nuestro derecho positivo contiene varios. Entre ellos, como ejemplo, podemos citar la proposición para cometer el delito de traición a la patria, tipificado en el artículo 125 del Código Penal.

El segundo paso del curso del delito en esta fase es la actividad preparatoria, la cual tiene la característica indicada por Carrara, de poder conducir tanto al delito como a una acción inocente. Dentro de los mismos actos preparatorios, el mismo autor (93) hace una división entre actos preparatorios a modo contingente o condicional; en estos últimos se pre-

(92) Pavón Vasconcelos, Francisco. "La tentativa" revista Criminalia; marzo de 1959. pág. 124.

(93) Carrara, Francesco. "Programa". Edit. Depalma. Buenos Aires, 1944. Parte general, Tomo I, pág. 241.

senta ya un comienzo de ejecución del que resultará un principio de peligro.

En opinión de Pannain, los actos preparatorios son aquellos " a través de los cuales el agente -- se presta a violar el mandamiento".(94)

Señalados por Jiménez de Asúa,(95) como hipótesis de actos preparatorios, en el Código Penal -- Mexicano, están los artículos 160,163,164,193,etc.

Después de los actos preparatorios se llega a -- los actos ejecutivos propiamente dichos, los cuales originan o la tentativa o la consumación del -- delito. De estos dos últimos aspectos nos ocuparemos después.

2.-LA TENTATIVA Y LA CONSUMACION EN LA DOCTRINA:

Quando los actos de ejecución se interrumpen -- por causas ajenas a la voluntad del agente, se origina la tentativa.El surgimiento de ella, como ya -- dijimos, es ajeno a la voluntad del sujeto activo, -- pues éste, por medio de los actos realizados, lo --

(94)Pannain."Manuale di Diritto Penale".Roma,1942, parte general,pág.403.

(95)Jiménez de Asúa,Luis."Códigos Penales Iberoamericanos".Estudio de legislación comparada. edit.Andrés Bello,Caracas,1946.Tomo I,pág. 331.

que pretende es consumar la conducta o el hecho -- típico.

Puede también interrumpirse la actividad ejecutiva voluntariamente, pero entonces no podrá hablarse de tentativa sino de desistimiento.

La doctrina en general acepta dos clases de tentativas: la inacabada y la acabada. La inacabada tiene lugar cuando se han realizado en forma incompleta los actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito, por lo cual éste no llega a perfeccionarse.

Se han señalado como elementos de la tentativa inacabada los siguientes:

- a) intención de cometer el delito;
- b) comienzo de ejecución, o sea, la realización incompleta de actos ejecutivos, y
- c) que no se consume el delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa acabada se presenta "cuando el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito, de modo que éste queda materialmente ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención de aquél por causas independientes de su voluntad, es decir, cuando el agente ha he--

cho todo cuanto era necesario para su consumación - sin que ésta llegue a producirse". (96)

La única diferencia entre esta clase de tentativa y la inacabada, es que en la primera los actos de ejecución se realizaron en forma total, mientras que en la segunda, fueron llevados a cabo en forma incompleta.

Respecto a la punibilidad de la tentativa se han sostenido en la doctrina un sinnúmero de tesis sin embargo, podemos aceptar que los mismos fundamentos aducidos para sancionar el delito consumado son aplicables a la tentativa.

Después de este breve análisis no nos resta sino hacer referencia a la consumación.

"Existe consumación--nos dice Porte Petit-- cuando se integran los elementos del tipo". (97)

Cuello Galón, por su parte, estima que el delito está consumado cuando se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha le-

(96) Cuello Galón, Eugenio. "Derecho Penal", 1ba. edición, Edit. Bosch. Barcelona, 1971. parte general, tomo II pág. 608.

(97) Porte Petit Jandaudou, Celestino. Apuntes de la clase de Derecho Penal de la Facultad de Derecho. (encuadernados). México, 1962.

sionado efectivamente el bien jurídico objeto de --
la protección penal.(98)

3.-LA TENTATIVA EN EL DELITO DE "PROVOCACION DE UN DELITO Y APOLOGIA DE ESTE O DE ALGUN VICIO".

Expuestas las generalidades de la tentativa y
de la consumación, veremos como operan concretamen-
te en nuestro delito en estudio.

Los autores extranjeros, casi en forma unánime,-
niegan que la tentativa pueda darse en este delito.

