

300607

21

24



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U. N. A. M.

" ESTUDIO DOGMATICO DEL
DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA "

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROBERTO RIVEROS DUARTE

MEXICO, D.F.

TESIS CON
FALLA FE CR.GEN

1986



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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.

"ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA"

I N D I C E

INTRODUCCION	Pág.
I GENERALIDADES	1
1.1 Antecedentes Histórico-Legislativos de dicho ilícito	3
1.2 Concepto de Allanamiento	9
1.3 Furtividad y violencia. Análisis de dichos conceptos	11
1.4 Concepto de Morada. Clases	16
1.5 Objeto jurídico del ilícito	20
II CONDUCTA	24
2.1 Diversas clases de conducta	24
2.2 Análisis de este delito en orden a la conducta	27
2.3 La ausencia de conducta	28
2.4 Vis Absoluta y Allanamiento	30
2.5 Vis Maior y Allanamiento	34
III TIPICIDAD	36
3.1 Noción. Diversas teorías al respecto	36
3.2 Tipo y Tipicidad. Relaciones y diferencias entre ambos conceptos	41
3.3 Clasificación de dicho ilícito en orden al tipo.	42
3.4 Elementos integrantes	46
3.5 Aspecto negativo. El problema de la atipicidad	54

	pág.
IV ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS JUSTIFICANTES	58
4.1 Noción de lo contrario al derecho	58
4.2 La licitud de las conductas típicas	62
4.3 Supuestos normativos previstos en los artículos 285, 286 y 287 del Código Penal del Distrito Federal	63
4.4 Análisis de las diversas causas de justificación que pueden presentarse en relación al Allanamiento de Morada	67
V LA CULPABILIDAD	81
5.1 El Dolo	83
5.2 La Culpa	85
5.3 La Preterintencionalidad	87
5.4 La Imputabilidad y su Ausencia	87
5.5 Los Inimputables permanentes y transitorios	89
5.6 Ausencia de Culpabilidad	95
IV OTROS ELEMENTOS	105
6.1 Pena	105
6.2 Excusas Absolutorias	108
CONCLUSIONES	

INTRODUCCION.

Debido a la problemática que afronta nuestro país, estimo que es interesante el estudio del delito de Allanamiento de Morada que protege la paz y la seguridad de las personas dentro de su vivienda, puesto que día a día, surgen los casos de la violación del domicilio por agentes policíacos, que no cuentan con la orden de un juez para introducirse a un domicilio, sin estar justificada su conducta o de cualquier sujeto que, con la mayor facilidad penetra en un aposento en perjuicio de sus moradores.

El Derecho Penal, como cualquier otro ordenamiento, debe ser revisado y ordenado en su caso constantemente, por lo que estimo que el estudio integral del delito de Allanamiento de Morada, es útil para la mejor comprensión de los objetivos perseguidos al penalizar esta conducta delictiva.

CAPITULO I

GENERALIDADES

Una vez que el ocaso se apoderó del horizonte, el ser humano, a través de un recorrido que sus ojos hicieron por el mismo, se dedicó apresuradamente a buscar un sitio que lo protegiera de las inclemencias del tiempo, a la vez de que le sirviera de aposento para descansar.

Más tarde, el hábito, que fue el supremo rector de su vida, propició que éste adoptara un amor para aquel que le proporcionaba la debida protección y calor anhelado por cualquier ser humano.

En base a lo anterior y como era de esperarse, de este cúmulo de "cualidades" surgió el cariño del hombre por los objetos, hasta llegar al extremo de estimarlos como parte de sí mismo, como su propia casa.

Es de esta forma como el hombre llegó pausadamente a la idea de morada, entendida ésta como algo unido a su persona.

Esta unión fué el resultado de dos necesidades diferen-

tes:

Por un lado, las materiales, que suscitaron los apetitos corporales; y otros, los afectivos, suprema aspiración del espíritu, y que, por lo general, resultan ser más poderosos que las mismas necesidades materiales.

Cabe señalar que una vez que el hombre dentro de su personalidad ha elegido un lugar como morada, le da como resultado que cuando alguien ajeno la daña, daña al unísono, el sentimiento de nuestra libertad, como si se tratase de una ofensa inferida a la propia persona.

Finalmente, el lugar que un hombre encuentra como morada, es el sitio que le sirve de salvaguarda espiritual y material, pues es ahí donde hallará el reposo de una jornada de trabajo donde dará lugar a descansar sus fatigas; encontrará la paz de sus tormentos; refugio de sus luchas; consuelo de sus aflicciones; silencio para sus secretos y seguridad para sus pertenencias.

De lo anterior, y para proteger penalísticamente este interés vital, los códigos se valen del delito de Allanamiento de Morada.

1.1 Antecedentes Históricos-Legislativos de dicho ilícito.

Según la más generalizada opinión, el allanamiento de morada fue desconocido por el derecho romano, pues cuando se incriminó, lo fue a título personal de injuria comprensible en la respectiva "Lex Cornelia" por el radio de la coacción genérica o Vis, reconocida en algunas cuestiones carentes de especialidad en lo domiciliario.

El famoso texto de Cicerón, que se alega a veces en contrario (de la oración pro domo) del "guid-est-sanctius" (porque es sagrado). no parece tener otro valor que el de figura retórica.

Los textos positivos, tanto legales como pretorios, no registran en todo caso más que supuestos de daño material en la "domus disruta" (daño en casa del señor), terminó por lo demás, más bien medieval que clásico.

Es en la edad media, en la germenica o germanizante, cuando se inicia una nueva y más ideal noción de la morada; quizás más por razones de seguridad, tan precaria en aquellos tiempos, que por consideraciones ideológicas un tanto anacrónicas. Lo cierto es que en lo medieval va apareciendo

paulativamente un nuevo concepto de la santidad del hogar, último reducto contra la barbarie, ambiente que cuando no logra fortificarse materialmente con inexpugnables muros se pretende suplir mediante un respeto legal o consuetudinario, como el que denotan expresiones populares tan significativas como la inglesa de "My house is my kingdom" o la castellana "Cuando en mi casa me estoy, Rey soy".

A este orden de cosas responde igualmente el nombre alemán del allanamiento "Hausfriedensbruch", que significa la ruptura de la paz de la casa.

Descontando el lastre del romanticismo, que, posiblemente late en las aludidas concepciones gestadas al calor de la escuela histórica, los textos demuestran superabundantemente el alto papel asignado a la casa y su "quebrantamiento" en el derecho medieval, singularmente en el Español Foral* que ha sido tan profundamente estudiado a este respecto por las monografías de Orlandis y Valdeavellano.

*La formación histórica de la nacionalidad española justifica plenamente la existencia, y aún la subsistencia de una legislación peculiar en varias de sus regiones y provincias. Dividida la península Ibérica en diversos reinos independientes, era lógico que cada cual se gobernase por leyes,

No deja de ser significativo que esa riqueza de textos se halle en los fueros locales más teñidos del germanismo, escaseando, en cambio en las romanizadas compilaciones áulicas más sometidas a las eruditas tradiciones romanas.

Por añadidura, no falta tampoco la razón meramente histórica de interesar a los otorgantes de fueros, los de población, sobre todo las máximas garantías de seguridad personal, tan visiblemente acreditadas en los hogares, y aun el objetivo político, por parte de los monarcas de liberar a sus vasallos de las asechanzas señoriales. Por eso no es insólito y más frecuente en los fueros españoles que en los extranjeros, ver extendida la protección a nobles y villanos y aun el de referirla contra todos, incluso contra los desmanes de los señores y hasta de los funcionarios reales como en la famosa disposición del fuero leonés, vedando la en-

usos y costumbres privativos de cada uno de ellos: leyes y costumbres tan arraigadas en el sentimiento de los respectivos pueblos, que perduraron pese a la unificación de España en tiempos de los reyes Católicos. A grandes rasgos se puede decir, que cuando se habla de legislación Foral, se está aludiendo a los fueros de Aragón, de Cataluña, de Valencia, de Navarra y de las provincias Vascongadas por el Dr. Manuel Ossorio y Florit (1).

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo VII; Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L.; Buenos Aires, Argentina; 1964 pág. 174

trada en los hogares privados a los merinos y sayones del rey.

En el de logroño llegose a permitir matar al allanador, aun tratandose de sayon o merino.

Sin llegar a tanto "liberalismo" teórico, probablemente, respecto a los funcionarios reales, pero quizá no respecto a los señoriales, el derecho medieval aragonés recopilado en huesca, limita la sanción al allanamiento de las moradas de los infanzones (art. 245), y a los castillos y mansiones de clérigos, viudas y huérfanos protegidos por el rey, excluyéndose con los términos del código actual, baños, hornos, las tabernas (art. 287). (2)

La abundancia de textos forales contrasta elocuentemente con el silencio de las partidas y demás ordenamientos de signo absolutista, no reapareciendo la tutela penal del domicilio Erga omnes hasta el régimen constitucional, que incluye la inviolabilidad del domicilio, cual uno de los derechos individuales mejor caracterizados, consagrado fundamen-

(2) Quintana, Ripolles Antonio; Tratado de la parte especial del Derecho Penal; Tomo I; Madrid 1962; Infracciones contra las personas; pág. 828-829.

tales en las constituciones, pero con la sanción correlativa de los códigos penales. Lo fue en los españoles a partir del de 1848, ya en la doble corriente dimensión pública y privada que todavía subsiste; esto es, a modo de atentado contra los derechos de la persona, en el título II (art.191, núm. 1º), y de delito contra la libertad, en el título XII, con capítulo y nombre propio de Allanamiento de Morada (capítulo IV, arts. 490 a 492 bis).

En el Derecho, el Código Penal del 7 de diciembre de 1871, en su artículo 985, hace referencia de la inviolabilidad del domicilio; en el artículo citado dice textualmente lo siguiente:

"se impondrá la pena de ocho días a seis meses de arreg y multa de \$10.00 a \$100.00, a todo empleado o agente de la fuerza pública, y a cualquier otro funcionario que, obrando con esa investidura, se introduzca en una finca sin permiso de la persona que la habite, a no ser en los casos y con las formalidades que la ley exija."

Asimismo, citaremos como antecedente histórico legisla-

tivo del delito de allanamiento de morada, el artículo 928 del Código Penal de 1929, que señala o detalla lo siguiente:

"Se impondrá una sanción de diez a treinta días de utilidad; y uno o dos años de segregación, a quien sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, sin permiso de la persona autorizada para darlo, a su casa, vivienda, aposento o dependencia de la morada de alquiler".

En el artículo siguiente del ordenamiento citado, se habla de la tentativa en el delito a que nos estamos refiriendo, y expresa el artículo posterior lo siguiente:

"Aunque el allanamiento no llegue a consumarse, se impondrá una multa de 15 a 40 días de utilidad y arresto de tres a seis meses, si hubiera fractura, horadación, excavación o escalamiento, o se abriere alguna cerradura."

Asimismo, en el artículo siguiente, se indica una sanción para todo agente o empleado de la fuerza pública que, obrando con esa investidura, se introduzca en una finca sin permiso de la persona que la habita, a no ser en los casos que la ley lo exija.

En el artículo 932 del ordenamiento antes citado, se especifica que el funcionario que viole el domicilio, además de la sanción que le corresponda conforme al artículo 930, se le aplicará la suspensión del empleo por seis meses, indicando el artículo 933 como agravante de este delito, cuando se emplea la violencia física o moral.

Cuando se utiliza el engaño o cuando la violación del domicilio se realice en la noche, considerando como agravante cuando el sujeto activo del delito vaya armado, y también cuando con el fin de violar el domicilio se ejecute fractura, horadación, escalamiento o llaves falsas.

1.2 Concepto de Allanamiento.

Irrumpir e introducirse, es tanto como allanar.

En el Código Penal Argentino, en su artículo 151, se amenaza con la misma pena de la violación del domicilio e inhabilitación especial de seis meses a dos años de prisión al funcionario público o agente de la autoridad que allane un domicilio sin las formalidades preescritas por la ley,

o fuera de los casos que ella determina.

El término allanar, empleado por la ley específicamente para describir la acción, en este caso tiene el mismo significado que el verbo "entrar".

Para el Dr. Manuel Ossorio y Florit, la institución del allanamiento es, a su vez, consecuencia lógica de la norma constitucional declarativa de la inviolabilidad del domicilio y del precepto punitivo derivado de la violación de morada.

En efecto, ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan limitados, que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos o, con mayor motivo, de la colectividad.

De ahí que se haya previsto la posibilidad de entrar en el domicilio ajeno contra la voluntad, aun expresa de su dueño, sin que ello signifique atentar contra la inviolabilidad y, por tanto, sin caer en el delito de violación de morada.

Allanar, es tanto como permitir a los ministros de justicia entrar en alguna iglesia o en otro lugar cerrado; se

entiende que contra la voluntad de quien tendría derecho a impedirlo.

Continúa diciendo el citado autor, que para allanar legítimamente un domicilio, se requieren dos requisitos: uno, el permiso de la autoridad competente, que lo es únicamente el juez; y otro, la existencia de causa debida, como lo es la investigación criminal o la aprehensión del delincuente.

1.3 Furtividad y Violencia. Análisis de dichos conceptos.

El artículo 285 de nuestro Código Penal, vigente en el Distrito Federal, establece un tipo de formulación casuística en cuanto a los medios de comisión, al señalar que el allanamiento debe realizarse:

- Furtivamente o
- Con engaño o
- Con violencia

"Furtividad" significa a escondidas, sigilosa, cautelosa o disimuladamente; esto es, en forma oculta, secreta o a hurtadillas, lo que manifiesta que el allanador se aproveche

de cualquier circunstancia que impida al interesado advertir el momento en que allana su morada, es decir, la furtividad implica que el allanamiento de la morada ajena lo hace sin conocimiento del interesado o, bien, sea porque éste no se encuentre en el domicilio o que esté durmiendo, o cuando no sea visto el sujeto activo por el interesado.

En el amplio sentido de la palabra, por lo general se realiza mediante el empleo de ganzúas o llaves falsas, o de las auténticas en poder, o al alcance del agente por cualquier razón o causa, escalando o saltando paredes, muros o zanjas.

El engaño implica ya la actitud artificiosa de hacer caer en el error al interesado o a los representantes de éste sobre el derecho que tiene el allanador para cometer su acción, haciendo creer al ofendido, bien sea que cuente con permiso para introducirse en la morada ajena, o bien, que cuenta con cualquier motivo justificado para ello.

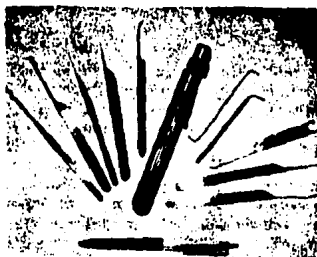
Tal es el caso de quien en ausencia del dueño engaña a la doméstica, haciéndole creer que ha sido enviado al domi-

cilio por el propietario de éste para hacer algunos arreglos dentro del mismo, o cuando al morador se le imputa falsamente la comisión de un delito y se aprovecha su provocada y momentánea detención para entrar en su morada.