Manzini opina que no puede admitirse jurídica-
mente, porque no es concebible un caso en que tan -
sólo de la tentativa de provocar se derive la posi-
bilidad de que se cometa un delito o bien se adopte
el vicio del cual se hizo la apología.(99)

Maggiore,(100) Carrara(101), Eusebio Gómez (102),
también la declaran inadmisibile, pero sin exponer nin-

(98) Cuello Galón, Eugenio. "Derecho Penal Mexicano", 1ba.
edición. Edit. Bosch, Barcelona, 1971. Tomo II, págs. 614, 615.

(99) Manzini. "Tratato di Diritto Penale". Editrice Tori-
nese. Torino, 1957. Vol. VIII, pág. 836.

(100) Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal". 5a. ed. Edit. Temis.
Bogotá, 1955. Tomo IV. pág. 5.

(101) Carrara, Francesco. "Programa". Edit. Depalma. Buenos
Aires, 1945. Parte Especial. Vol. II, pág. 439.

(102) Gómez, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal". Buenos
Aires, 1940. Tomo III, pág. 456.

guna razón para fundamentar su pensamiento.

Dicha postura es absolutamente correcta, aplicada a las legislaciones por ellos comentadas, ya que el delito en ellas se consuma con la sola provocación y la posibilidad de que en realidad llegue a cometerse el delito al que se provocó, o se adopte el vicio del cual se hizo la apología, o sea que está configurado como delito de peligro.

Pero así como los citados autores se refieren a sus legislaciones, nosotros, haciendo lo propio, sólo enfocaremos el tema a nuestro ordenamiento penal, en el cual encontramos absoluta similitud ya que no se necesita que se llegue a cometer el delito o se adopte el vicio, aunque si se prevé en la segunda parte del artículo 209 al que nos referimos y en éste también se expresa la pena que corresponderá al provocador por su participación en el delito cometido en caso de que este se realizara. Por lo anteriormente expresado tenemos que se trata de un delito de mero peligro, el cual para su consumación no necesita de un resultado material, aunque prevé esta posibilidad.

4.- LA CONSUMACION EN EL DELITO DE "PROVOCACION DE UN DELITO Y APOLOGIA DE ESTE O DE ALGUN VICIO".

En nuestro caso especial y apartámonos de lo -- que expresa la doctrina extranjera, consideramos que la consumación queda completada en cuanto se realiza la provocación en público para cometer un delito o bien en cuanto se hace la apología de éste o de un vicio.

5.- EL DELITO IMPOSIBLE:

Tanto la falta de objeto material sobre el cual, de acuerdo con el tipo, deba recaer la conducta delictuosa, como la falta de objeto jurídico o de medios idóneos de ejecución, harán imposible el perfeccionamiento del delito, porque, como dice Ramón Palacios, "no basta el pensamiento ni la acción que le obedece, ni una abstracta y viable relación causal-- sino que es preciso todo ello unido a la referencia sine qua non que el tipo reclama: el elemento material".(103)

Muy criticable es el nombre impuesto a esta figura penal, pues, como expone Jiménez Nuerta, "la propia expresión de delito imposible representa una

(103) Palacios, Ramón. "La tentativa". Imprenta Universitaria. México, 1951. págs. 102, 103.

contradictio in terminis y su contenido encierra -- un monstruo conceptual".(104) Pero la crítica no -- sólo se ha concretado al nombre, sino ha sido mu-- cho más profunda al combatir la impunidad en la -- que se pierde esta institución penal.

Bettiol, haciendo referencia al pensamiento de -- los positivistas, que son los críticos más severos del tema, señala que si bien es cierto que falta -- en el delito imposible la lesión efectiva o poten-- cial de un bien jurídicamente protegido, también-- lo es que el sujeto a través de la acción ha mani-- festado su naturaleza de individuo socialmente pe-- ligroso, contra el cual la sociedad debe defenderse adoptando en concreto una medida de seguridad (105).

Después de la apreciación hecha de lo que es el "delito imposible", consideramos que en la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, es dable dicha figura. Así, por ejemplo, podría acontecer que, deseando provocar a la comisión de un delito, la persona que lo realiza, ignorándolo-

(104) Jiménez Huerta, Mariano. "La tipicidad". Edit. Porrúa México, 1955. pág. 263.

(105) Bettiol, citado por Jiménez Huerta; Op. citada -- pág. 263.

lo hiciera sobre algo que no esté tipificado en --
nuestro ordenamiento penal como un delito, o bien--
se hiciera la apología de un vicio que realidad no
es dañino para la salud física del pueblo como lo -
exige nuestro delito en estudio y lo cual ya deja-
mos establecido en el principio de este trabajo.

O bien aunque si se llenaran los requisitos an-
teriormente expresados, faltara otro elemento que -
es la base para que exista el delito que nos ocupa
como es el que la provocación o apología se hagan-
en presencia de público y en este caso también es-
taríamos frente a un delito imposible.

6.- CONCURSO DE DELITOS:

Se dice que hay concurso de delitos cuando un-
mismo sujeto es infractor de varios preceptos pena-
les. El concurso de delitos puede revestir dos for-
mas: ideal o formal y real o material.

El primero se origina cuando con una sola con-
ducta o hecho se violan varias normas penales. En -
este tipo de concurso, Castellanos Tena advierte -
que hay una doble o múltiple infracción; es decir,
por medio de una sola acción y omisión del agente -
se llenan dos o más tipos legales y, por lo mismo,
se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose-

consecuentemente, varios intereses tutelados jurídicamente(106).

Dentro del derecho positivo, el artículo 58- es el que reglamenta esta clase de concurso, disponiendo además la regla que deberá seguirse para la aplicación de la pena.

El concurso real o material se configura en el caso de que el agente hubiere cometido varios delitos mediante conductas varias, sin que sobre ninguno de ellos se hubiere dictado sentencia. En el artículo 18 se define el citado concurso: "Hay acumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por - varios delitos, ejecutados en actos distintos, sino se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

La acumulación ha sido establecida no sólo en atención a un principio de economía procesal sino también para proclamar que el juzgador conozca mejor la personalidad del infractor y pueda por esa - circunstancia realizar en forma más justa su función.

Para determinar la pena aplicable al concurso --

(106) Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos elementales de derecho penal". 11a. ed. edit. Porrúa. México, 1978. pág. 295.

real se han seguido tres sistemas:

1o.- el de acumulación material, consistente en sumar todas las sanciones correspondientes a cada delito.

2o.- el de absorción, que más propiamente podríamos llamar de subsunción, en el cual la pena del delito mayor absorbe a las demás.

3o.- El de acumulación jurídica, que pretende aplicar la pena del delito más grave, pero con la posibilidad de aumentarla en atención a los demás delitos y a la personalidad del agente.

El artículo 64 del Ordenamiento penal mexicano, tomando en cuenta los tres sistemas de punibilidad, preceptúa: "En caso de acumulación se imponerá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que nunca pueda exceder de cuarenta años".

7.- CONCURSO IDEAL O FORMAL Y CONCURSO REAL O MATERIAL EN LA PROVOCACION DE UN DELITO Y APOLOGIA-
DE ESTE O DE ALGUN VICIO:

Con las bases expuestas, y meditando sobre el particular delito que nos ocupa, nos parece correcto afirmar que la provocación puede concurrir, en-

forma ideal y real, con otros delitos. En lo concierne al concurso ideal, que como ya dijimos se origina cuando una sola conducta se violan varias normas penales, podemos poner el siguiente ejemplo: una persona que en un parque público se pone a reclutar a otros para hacer la guerra a México con la ayuda o bajo la protección de un gobierno extranjero. Con este acto tenemos que en principio está cometiendo el delito de traición a la patria tipificado en el artículo 123 fracción V y en segundo término también estará cometiendo esta persona el delito de provocación de un delito, al cumplir con el requisito -- más importante que nos exige el artículo 209 del Código Penal que es el que la provocación se haga públicamente.

En este ejemplo vemos claramente que el delincuente por llamario de alguna manera está cometiendo con una sola conducta dos delitos distintos.

Por otra parte en lo que respecta al concurso real o material en el cual un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, éste concurso se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes como por ejemplo: dos o tres homicidios.

cidios o bien por tipos diversos como lesiones, robo, provocación a un delito y apología de éste o de algún vicio que es el delito del cual nosotros nos hemos ocupado y pensamos que ya no es necesaria ninguna aclaración específica con relación al tema anteriormente tratado.

8.- PARTICIPACION:

El delito, como piensa Soler (107), no siempre es producto de la actividad de un solo hombre, sino que con frecuencia en su realización concurren las actividades de otros sujetos. En ocasiones, la misma figura delictiva por su naturaleza requiere la intervención de dos o más sujetos, pero hay casos en que aún cuando el tipo normalmente no necesita sino la actividad de una sola persona, la concurrencia se presenta, dando lugar a lo que se llama concurso eventual o participación propia.