Por lo que se refiere al empleo de la "violencia", dada la genérica abstracción de este término:

"se comprende tanto la ejecutada sobre las personas, como la ejercida sobre las cosas, siempre que una u otra se hubieren realizado por el sujeto activo, con la finalidad específica de lograr su introducción en la morada ajena", es decir, el sujeto puede hacer uso de la mera intimidación o amenaza sobre las personas que tienen derecho a oponerse a que allane la morada ajena, o bien, puede emplear la fuerza material para abrirse paso a realizar la lícita penetración; así pueden concurrir ambas formas de violencia al mismo tiempo o alternativamente, esto es, empezar con amenazas y terminar derrumbando la puerta.

"HERRAMIENTAS PARA ALLANAMIENTO"



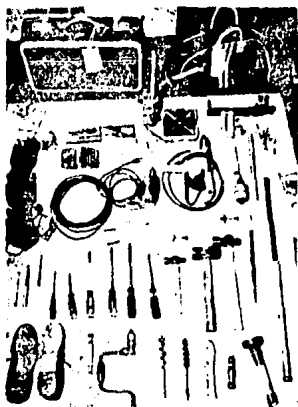
Herramientas para forzar cerraduras.

Las herramientas elegidas, por lo general dependen de la entrada que efectúen. Por ejemplo: en una casa habitación, se utilizan alzaprimas de 45 a 75 centímetros; para puertas o ventanas, sierra para cortar metales, para cortar las barras; y berbiquí y brocas cuando la entrada va a efectuarse desde los pisos superiores por el techo o desde los pisos inferiores. Los techo interiores de metal, por lo general se cortan con cizallas pequeñas.

Los tipos de heramientas encontrados incluyen artículos tales como tiras de celuloide, ganzúas, taladros eléctricos, trozos de acero rígido, guantes, cuerdas resistentes con nudos, ganchos, cortafríos, destornilladores, alzaprimas y lámparas de baterías tipo pluma.

Otras, incluyen llaves para tubos, cinta adhesiva para colocarla en las ventanas, de manera que el vidrio no se estrelle y caiga en pedazos; pistolas de agua (con amoniaco) para los perros; llaves acanaladas para cerraduras, llaves de presión, ganzúas, cínceles, punzones, sierras, mazos pesados para romper pisos o separar el bastidor de las puertas, mira telescópica o binoculares de campo, etc.

Muchas de estas herramientas pueden ocultarse en objetos tales como un muestrario de vendedor, estuches para rasurar, estuches de instrumentos musicales, bolsas de mano, bolsas de papel, petaquillas suspendidas en un cinturón, u ocultas en un vehículo.



Complicado conjunto de herramientas encontradas en la petaquilla de un allanador domiciliario.

1.4 Concepto de Morada. Clases.

En la definición y concepto de este delito, han surgido variadas tendencias doctrinales.

Eusebio Gómez nos presenta una descripción de las mismas.

Dos acepciones confiere el diccionario de la lengua a la palabra "Morada": casa o habitación; estancia de asiento

o residencia, algo continuado en un paraje o lugar.

Comenta Rocco, en el concepto de habitación que se ha concluido por comprender cualquier lugar destinado a uso doméstico, es decir, en el cual se cumpla libremente todo o parte de lo que es característico de la vida privada (reposo, alimentación, administración, ocupaciones de puro deleite o profesionales, etc.).

La extensión, según manifiesta este autor, es en realidad justa, de modo que apegándose a tal tendencia hace mención, además, de la habitación; los otros lugares de morada particular, en general entendiéndose decir con ello, todo lugar que sirve actualmente de manera permanente o transitoria al desenvolvimiento de la vida privada; lo mismo que las pertenencias de la habitación propiamente dicha, y de todo lugar de morada particular.

El vocablo morada que utiliza, envuelve un concepto amplísimo, y al aplicarlo quiere significar que su protección se extiende a todo lugar habitado.

De todas las definiciones de los autores señalados por Gómez, Cavallo atribuye el vicio de tautología a las mismas

y propone la suya. Para este autor, la habitación es cualquier lugar aislado del mundo externo, abierto o cerrado; estable o movable, que una persona destina legítimamente al ejercicio de su libertad individual en cualquier manifestación de su vida privada.

Cree conveniente que no debe restringirse el concepto de habitación al lugar, y que debe extenderse a cualquier espacio delimitado del mundo circundante, ya que dada la continua evolución de las actividades humanas y de los inventos, el hombre puede vivir, al menos temporalmente, en medio de la floresta; como en el medio del océano; en lo alto de la montaña; como vagante en el aire o sobre la superficie terrestre.

La definición reproducida no será tautológica, afirma el autor Eusebio Gómez, pero es excesiva en cuanto a las hipótesis del domicilio un tanto fantásticas.

La doctrina acepta uniformemente que: comete violación de domicilio quien penetra contra la voluntad expresa o presente del ocupante a la habitación de un hotel, aunque el que lo haga sea el dueño del establecimiento.

La mayoría de los autores indican que el ingreso a la

morada ajena presenta el carácter de violación del domicilio, aun en el supuesto de que el morador esté ausente.

La opinión contraria se funda en el argumento de que si en el momento del ingreso está ausente el ocupante, su libertad no sufre menoscabo, ni sufre perjuicio alguno; carece de valor, como lo señala Eusebio Gómez, porque la ley protege al domicilio como elemento necesario para el ejercicio de la libertad individual, como condición de seguridad, reserva, tranquilidad y seguridad, que es también condición necesaria para el desenvolvimiento de la libertad.

Es necesario que la morada tenga ese carácter en el momento del acceso.

"Una construcción cualquiera puede estar destinada a habitación y no encontrarse habitada cuando el acceso se verifica; faltaría entonces el requisito de actualidad de la habitación, que es indispensable para que la violación del domicilio se produzca".

Nosotros nos adherimos a la opinión del maestro Mariano Jiménez Huerta al decir que corresponde una significación más íntima y realista pues se refiere solo a la casa o habi-

tación en que se vive, esto es, al lugar en que comúnmente discurre la vida doméstica, ya sea permanente o temporal.(2a)

1.5 Objeto jurídico del ilícito.

Ahora bien, dejaremos establecido el bien jurídico tutelado, cuando reprime la violación del domicilio.

Para Carrara, no cabría duda que este delito deba ser situado en la clase de los delitos contra la libertad personal: la costumbre de los afectos, por una parte y, por otra, las necesidades materiales que encuentran en el lugar en que cada uno habita. Ese elemento necesario para satisfacer dichas necesidades y cultivar aquellos afectos, han creado en el hombre la idea de que el domicilio es algo indivisible de la personalidad.

"Esta unión de nuestra personalidad, con el lugar elegido para nuestro domicilio" (comenta Carrara), hace que cuando se produce una turbación de aquél, se turbe con una sentida realidad nuestra quietud, y también se turbe el sentimiento de la libertad propia, como si se llevara una ofensa a nuestra persona.

(2a) Jiménez, Huerta Mariano; Tomo III; Editorial Porrúa; 4a. Edición; México, 1982; Pág. 173

tación en que se vive, esto es, al lugar en que comúnmente discurre la vida doméstica, ya sea permanente o temporal.(2a)

1.5 Objeto jurídico del ilícito.

Ahora bien, dejaremos establecido el bien jurídico tutelado, cuando reprime la violación del domicilio.

Para Carrara, no cabría duda que este delito deba ser situado en la clase de los delitos contra la libertad personal: la costumbre de los afectos, por una parte y, por otra, las necesidades materiales que encuentran en el lugar en que cada uno habita. Ese elemento necesario para satisfacer dichas necesidades y cultivar aquellos afectos, han creado en el hombre la idea de que el domicilio es algo indivisible de la personalidad.

"Esta unión de nuestra personalidad, con el lugar elegido para nuestro domicilio" (comenta Carrara), hace que cuando se produce una turbación de aquél, se turbe con una sentida realidad nuestra quietud, y también se turbe el sentimiento de la libertad propia, como si se llevara una ofensa a nuestra persona.

(2a) Jiménez, Huerta Mariano; Tomo III; Editorial Porrúa; 4a. Edición; México, 1982; Pág. 173

Pessina comenta al respecto:

"La casa representa para la vida privada del individuo, la más esencial atmósfera de su autonomía", y es así como sustenta su apego al concepto sostenido por Carrara.

Florian, acorde a sus palabras:

"Objeto del delito es aquí la libertad individual, considerada no sólo en el jefe de una familia o de una comunidad de personas, sino también en los individuos que la componen; es la libertad individual en cuanto al lugar donde el hombre habita y desenvuelve su personalidad; y puesto que la libertad es de todo hombre, así todo hombre tiene derecho a la protección jurídica del propio domicilio".

El derecho a la casa, deriva del derecho de libertad individual:

"Es una manifestación de la misma".

Majno mantiene la postura que, unido como está el domicilio del ciudadano a su personalidad, toda turbación del mismo se convierte en una ofensa a la libertad individual.

Civoli mantiene la postura de que el delito de violación del domicilio lesiona el "derecho real" que compete al

que está en posesión pacífica de una habitación, de excluirlo a otro cualquiera, sin exceptuar al propietario de un inmueble, del ejercicio de actos de posesión incompatibles con la posesión propia a quien la tenga por un título legítimo.

Por consiguiente, el autor antes citado, cree que este delito es contra la propiedad.

A nuestro juicio, la opinión de Civoli es errada ya que el domicilio de una persona puede ser violado sin que el derecho a la propiedad sufra menoscabo.

Para Eusebio Gómez, el objeto jurídico de este delito es el lugar destinado legítimamente por una persona al ejercicio del derecho de desenvolverse su libertad personal en lo que concierne a las exigencias de su vida privada; es decir, su domicilio.

Eugenio Cuello Calón comenta al respecto que, el Código Español vigente, tutela como objeto jurídico protegido en este delito, no la casa ni la propiedad, sino el Derecho del individuo a vivir libre y seguro en su morada.

Nuestro Código Penal, parece entender como bien jurídico tutelado en el delito de allanamiento de morada: la paz

y seguridad de las personas al haberlo incluido en el título así denominado, pero además hay autores que señalan la libertad doméstica, esto es, el interés jurídico que tiene el titular de dicha morada de sentirse en su recinto libre de fastidios o incordios, aún cuando no afecten su paz y seguridad personal, y que en la realidad es el interés jurídico protegido.

CAPITULO II

CONDUCTA

2.1 Diversas clases de Conducta.

La conducta se entiende en todo delito como la acción u omisión que describe la figura delictiva; es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

El delito esencialmente es, antes que nada, una conducta humana pues precisa del actuar o abstención del hombre, y sin esto no es posible su existencia.

Luego entonces, en base a lo anterior, se desprende que son dos las formas de conducta, a saber:

- Acción y,
- Omisión

La acción es un hacer positivo, es el actuar, el obrar; es todo movimiento humano voluntario encaminado a la producción de un resultado. En sentido contrario, la omisión con-

siste en un no hacer, un abstenerse, en dejar de hacer lo que se tiene que hacer; es una inactividad voluntaria del hombre.

En la conducta negativa (omisión), los delitos suelen dividirse en Simple Omisión y Comisión por Omisión.

En la omisión simple basta un NO hacer, independientemente de que origine o no un cambio en el mundo exterior; los de comisión por omisión SI originan un cambio.

En los primeros, se viola una norma preceptiva y en los segundos, además de una preceptiva, se viola una norma prohibitiva.

Cuando la conducta no requiere de un resultado para configurarse el delito, se dice que es un delito Formal, y, cuando el tipo exige la producción de un resultado, nos encontramos entonces ante un delito material.

Otra distinción en relación a la conducta es la de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. En los primeros el delito es de acto único, mientras que en los plurisubsistentes serían actos múltiples los que configuran el delito.

También por la duración de la conducta, los delitos se dividen en:

- 1) INSTANTANEOS.- son aquellos cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.
- 2) INSTANTANEOS CON EFECTOS PERMANENTES.- cuando además de la destrucción o disminución del bien jurídico tutelado en forma instantánea, las consecuencias del mismo permanecen indefinidamente.
- 3) CONTINUADOS.- consisten en unidad de propósito, pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica o, como señala el artículo 19 de nuestro ordenamiento: "se considera, para los efectos legales, delito continuo aquel en el que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen"
- 4) PERMANENTE.- son aquellos que su consumación se prolongue en el tiempo, de manera que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos.

En orden a la conducta, los delitos también pueden ser clasificados en:

- Delitos de Lesión y,
- Delitos de Peligro

Los primeros, una vez consumados, causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente tutelados; los segundos, no causan un daño directo pero sí ponen en peligro los bienes, objeto de la tutela jurídico-penal.

Una clasificación más, es la de delitos de Sujeto Común en los que cualquier persona imputable puede actuar, es decir, puede realizar la acción u omisión y los de Sujeto Cualificado, en los que la ley señala una calidad, ya sea en el sujeto activo como en el pasivo; por ejemplo, en el delito de estupro en el que la ley requiere de la calidad de mujer y menor de 18 años.

2.2 Análisis de este delito en orden a la Conducta.

Por lo que se refiere al carácter instantáneo o permanente de este delito, éste se consuma en el momento en que se verifica el acceso arbitrario a alguno de los lugares

protegidos. La tentativa es posible, señalándose como ejemplo el caso de que un individuo, con el fin de violar el domicilio, rompe tan sólo la puerta de acceso al mismo.

En nuestro concepto, este delito es más bien de naturaleza permanente, pues por todo el tiempo en que el sujeto permanece ilícitamente en la morada ajena, se está consumando el delito, es decir, se está comprimiendo el bien jurídico de la libertad que es el bien protegido en la figura delictiva que estudiamos.

En atención al resultado, el delito analizado es formal ya que no requiere de un resultado material para configurarse el delito.

Es un delito de acción, ya que al introducirse a la morada, se está violando una ley prohibitiva.

2.3 La ausencia de Conducta.

La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos o, mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva por ser la actuación humana positiva o negativa la

base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Muchos llaman a la conducta "soporte Naturalístico del ilícito penal"; en otras palabras, la ausencia del hacer o no hacer voluntario del hombre determina la inexistencia del delito.

Nuestro ordenamiento señala como excluyentes de responsabilidad por falta de conducta, en su artículo 15 a la fuerza física exterior irresistible en razón de la cual, la conducta se ve anulada para los efectos del derecho, en virtud de no existir la voluntad. A esta ausencia de conducta se le llama "Vis Absoluta".

Otra excluyente que señala nuestro ordenamiento es la "Vis Maior"; fuerza irresistible proveniente de la naturaleza y "Vis Absoluta", fuerza irresistible proveniente del hombre.

Aunque la ley no lo diga en forma expresa, hay excluyentes de naturaleza suprallegal. Algunos autores mencionan el sueño, el hipnotismo, el sonambulismo y movimientos reflejos, etc. Concluyendo, independientemente de lo que di-

ga o no expresamente el legislador, cualquier circunstancia que anule o elimine el elemento esencial del delito llamado conducta, es suficiente para que no se configure el ilícito penal.

2.4 Vis Absoluta y Allanamiento.

Existen varios pareceres en relación con la Vis Absoluta:

- a) Quienes como Ricardo Abarca, José Almazán y Carranca y Trujillo que sostienen que la fuerza física irresistible constituye una causa de inimputabilidad.
- b) Algunos otros la consideran como una causa de inculpabilidad.
- c) Y, un número mayor de autores estiman que, en la Vis Absoluta estamos frente a una ausencia de conducta.