"La participación, pues, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la inter-

(107) Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Edit. Tea, Buenos Aires, 1956. Tomo II, pág. 249.

vención de todos aquellos a quienes se considera-
participes". (108)

Con objeto de determinar cuál es la naturaleza--
de la participación, han surgido varias teorías, --
siendo las principales: la de la causalidad, la de
la accesoriadad y la de la autonomía; no las estu-
diaremos por ser tema correspondiente a la parte -
general del Derecho Penal.

En cuanto a los grados de participación, la doc-
trina acepta los de autor, coautor y cómplice, pu--
diéndose distinguir dentro de la categoría de autor:
el mediato, el intelectual y el material.

En el campo penal mexicano, el artículo 13 re-
coge todos estos grados de participación en una so-
la fórmula redactada de la manera siguiente: Son res-
ponsables de los delitos: I.- Los que intervienen en
la concepción, preparación o ejecución de ellos.

II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

III.- Los que presten auxilio o cooperación de cual-
quier especie para su ejecución, y IV.- Los que, en

casos previstos por la ley, auxilian a los delincuen-
es, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa.

(108) Villalobos, Ignacio. "Dinámica del Delito". México,
1955. pág. 209.

En esta fórmula se suprimieron las denominaciones de autores, coautores, etc, pero quedaron implícitas en su texto, dejando al juez la tarea de fijar en cada caso concreto la pena merecida en atención al grado de participación.

Todas las acciones accesorias--nos indica Jiménez Huerta--descritas en el artículo 13, carecen de reelevancia típica, cuando la acción principal reseñada en la figura delictiva, hacia la que se proyectan dichas acciones accesorias no llega a plasmarse, al menos como acción intentada, en una realidad. (109)

En lo concerniente a la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, son aplicables las reglas generales de la participación. Y que la provocación pública puede realizarla un solo individuo o bien un grupo en el cual cada uno va haciendo su parte como si se tratara de una obra teatral, esto si se trata de una provocación verbal; o bien tenemos el caso de la provocación hecha por medio de escritos o dibujos y en este caso también--

(109) Jiménez Huerta, Mariano. "La tipicidad". Edit. Porrúa. México, 1955. pág. 290.

puede ser hecha por uno o por varios individuos.

a) AUTORÍA INTELLECTUAL.-

autor intelectual es el que determina a otro a cometer un delito. Comúnmente el autor intelectual-- es conocido con el nombre de instigador, inductor-- excitador o provocador.

Debe señalarse que en esta clase de autoría " el inductor se vale de un nombre que actúa libre y conscientemente". (110)

La provocación a un delito admite la autoría intelectual; en efecto, nada puede oponerse a la hipotesis de quien, con objeto de que se cometa un delito o se adopte un vicio induzca a otro para que haga todo lo necesario para que esto suceda.

b) AUTORÍA MATERIAL.-

El autor material es el que física y materialmente realiza los actos ejecutivos exigidos por el delito, o sea, " el que integra el tipo". Sobre este particular, indicaremos que cualquier delito acepta esta autoría; consecuentemente nuestro delito en estudio admite también esta clase de autoría.

c) COAUTORÍA.-

Coautor es el que, conjuntamente con el autor, --

(110) Frank, citado por Jiménez Huerta., op. citada pág. 179.

realiza la conducta o hecho descrito por el tipo penal.

Sauer define la actividad de los coautores como "la ejecución común y consciente".(111)

En el caso especial que nos ocupa tenemos que el coautor al igual que el autor no necesita poseer ninguna calidad especial. Simplemente deberá realizar la misma conducta que se considera delictuosa en el autor como es: la provocación en sí.

d) AUTORIA MEDIATA.-

Se denomina, en materia penal, autor mediato, al sujeto que para ejecutar una conducta o hecho delictuoso, se vale de un inimputable o inculpaible, que materialmente lleve a cabo la realización del tipo. La presencia de un autor mediato hace suponer que, en la configuración del tipo, hubo un autor material el cual no fué sino instrumento en manos del autor mediato.