Estamos de acuerdo, que la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta, ya que ésta involucra una actividad o inactividad voluntaria, un movimiento corporal que realiza el sujeto o una inactividad voluntaria. De igual forma, la fuerza física hace que el in-

individuo realice un hacer o un no hacer que no quería ejecutar.

En consecuencia, si hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas no pueden constituir una conducta por faltar uno de sus elementos.

La voluntad se estima, y con razón fundada, que en estas situaciones el hombre actúa como un instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, etc., en la mano del hombre para realizar un delito y sancionar al individuo cuando actúa por una fuerza física irresistible, se dice que es tanto como sancionar a cualquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente.

El Código Penal vigente de 1931, en la fracción I del artículo 15, preceptúa que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal, obrar el acusado impulsado por una fuerza exterior irresistible.

Los requisitos del artículo 15 fracción I son:

1. Obrar el acusado
2. Impulsado
3. Por una fuerza humana

4. Física
5. Exterior
6. Irresistible

"Es indispensable que se compruebe que el agente, al ejecutar el hecho, se vea materialmente obligado a ello, existiendo una fuerza física exterior que lo impulse". (3)

"Para que proceda la fuerza física irresistible conforme al texto legal y a la doctrina, se hace imperativo comprobar que la fuerza física del sujeto que sufre la del tercero, haya de estar en tal forma superada, que el sujeto quede incapacitado para determinarse con su propia voluntad; esto es, que la fuerza impulsora exterior desarrollada por el sujeto-causa, supere a la impulsada o interior desarrollada por el sujeto-medio". (4)

(3) Semanario Judicial de la Federación; 6a Epoca. Pág. 233

(4) Boletín de Información Judicial; Tomo VIII; pág. 281

"La fuerza física exterior irresistible, como eximente de responsabilidad, opera cuando esa fuerza física anula por completo la voluntad del sujeto incapacitando a este para autodeterminarse, o, dicho de otra manera, produciendo en el mismo una ausencia del elemento subjetivo o moral". (5)

En relación a lo anterior, supongamos que usted, al ir caminando en la calle, es sorprendido por un individuo que le coloca una pistola en las costillas y lo obliga a dirigirse a determinada casa, y ya estando en la puerta de la misma, lo empuja hacia adentro. Estará usted frente a una fuerza física exterior irresistible o Vis Absoluta dándose los requisitos del artículo 15 fracción I.

(5) Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXIII; pág. 1124

2.5 Vis Maior y Allanamiento.

Fuerza Mayor es una de las hipótesis de ausencia de conducta, entendiéndose por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana.

Sus elementos son:

- a) Una fuerza
- b) Sub-humana
- c) Física
- d) Irresistible

Haciendo una comparación entre la Vis Absoluta y la Vis Maior, se observa que en ambas hay ausencia de voluntad, y, por ende, la fuerza mayor igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta.

Existen analogías y diferencia entre la Fuerza Mayor y la Vis Absoluta. En las dos encontramos:

- Una fuerza
- Física
- Exterior
- Irresistible

- Una ausencia de conducta

En relación a las diferencas, únicamente encontramos que, en la Fuerza Mayor, la Fuerza Física e Irresistible, proviene o de la naturaleza o de los animales; a diferencia de la Vis Absoluta en que la fuerza Física proviene del hombre.

En la Vis Maior, en relación con el Allanamiento de Morada, podemos citar como ejemplo el caso de una persona que, al ir por la calle ve que los cables de luz le van a caer encima y que su única salvación es introducirse en la casa que tiene enfrente.

CAPITULO III

LA TIPICIDAD

3.1 Noción. Diversas Teorías al respecto.

La tipicidad como un elemento esencial del delito, es la total adecuación de la conducta que realiza el sujeto activo a la norma descrita en la ley. La base legal de la tipicidad se encuentra en el artículo 14 de la Constitución Política del país.

Celestino Porte Petit, al referirse a la tipicidad señala que:

"...la tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo, Nullum Crimen sine tipo". (6)

La tipicidad ha tenido algunas variantes en su proceso de evolución, así tenemos que en Albania se consideró como el conjunto de caracteres que formaban al delito.

(6) Porte, Petit Celestino; Importancia de la Dogmática Jurídico Penal; pág. 37; México, D.F.

Es a partir de Beling y, posteriormente Max Ernesto Mayer, que la tipicidad adquiere su verdadera naturaleza.

Mezger, al referirse a la tipicidad la considera como:

"El fundamento de la antijuridicidad; de tal manera que no puede existir ésta si con anterioridad no se da la tipicidad".

A continuación veremos algunas teorías acerca de la tipicidad:

A) TEORIA DE LA PURA COORDINACION.

De acuerdo a esta exposición, en la configuración del delito, debe existir una conducta o hecho y después la adecuación o conformidad al tipo. En consecuencia, ha de estudiarse con posterioridad de la conducta o hecho, el tipo y su aspecto negativo para continuar con la tipicidad y su aspecto negativo.

B) TEORIA DEL INDICIO.

Esta tesis es sostenida por Mayer quien atribuye al tipo un valor indiciario de antijuridicidad, esto es, toda conducta típica es presuntivamente antijurídica.

C) TEORIA DE LA IDENTIDAD O DE LA SUPERACION.

Mezger señala que el tipo es la Ratio Essendi de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento no define al delito como conducta típica, antijurídica y culpable, sino como acción típicamente antijurídica y culpable.

Según Mezger: "El que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuridicidad, aunque a reserva siempre de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad". (7)

(7) Tratado de Derecho Penal; Tomo I; pág. 375; 2a. Edición; Madrid; 1946.

D) TEORIA DE LA ANTIJURIDICIDAD COMO RATIO ESSENDI DEL TIPO.

Blasco y Fernández de Moreda sostienen el criterio de que no sólo no es la tipicidad de Ratio Essendi de la antijuridicidad, sino que muy al contrario, es en la antijuridicidad donde hay que buscar la Ratio Essendi de la tipicidad, ya que "si una determinada conducta humana llega a ser tipificada en las disposiciones penales, lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos, es decir, cuando no concurren otros motivos justificantes de ella, como tan gravemente antijurídica en cuanto contraría a las normas de cultura en que el Estado encuentra su base jurídica y, conforme a las cuales orienta su función creadora del derecho, que no halla medio más útil el legislador para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende, sujeta a la sanción penal".(8)

(8) Porte, Petit Celestino; Apuntamiento de la parte General de Derecho Penal; Editorial Porrúa; 1980; pág. 427

E) TEORIA DEL TIPO COMO ELEMENTO DE CONCRECION Y DE CONOCIMIENTO.

Esta teoría es sostenida por José Arturo Rodríguez Muñoz y comentada por Puig Peña, dando lugar a que éste último exprese:

"De acuerdo con ella, el famoso elemento tiene una misión más modesta: de concreción y de conocimiento. De concreción, cuando existiendo la norma anteriormente mencionada, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento, cuando coincidiendo temporalmente (un acto), la aparición de la antijuridicidad y el tipo, este último es indispensable al conocimiento de la primera, agregando que realmente con esta tesis, vuelve a ser este elemento del delito, algo puramente descriptivo, determinativo, ya que su único papel es expresarnos qué porción de la antijuridicidad debe ser sancionada con una pena". (9)

(9) Puig Peña; Derecho Penal I; Nota 6; Madrid, 1955; pág. 263

3.2 Tipo y Tipicidad. Relaciones y diferencias entre ambos conceptos.

El artículo 14 de nuestra Constitución, proclama que en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

De lo anterior se desprende que sólo las leyes pueden establecer los delitos y las penas en fórmulas precisas, dando lugar al nacimiento del tipo que no es otra cosa que la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales.