Tomando en consideración los caracteres necesarios a la autoría mediata, podemos indicar que en la provocación de un delito, etc., bien cabe la figura del autor mediato; un ejemplo de ello sería el

(111)Sauer, citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. "La participación y el encubrimiento".*Definición y el encubrimiento*.*Definición y el encubrimiento*, 1959. pág. 154.

caso del que, para configurar el tipo, se valiera-- de una persona sordomuda que tiene la habilidad para manejar una imprenta y a petición de otro hace en estas impresiones en donde se provoca a la comisión de algún delito o se hace la apología de un vicio.

e) COMPLICIDAD.-

En atención a la figura del cómplice, puede decirse que éste es un simple auxiliador en la ejecución de la conducta típica. El auxilio puede prestarse--opina Villalobos--desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza. (112)

Haciendo un enfoque del tema a la provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio podemos relacionar nuestro presente ejemplo con el anterior; una vez hechos los volantes, en donde se provoca a la comisión de un delito o se hace apología de un vicio, aparece una persona que será la encargada de repartirlos entre varios individuos, esta persona vendría a ser un mero auxiliador ya que ni fue idea suya, ni él los hizo; pero si queda relacionado con el delito al saber lo que se trata en ellos y distribuirlos.

(112) Villalobos, I. nacio. "Dinámica del delito". México, 1955. pág. 222.

9.- ENCUBRIMIENTO.-

El encubrimiento --entiende Quejido Calón-- consiste en la ocultación de los culpables del delito o del cuerpo o de los efectos de éste, o de los instrumentos con que se cometió, o el de sus medallas, con el fin de eludir la acción de la justicia; o en auxiliar a los delinquentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiere proporcionado, o en aprovecharse el propio encubridor de aquellos beneficios. Es preciso, para su existencia, la conducta pasiva, v.gr., la omisión en denunciar el delito o los delinquentes conocidos, no constituye encubrimiento(113).

La doctrina moderna ha decidido en forma unánime que el encubrimiento debe ser tratado en los códigos penales como delito autónomo, abandonando el viejo sistema de considerarlo como una forma de participación del delito que se encubre (114). Sin em-

(113) Quejido Calón, Eugenio. "Derecho Penal", 16a. ed. Ed. it. Bosch, Barcelona, 1971; Tomo II, pág. 634.

(114) Ceniceros, José Angel. Criminología XI. "El encubrimiento como delito" Sistema de la legislación mexicana. págs. 208, 209.

bargo el Código Penal mexicano de 1931 adoptó un -- sistema diferente sobre el particular, debido a que, como explica la Comisión Redactora del Código, " no fué posible incluir todos los casos de encubrimiento, como figura delictiva especial, por la dificultad práctica en cuanto a la represión ya que quedaría supeditado el éxito de un proceso por encubrimiento al previo en que se declara la responsabilidad de los partícipes en el delito encubierto. Esta dificultad se resolvió creando un sistema mixto que consiste en considerar al encubrimiento por regla -- general, como grado de coparticipación en los términos del artículo 13, que incluye como responsables a los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior... y considerar asimismo al encubrimiento como delito específico en contados casos, que se enmarcan en el -- artículo 400". (115)

Nosotros, tomando en consideración la forma en que quedó regulado el encubrimiento en nuestro Código, preferimos darle un lugar especial dentro del

(115) Veniceros, José Angel. Op. citada. páginas 200 y subsecuentes.

tema comentado. En cuanto a que la provocación de --
un delito y apología de éste o de algún vicio pueda-
ser motivo de encubrimiento, no hay ninguna duda, .
pues esta figura, aun considerada como forma de par-
ticipación, tiene reglas generales que no se modifi-
can en atención a ningún delito.

CONCLUSIONES.

1a.-Primeramente pensamos que deberían dedicarse dos artículos referentes al tema en estudio ya que se trata de dos delitos distintos; tenemos en principio la provocación para cometer un delito (que puede serlo cualquiera que esté tipificado en nuestro ordenamiento penal como tal) y en segundo lugar tenemos la apología que de un delito o vicio se hace.

2a.- Pensamos que debería de especificar el Código de que número de personas se requiere para que la provocación o apología se consiueren como públicas, o que se nos remitiera a otro artículo o artículos en donde se hable de esto y así quede claro a lo que se refiere como lo hacían los Códigos Penales anteriores al vigente.

3a.- Debe expresarse también si debe ser hecha la provocación o apología en un lugar abierto o cerrado, como lo expresa el Código Italiano.

4a.- Es nuestra opinión que la prisión y la multa deberían ser mayores, ya que en los tiempos actuales resulta risible hablar de una multa que va de los 5 a los 50 pesos, lo cual pensamos no puede debilitar la economía de nadie y en este ca-

so no cumpliría con su propósito que es un castigo - por haber cometido un delito.

O en todo caso que se hable de una proporción - en cuanto al salario mínimo, como ya lo expresan - otros artículos dentro del mismo Ordenamiento penal - y que son los siguientes: artículos 39, 369, 370, -- 375, 382 y 386; en los que se habla de multas que -- van de 30 a 500 veces el salario.

5a.- Por otra parte queremos dejar establecido que - los vicios a que se refiere nuestro artículo sólo pueden serlo aquellos que degeneran o envenenan la salud física del hombre (entendiendo por esto todo el género humano, tanto hombres como mujeres)-- estos vicios son: el alcoholismo, drogadicción en cualquiera de - sus formas ya sea que se trate de marihuana, cocaína anfetaminas o calmantes, etc.

Nosotros agregaríamos, atreviéndonos a diferir del maestro Carrancá y Trujillo que no lo considera como un vicio al tabaquismo.

6a.- Por último quisieramos decir que nuestro artículo que es el 209 del Código Penal vigente en el - Distrito Federal es un artículo bastante olvidado, si no es que completamente desconocido tanto por las autoridades, como por las personas en general pero no por esto deja de ser menos importante y pens-

mos debería de ponerse más cuidado en la publicidad que se hace por los medios masivos de comunicación-- como son : la televisión, el radio y las revistas-- de diversas clases; en donde se hace aparecer ya sea al alcoholismo o tabaquismo como algo loable y digno de imitarse.

O se nos presenta como si un vicio como los mencionados pudiera de alguna forma estar ligado al deporte cualquiera que sea cuando todos sabemos que no es así, porque para ser deportista se requiere llevar una vida saludable y si se ingiere alcohol o cualquier otra droga no se puede considerar como tal.

7a.- Ya por último quisieramos dejar asentado que en lo anteriormente expresado se tipifica a la perfección el delito que estudiamos al cumplir los medios de comunicación que mencionamos con el principal requisito de nuestro artículo que es el que la provocación o apología se hagan "públicamente".

B I B L I O G R A F I A.

- 1.- Antolisei. "La acción y el resultado en el delito". Traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959-- pág. 139 a 142.
- 2.- Antolisei. "Manuale di Diritto Penale", parte generale. Milano, 1955. pág. 196.
- 3.- Balestrá, Fontán. "El elemento subjetivo del delito". Edit. Depalma. Buenos Aires, 1957. pág. 15.
- 4.- Bettiol. "Diritto Penale", parte generale. Palermo, 1945. págs. 194, 195.
- 5.- Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl. "Código Penal Anotado". Editorial Porrúa. 7a. edición. México, 1978. págs. 421, 422.
- 6.- Carrancá y Trujillo Raúl. "Derecho Penal Mexicano", parte general. Editorial Porrúa, 17a. edición; México, 1977. pág. 389.
- 7.- Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal". parte general. Editorial Depalma. Buenos Aires, -- 1956. Tomo I, pág. 241; Parte Especial Vol. II - - pág. 439.
- 8.- Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos elementales de Derecho Penal". 11a. edición, Edit. Porrúa - México, 1978. págs. 232, 233, 271, 275, 276, 295.

- 9.- Cuello Galón, Eugenio "Derecho Penal", parte general. Editorial Bosch, Barcelona, 1971. Tomo I-- págs. 387, 403, 423, 524. Tomo II, págs. 608, 614, 615 y 634.
- 10.- Fernández Doblado, Luis. "Culpabilidad y Error" Anales de Jurisprudencia. Tomo XVIII. pág. 220.
- 11.- Gómez, Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", Buenos Aires, 1939. Tomo I pág. 544; Tomo III correspondiente a la edición de 1940 pág. 456.
- 12.- González de la Vega, René. "Comentarios al Código Penal", Edit. Cárdenas, la. edición. México, 1975. págs. 289, 290.
- 13.- Gramatica. "Segretto e la sua tutela penale". Edit. Latoga. Napoli, 1935. págs. 39, 57.
- 14.- Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el Delito", 11a. edición. Buenos Aires, 1980. páginas 219, 220, 288, 535, 352, 371, 389, 392, 425, 432 a 436 y 460.
- 15.- Jiménez de Asúa, Luis. "Códigos Penales Iberoamericanos", estudio de legislación comparada. Edit. Andrés Bello, Caracas, 1946. Tomo I, pág. 331.
- 16.- Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal" Edit. Losada, 4a. edición. Buenos Aires, 1963 - Tomo III pág. 746, 799, 800, 801; Tomo IV. 535.
- 17.- Jiménez Huerta, Mariano "La tipicidad". Edit. Porrúa. México, 1955. págs. 97, 103 a 108.