Ahora bien, la tipicidad es la adecuación de una conducta (acción u omisión), a la descripción legal; dicho de otro modo, como lo señala el maestro Porte Petit:

"La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se presume en la fórmula Nullum Crime Sine Tipo"

(10)

(10) Porte Petit, Celestino; Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal; México, 1954; pág. 38.

Acerca del tipo y la tipicidad, el profesor Mariano Jiménez Huerta nos dice:

"El tipo, es el injusto recogido en la Ley Penal; la tipicidad, consiste en un juicio lógico, en donde se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función". (11)

En nuestra palabras, es así como la tipicidad guarda una estrecha relación con el tipo; es su materialización, pues la norma existe en el ordenamiento vigente y no se trasgrede sino hasta que la conducta del sujeto activo del delito coincide íntegramente con la norma descrita con anterioridad.

3.3 Clasificación de dicho ilícito en orden al tipo.

Los tipos suelen dividirse en:

(11) Jiménez, Huerta Mariano; La Tipicidad; Editorial Porrúa; México, 1955; págs. 42 y 207.

- Normales y anormales
- Fundamentales o básicos, especiales y complementados
- Autónomos o independientes y subordinados
- De formulación amplia y de formulación casuística
- De daño o lesión y de peligro

Los normales, son aquellos cuyos elementos son perceptibles por los sentidos, por ejemplo: en el homicidio no se requiere de una valoración jurídica o cultural especial para saber si una persona está viva o está muerta, bastando poner en juego los sentidos; por el contrario, en los tipos anormales, es necesario establecer una valoración cultural o jurídica, por ejemplo, en el delito de estupro en el que se requiere valorar la honestidad y la castidad.

Para el maestro Mariano Jiménez Huerta, "los tipos básicos constituyen la espina dorsal de la parte especial del Código dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es tipo básico el del homicidio descrito en el artículo 302;" Como vemos, son aquellos tipos que fungen como centro o médula de otros tipos con él agrupados.

Los simples, son aquellos que no están en directa relación con otros tipos.

Los especiales, son aquellos que se forman con un tipo fundamental y, además, otros requisitos que se añaden a ese tipo básico constituyendo así un nuevo tipo, por ejemplo: parricidio.

Los complementados también se integran con el fundamental y una peculiaridad distinta, ejemplo: homicidio calificado por alevosía, homicidio en riña, etc.

En relación a los dos tipos anteriores (especiales y complementados), pueden ser agravados o privilegiados de acuerdo a la mayor o menor entidad del delito.

Independientes o autónomos, son aquellos que tienen vida propia, sin depender de ningún otro tipo.

Los subordinados por su parte, serán los que dependen de otro tipo.

Los de formulación precisa o amplia, son aquellos en los que se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, pudiendo el sujeto llegar al resultado por distintas vías como por ejemplo: en el homicidio o el robo.

Los de formulación casuística se pueden dar con dos o más hipótesis y el tipo se colma con cualquiera de ellas.

En este caso, se les denomina alternativamente formados o bien, se puede requerir el concurso de todas las hipótesis, llamándose entonces acumulativamente formados.

Como ejemplo de los alternativamente formados, podemos anotar al delito de adulterio, el que requiere para su tipificación que se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

De los acumulativamente formados, podemos mencionar al delito de vagancia y malvivencia que requiere para su tipificación de dos circunstancias; no dedicarse a un trabajo sin causa justificada.

- Clasificación de nuestro delito en orden al tipo.

En el delito analizado, tenemos que el allanamiento de morada, por su composición es un tipo anormal. Ello se debe a que en la descripción del tipo (artículo 285), al que sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos que la ley lo permita, se introduzca furtivamente, con engaño o violencia, o sin permiso de persona

autorizada para darlo a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada. Existen varios elementos que requieren de una valoración normativa.

Es de formulación casuística, alternativamente formado, ya que el tipo describe varias hipótesis comisivas que se pueden dar en forma alternativa y así establecer que el sujeto activo, al introducirse en la morada, lo hará furtivamente o con engaño o violencia o sin permiso de persona autorizada para darlo, sin motivo justificado y sin orden de autoridad competente.

Por el daño que causan, el delito de allanamiento de morada es un delito de peligro, pues es el tipo tutela un bien consistente en la paz y seguridad de la persona que se pone en peligro.

- Elementos Integrantes.

El delito de allanamiento de morada, sancionada por el artículo 285, detalla los elementos de los que se vale el agente para introducirse a la morada ajena:

Furtivamente o con engaño, o violencia o sin consentimiento de la persona autorizada para darlo.

La acción de introducirse a la morada, entendiéndose

como tal, el lugar en el cual habita una o varias personas, debe ser total; no es suficiente para la configuración de este delito que el agente activo introduzca solo una parte de su cuerpo.

Furtivamente, significa que el allanador se aproveche de cualquier circunstancia que impida al interesado advertir en el momento en que se allana su morada, esto es, la furtividad implica que el allanamiento de la morada ajena lo hace sin conocimiento del interesado, o bien sea porque éste no se encuentre en el domicilio o porque esté durmiendo, o simplemente, cuando no sea visto el sujeto activo por el interesado en el amplio sentido de la palabra.

El engaño, como lo describe Jiménez Huerta:

"Es la acción de valerse de una condición, nombre o cualidad falsas o que no le corresponde al sujeto activo del delito para realizar la conducta típica". (12)

Porte Petit señala que: el engaño es la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es.

(12) Jiménez, Huerta Mariano; Derecho penal Mexicano; Tomo III Editorial Porrúa; 4a. Edición; México, 1982; Pág. 176.

De ahí que, en el delito de allanamiento de morada, constituyen el engaño todas las actividades preparadas artificialmente por el sujeto activo para lograr introducirse al lugar destinado a habitarse.

La violencia, en sus dos acepciones: la física y la moral, afecta la voluntad del sujeto pasivo. La violencia sobre las personas puede darse en las dos formas.

La FÍSICA, consistirá en los actos encaminados a doblegar la resistencia y a reducirlo a un estado de pasividad, esto es, si se golpea, amordaza o encierra a la persona que se halle en la morada.

La violencia MORAL se lleva a cabo mediante palabras o hechos expresivos de que se causará un mal a otro si se opone a la introducción de la morada.

También opera la violencia sobre las cosas, y ésta consiste en el uso de la fuerza para destruir los obstáculos que se oponen a la introducción del sujeto activo. Para ello, puede utilizar cualquier medio, ya sea la fuerza muscular o el uso de aparatos o instrumentos o la utilización de cualquier energía.

Sostiene Jiménez Huerta que:

"La violencia sobre las personas y la fuerza en las cosas, deben ejecutarse simultáneamente al hecho de introducirse el agente en la morada ajena o en instante inmediato anterior y comprendido en el mismo contexto de conducta." (13)

Otro medio de ejecución, lo constituye el hecho de entrar sin permiso de la persona autorizada, esto es, la acción de entrar sin que medie autorización; no es necesario que dicha autorización sea negada, sino que basta con que el sujeto activo del ilícito se adentre en la morada sin obtener el permiso previo.

Para Jiménez Huerta, quedan comprendidos en este medio de ejecución los conceptos: furtivamente, con engaño o violencia, ya que el mencionado autor explica...

(13) Jiménez, Huerta Mariano; Derecho Penal Mexicano; Tomo III; Cuarta edición; Editorial Porrúa; México, 1982.