- 18.- Jiménez Huerta, Mariano. "La antijurisdicción"-
Imprenta Universitaria. México, 1952. páginas -
10, 121, 118, 249, 331, 209.
- 19.- Maggiores, Giuseppe. "Derecho Penal"; Edit. Temis
Bogotá, 1954 5a. edición. Tomo I pág. 370; Tomo
IV, pág. 5.
- 20.- Manzini, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal". -
Edit. Eclar, Buenos Aires, 1943. Tomo II pág. 84
- 21.- Manzini, Vincenzo. "Tratato di Diritto Penale",
Editrice Torinese. Torino, 1937. Vol. VIII, págs.
835 a 838.
- 22.- Núñez Ricardo. "La culpabilidad en el Código Pe-
nal". Edit. Depalma. Buenos Aires, 1940. pág. 5.
- 23.- Ojeda, Antón. "Derecho Penal ". Madrid, 1949.-
Tomo I pág. 202.
- 24.- Palacios, Ramón. "La tentativa". Imprenta Uni-
versitaria. México, 1951. págs. 182, 183.
- 25.- Pannain. "Manuale di Diritto Penale". Torino,
1950. Tomo I pág. 274.
- 26.- Petrocelli. "L'antigiurisdicte". Edit. Padova, -
1947. parte I, pág. 1.
- 27.- Porte Petit Sandaunp, Celestino. "Apuntamientos-
de la Parte General de Derecho Penal". Edit. Po-
rrúa. 5a. ed. México, 1930. págs. 371 a 373, 400.

- 28.- Porte Petit Gandaudap, Celestino "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal". México, 1954. págs.- 45, 46 y 50.
- 29.- Porte Petit Gandaudap, Celestino. "Programa de la Parte General de Derecho Penal". México, 1958.- pág. 526.
- 30.- Ranieri "Diritto Penale", Napoli, 1950 pág. 291
- 31.- Ripollés, Quintano. "Comentarios al Código Penal" Tomo I, pág. 138.
- 32.- Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Edit. Tea, Buenos Aires, 1956. Tomo II, pág. 249.
- 33.- Villalobos, Ignacio. "Noción Jurídica de delito". México, 1952. pág. 29.
- 34.- Villalobos, Ignacio. "Manual de Derecho Penal" - parte general 3a. ed. Edit. Porrúa. México, 1975 págs. 334, 335.
- 35.- Villalobos, Ignacio "Dinámica del Delito". México 1955. págs. 209, 225.
- 36.- Von Liszt, Franz. "Tratado de Derecho Penal" traducción de la 2a. edición alemana por Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 1927. Tomo II pág. 445.
- 37.- Welzel. "Derecho Penal". Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956. parte general págs. 74, 146.
- 38.- Welzel. "Teoría de la acción Finalista" Edit. Depalma Buenos Aires, 1957. pág. 32.

REVISTAS Y PUBLICACIONES:

- 1.- Arilla Bas. "La punibilidad", Revista Criminalia XXIII, págs. 195, 196 y 197.
- 2.- Geniceros José Angél. "El encubrimiento como delito", Revista Criminalia XI págs. 208, 209.
- 3.- Jurisprudencia. Boletín de Información Judicial- XI. pág. 648.
- 4.- Mezger, Edmund. "Tratado de Derecho Penal": Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Tomo I págs. 608, 614, 615 y 634.
- 5.- Pavón Vasconcelos, Francisco "La participación y el encubrimiento", Revista Criminalia, 1959. pág.184.
- 6.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "La tentativa". Revista Criminalia, 1959. pág.124.
- 7.- Sánchez Cortés. "Una eximente que se omitió en la ley". Revista Criminalia. número 1, México, 1962 págs. 49, 50 y 52.

LEGISLACION MEXICANA.

- 1.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Imprenta del Gobierno en Palacio. México 1871. págs. 209, 164, 21, 168, 38 y 40.
- 2.- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua. la. edición oficial. Chihuahua, 1897. págs. 152, 123, 18, 153, 125, 33 y 31.
- 3.- Código Penal y de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Veracruz-Llave. Impreso por Manuel León Sánchez. Veracruz, 1927. la. edición págs. 152, 123, 125, 20, 32 y 34.
- 4.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, Talleres Gráficos de la Nación - Secretaría de Gobernación. México, 1929. págs.133, 227 y 228.
- 5.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Aguascalientes. Edit. Manuel M. Cajica, Jr. Puebla, 1964. pág. 66.
- 6.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Campeche. Edit. M. Cajica, S.A. Puebla, 1964. pág. 67.
- 7.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Colima. Edit. Cajica. Puebla, 1964. pág. 67.

- 8.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca. Edit. Cajica, Puebla, 1962. pág. 79.
- 9.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas, Edit. Cajica, Puebla, 1968. pág. 151.
- 10.- Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 35a. edición, México, 1982. págs. 68, 1126, 27, 9, 55, 03, 24, 13.
- 11.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Durango. Edit. Cajica. Puebla, 1964, pág. 68.
- 12.- Código Penal para el Estado de Guanajuato. anexo al número 12 del Periódico oficial del Gobierno del Estado, correspondiente al día 9 de agosto de 1956. pág. 40.
- 13.- Código Penal del Estado de Michoacán, edición oficial, Morelia, 1962. pág. 74.
- 14.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos. Edit. Cajica, S.A. Puebla, 1971 pág. 73.
- 15.- Código Penal del Estado de Nayarit. edición oficial. 1955. pág. 37.
- 16.- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Sonora. Edit. Cajica, S.A. Puebla, 1955 pág. 52.
- 17.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa. Edit. Cajica. Puebla, 1955. pág. 66.

- 18.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tamaulipas. Edit. Cajica, S.A. Puebla,- 1961, pág. 62.
- 19.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tlaxcala, Edit. M. Cajica, S.A. Puebla,- 1957. págs. 64, 65.
- 20.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco, Edit. Cajica S.A. Puebla, 1948 pág. 75.
- 21.- Comentarios al Código Penal del Estado de Veracruz Llave, por Román Lugo, Fernando. Jalapa, Vera-- cruz, 1948. pág. 96.
- 22.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Zacatecas, Edit. M. Cajica, S.A. Puebla, 1967. pág. 80.

LEGISLACION EXTRANJERA.

- 1.- Código Penal de Argentina. Jiménez de Asúa, Luis.-
"Códigos Penales Iberoamericanos", estudio de legislación comparada, Edit. Andrés Bello, Caracas, 1946. Tomo I, págs. 451, 426.
- 2.- Código Penal de Bolivia. Jiménez de Asúa, Luis.-
"Códigos Penales Iberoamericanos", estudio de legislación comparada, Edit. Andrés Bello, Caracas 1946, Tomo I, pág. 514.
- 3.- Código Penal de Colombia. Jiménez de Asúa, Luis -
"Códigos Penales Iberoamericanos", estudio de legislación comparada, Edit. Andrés Bello, Caracas, 1946, Tomo I, pág. 710.
- 4.- Código de Defensa Social de Cuba. Jiménez de Asúa, Luis, "Códigos Penales Iberoamericanos". Caracas, 1946. Tomo I, pág. 90.
- 5.- Código Penal de Ecuador. Jiménez de Asúa, Luis.-
"Códigos Penales Iberoamericanos", estudio de legislación comparada. Edit. Andrés Bello, Caracas, 1946. Tomo I, págs. 1253.
- 6.- Código Penal de España. Decreto del 23 de diciembre de 1944, promulgando el Código Penal de 1944. 2a. edición, Editor, José M. Bosch, Barcelona, -- 1958. pág. 112.

- 7.- Codice Penale e di Procedura Penale e leggi complementari. A curadi, F. Carnelutti, A. Crespi. - Padova casa editrice, Dott A. Milani, 1978. pág. 59, 63.
- 8.- Código Penal de Panamá. Jiménez de Asúa, Luis. / "Códigos Penales Iberoamericanos" estudio de legislación comparada, Edit. Andrés Bello, Caracas 1946. Tomo II, pág. 367.
- 9.- Código Penal de Venezuela. Jiménez de Asúa, Luis. "Códigos Penales Iberoamericanos", estudio de legislación comparada. Edit. Andrés Bello, Caracas 1946. Tomo II págs. 841 y 842.

DICCIONARIOS:

- 1.- Diccionario de la Lengua Española. Real --
Academia Española. 17a. edición, Madrid, --
1947. pág. 1041.
- 2.- Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. E-
ditorial Larousse, 4a. tirada. París, 1968.
página 849.
- 3.- Diccionario Lexicón-Sopena. Italiano- Espa-
ñol; Español- Italiano. Edit. Ramón Sopena,
Barcelona, España, 1980.