"En puridad entran también aquí las tres formas típicas que con antelación el artículo 285 menciona, pues por una parte, es intuitivo que quien se introduce furtivamente o con violencia, lo hace sin el mencionado permiso y, por otra parte, no es menos evidente que quien se vale del engaño, actúa también sin dicho permiso, habida cuenta de que el error provocado en la víctima le hace jurídicamente inválido". (14)

Carranca y Trujillo señala que:

"Corresponde dar el permiso a aquél que dispone como habitación propia del lugar de que se trate. En caso de que se trate de una habitación común, corresponde a cada uno de sus moradores y, tratándose de una convivencia regida por una jerarquía, como lo es el caso de un hogar familiar, de un colegio, etc., al jefe de familia, al director del establecimiento o a sus representantes sin perjuicio de los otros conviventes". (15)

(14) Jiménez, Huerta Mariano; Tomo III; Edit. Porrúa; 4a. Edición; México, 1982; pág. 177

(15) Carranca y Trujillo Raúl; Editorial Porrúa; México 1980 pág. 568.

Refiriéndose al mismo concepto, señala el autor que:

"No están autorizados para franquear válidamente la entrada, los menores y los sirvientes domésticos". (16)

Dice Eugenio Cuello Calón que el derecho de oponerse a la entrada en la morada, pertenece exclusivamente al morador o los que puedan representarlo en este derecho, su cónyuge o hijos mayores de edad, pero pueden ejecutarlo también por medio de un tercer extraño (portero, servidumbre, etc.).

La expresión morador, no debe entenderse con arreglo a su significación gramatical de habitante de la casa o morada, sino como amo o señor de la casa.

El habitante posee el derecho de impedir la entrada, cualquiera que sea el título en virtud de lo cual disfruta la morada; siempre que sea legítimo, posee tal derecho, inclusive en contra del propietario no tiene derecho a entrar en contra de su voluntad, pero sí podrá utilizando los medios legales, obligar al morador a desalojar su vivienda.

Cuando varias personas de una misma familia habitan la morada, el titular de este derecho es la cabeza de la familia; y, en caso de desacuerdo con los demás restantes miem-

bros de la misma, será decisiva su voluntad.

Las personas no pertenecientes a la familia, subordinadas o dependientes del jefe (los sirvientes), no poseen el derecho de permitir la entrada ni en la casa, ni en las habitaciones, que le sean exclusivamente destinadas sin la autorización expresa o tácita del cabeza de familia; así comete el delito la criada que introduce clandestinamente a su amante en la casa del dueño o en su propio cuarto.

El cónyuge separado por sentencia de divorcio, no puede penetrar en la morada del otro cónyuge sin su consentimiento. El marido, en caso de demanda de separación o de divorcio, tampoco puede entrar en la casa donde se haya su mujer sin el previo consentimiento del dueño.

Señala el mismo autor, que se debe considerar que es fundamental el consentimiento del morador para la entrada al domicilio. No es menester la prohibición expresa, baste que la voluntad contraria del morador sea presumible para que se realice el allanamiento, de modo que si no cuenta con el asentimiento expreso o tácito del morador, debe reputarse que la entrada tuvo lugar en contra de su voluntad. Aquí

está comprendida la entrada realizada en presencia del morador así como la entrada oculta y clandestina, la cual se presume también efectuada, mientras no se pruebe lo contrario contra la voluntad del morador.

Tampoco es preciso que la voluntad contraria del morador se manifieste en el mismo momento del allanamiento, baste que le conste al que lo realiza en opinión de Groitzar, bastaría que la prohibición de entrar se hubiera hecho en cualquier tiempo y no se hubiera levantado aun en el momento de la entrada.

Señala Eusebio Gómez, que la expresión del consentimiento del morador para la admisión de una persona en su domicilio, puede ser verbal, escrita o puede hacerse por signos (un simple gesto, un ademán, son suficientes). A lo que se refiere, es que la expresión debe revestir la claridad indispensable para evitar interpretaciones equivocadas.

Indudablemente que la ley protege la inviolabilidad del domicilio y el permiso para que persona extraña se introduzca en él. Sólo corresponde al titular del derecho, ya sea

propietario o poseedor y a la persona que este titular designe para ello.

3.5 Aspecto negativo. El problema de la atipicidad.

La atipicidad se presenta cuando la conducta del sujeto activo no encuadra con la descripción del tipo. Esta acción, constituye el aspecto negativo de la tipicidad y es en esencia, la ausencia del delito.

En general, los tratadistas distinguen entre ausencia de tipo y atipicidad entendiéndolo la primera como la falta en la ley de la descripción de un delito y, la segunda cuando existiendo un tipo, la conducta no se amolda de un modo exacto, preciso a la descripción legal.

Siguiendo la clasificación del maestro Fernando Castellanos Tena, las causas de atipicidad, se pueden reducir a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico

- c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.
- d) Al no realizarse el hecho por los medios específicamente señalados en la ley.
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos y,
- f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

Como ejemplos de atipicidad por ausencia de calidad en los sujetos, podemos señalar entre otros:

- El parricidio, en el que el sujeto pasivo ha de ser un ascendente consanguíneo; si no lo es, sale sobrando decir que no se configura el delito.

En cuanto a la falta de objeto material o jurídico como causa de atipicidad, podemos señalar:

- El robo, el cual requiere entre otras cosas, que se trate de bienes ajenos, no siendo así, lógicamente hay atipicidad.

Algunas veces, el tipo legal exige que el delito se lleve al cabo en determinado tiempo o lugar, de no ocurrir

así, no hay delito por atipicidad.

En ocasiones, la ley requiere que el sujeto utilice medios determinados, concretos, por ejemplo: en el delito de estupro se necesita como medio la seducción o el engaño.

En caso de faltar estos elementos, no se configura el delito por atipicidad.

Acerca de la atipicidad por falta de los elementos subjetivos, podemos poner como ejemplo el artículo 277 fracción I, en el que con el fin de alterar el estado civil, requiere la descripción legal, atribuir un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre, lógicamente no hay delito.

Por lo anterior, si la conducta del agente que se introduce a una morada con motivo justificado o con permiso de la persona autorizada para darlo, no se surten los supuestos exigidos por el tipo, no se viola el bien jurídico tutelado.

Se presenta la atipicidad en el delito analizado, como ya se expuso, cuando no se surten los elementos normativos

y además, cuando los medios exigidos por el tipo no se presentan en la conducta realizada por el agente; por ejemplo, cuando no se valga del engaño, de la furtividad o de la violencia.

Es de especial interés y no constituye delito de allanamiento, el hecho de que la persona que se encuentra dentro de la morada, se niegue a salir de ella, pues dicha conducta no está contemplada en el delito analizado.

Por lo anterior, si la conducta del agente que se introduce a una morada con motivo justificado o con permiso de la persona autorizada para darlo, no se surten los supuestos exigidos por el tipo, no se viola el bien jurídico tutelado.

En relación al motivo que induce al agente a introducirse, se puede decir que es indiferente la causa que lo induzca, pues la finalidad del delito es la protección del hogar, por lo tanto, los fines no afectan a la configuración del delito.

CAPITULO IV

ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS JUSTIFICANTES

4.1 Noción de lo contrario al derecho.

Cuando un hecho es contrario al derecho, se dice que es antijurídico, pero esta contradicción al derecho, debe ser en forma objetiva, material, es decir, el comportamiento en su fase externa; de no ser así, por el contrario, se atendería a su proceso psicológico causal; nos encontramos ante el elemento esencial del delito llamado culpabilidad.

Como dice el maestro Castellanos Tena:

"La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa". (17)

El citado maestro sigue diciendo:

"Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase

(17) Castellanos, Tena Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Editorial Porrúa; Décima Tercera Edición; México, 1979; Pág. 176

material y la escala de valores del Estado".

Para el maestro Porte Petit:

"La conducta es antijurídica, cuando siendo típica, no está protegida por una causa de justificación" (18)

Nosotros nos adherimos a esta concepción, pues todo comportamiento voluntario del hombre, ya sea un actuar, una acción o un no hacer, omisión, que se adecúen a la descripción que de un delito hace nuestro ordenamiento, necesariamente resulta antijurídico, a no ser que tenga una causa de justificación, ya que extiendo ésta, la conducta es irrelevante para el derecho por faltar el elemento antijuridicidad

De lo anterior se desprende la esencialidad del elemento antijurídico para la configuración del ilícito; faltando dicho elemento, lógicamente no habrá delito.

A Franz von Liszt se debe la elaboración de una doctri-

(18) Porte Petit, Celestino; Programa de la Parte General del Derecho Penal; México, 1958; pág. 285

na dualista de la antijuridicidad, no obstante que dicho elemento constituye un concepto unitario. El citado autor, señala que el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley), y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

El maestro Cuello Calón, comentando acerca de esta dualidad, nos comenta:

"La rebeldía contra la norma jurídica, constituye la antijuridicidad formal y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía, es la antijuridicidad material". (19)

El maestro Ignacio Villalobos dice:

"El orden jurídico, necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad como tal, supone un conjunto de normas de necesidad moral cuyo quebrantamiento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia la seguridad y el bien común; estas normas forman un

(19) Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal; Tomo I; Parte General; Octava Edición; Madrid, 1942; pág. 285

acervo equitativo de obligaciones y derechos a que todos nos hallamos ligados y de que todos podemos disfrutar. La violación de esas obligaciones o el ataque a esos derechos, el atentado contra esas normas jurídicas es lo que tiene en carácter de antijuridicidad material, porque viola intereses vitales de la organización social; intereses que al ser protegidos por la estructura jurídica, constituyen una institución o un bien jurídico, y por eso se dice que en una sociedad organizada jurídicamente o en un estado. El antijurídico material o el contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicos protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos locales.

En todo precepto legal va implícita una norma, y aun el lenguaje ususal, tomando el continente por contenido y viceversa, hace sinónimos los términos de ley y norma jurídica; así la infracción de la leyes significa una antijuridicidad formal, por la violación del precepto positivo derivado de los órganos del

Estado; y una antijuridicidad material, por el quebrantamiento de las normas que la ley interpreta, o de los intereses sociales que una y otra reconocen y amparan". (20)

4.2 Licitud de las conductas Típicas.

Las conductas humanas pueden ser típicas, es decir, que se adecúen al tipo penal establecido por el legislador. La tipicidad presupone antijuridicidad, pero excepcionalmente una conducta típica puede ser lícita y esto ocurre cuando el derecho mismo reconoce el valor legal de las mismas, así por ejemplo, cuando en el allanamiento de morada se actúa en cumplimiento de un deber, el caso del actuario que, cumpliendo con su deber, penetra a un domicilio para desalojar a sus moradores en virtud del mandato del juez, apoyado en un juicio de desahucio o del policía que en un cateo, ordenado por la autoridad jurisdiccional, penetra a una morada.

(20) Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano; Editorial Porrúa; Segunda Edición; México, 1960; pág. 249

Estas son las conductas lícitas mismas que pueden ser las siguientes:

- Legítima Defensa
- Estado de Necesidad
- Cumplimiento de un deber
- Ejercicio de un Derecho
- Obediencia Jerárquica
- Consentimiento del ofendido Expreso o Presunto

4.3 Supuestos Normativos previstos en los artículos 285, 286 y 287 del Código Penal del Distrito Federal.

Los supuestos normativos son las características propias que marca la ley como requisito o condición para que pueda darse el delito; así en el artículo 285 del Código Penal, tenemos que son supuestos normativos:

SIN MOTIVO JUSTIFICADO, es decir, que necesariamente, para que pueda existir el ilícito, el sujeto activo tiene que introducirse a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada...; caso contrario, es decir, cuando el infractor

de la morada, tenga motivo justificado. Ejemplo:
En el cateo o visitas domiciliarias permitidas por la Constitución, no habrá delito.

El anterior normativo permitía que una persona con motivo justificado, pudiera entrar a una casa habitación sin incurrir el delito. Esta hipótesis es bastante amplia, aceptando casos que, aunque no fueran marcados por la ley, si fueran justificados; por ejemplo:

Una persona que se encuentra huyendo de un peligro inesperado puede introducirse a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada..., pero el artículo marca otro supuesto normativo que es sin orden de autoridad competente, fórmula ya más concreta que marca las hipótesis delictivas, cuando cualquier persona sea funcionario o particular, realice alguna labor que tenga que llevar a cabo sin orden de autoridad competente; por ejemplo, cuando el agente de la policía judicial realice sin la orden del juez un cateo.

Aunque el artículo 285 del Código Penal marca como bien

jurídico tutelado la inviolabilidad de la morada en que se habita, de la casa habitación, es decir, el no atentar contra la libertad personal en relación con nuestra vida privada.

Los artículos 286 y 287, erróneamente tratan de hacer lo mismo, consagrando la seguridad de las personas; no obstante, al decir de Mariano Jiménez Huerta, lo que se tutela es la libertad de las personas que tienen, no en su casa habitación o morada, sino en un lugar donde tienen o pueden tener mayor peligro. Es así que el artículo 286 establece que:

Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona, con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentimiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años.

Vemos que en este caso, la ley marca como supuestos

normativos, es decir, aquella característica que el mismo ordenamiento jurídico prescribe para que pueda darse el delito son: "en despoblado" ó "lugar donde se encuentran edificaciones porque no está poblado" (21) y paraje solitario, que es un lugar con semejantes características y también el que está poco poblado, por ejemplo: en los alrededores de las poblaciones.

Resulta también el tercer y último supuesto que es el uso de la violencia, que en capítulos anteriores hemos visto en que consiste así, cuando una persona trate de causar un mal, obtener un lucro o de exigir el asentimiento de una persona para cualquier fin, si no lo hace en despoblado, en paraje solitario o con violencia, no se dará el delito de asalto que es el que tipifica los artículos 286 y 287 del Código Penal, independientemente que se de o no otro delito.

Por último, el artículo 287 que también consagra el delito de asalto, marca un supuesto normativo para efectos de agravar la pena.

(21) Carrancá y Trujillo; Carrancá y Rivas; Código Penal anotado; Editorial Porrúa; Décima primera edición; México, 1985; pág. 661

"Si los saltadores atacaren una población", entendiéndose por población, un lugar habitado; en tal virtud de no hacerse en población sino en lugar solitario, por ejemplo, se aplicará el artículo anterior (artículo 286).

El espíritu del artículo 287, quiere marcar la posibilidad de que se afecte a la población y no a un individuo en sí, pues si así fuera, se daría otro delito y no el de asalto o ataque a una población.

Es así como el legislador de una manera no muy feliz (ya que a veces es repetitiva y otras incluso obvia), trata de salvaguardar la seguridad y, sobre todo, la libertad de las personas en su casa habitación (artículo 285), en un lugar donde no se pueda defender (artículo 286), o el ataque violento a una población, que por la misma rapidez y sorpresa en que llevan a la violencia en sí, la población no tendría tiempo para defenderse (artículo 287).

4.4 Análisis de las diversas causas de justificación que pueden presentarse en relación al Allanamiento de Morada.

Las causas de justificación, también llamadas justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad, son aquellas condiciones que pueden eliminar la antijuridicidad de una conducta típica.

Las causas de justificación, para que se integren, tienen que estar declaradas y recogidas expresamente por la legislación, siendo éste el único medio de eliminar o neutralizar la antijuridicidad.

Las causas de justificación que señala la doctrina son las siguientes:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Cumplimiento de un deber
- Ejercicio de un derecho
- Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer)
- Impedimento legítimo y,
- Consentimiento del ofendido (expreso o presunto)

El llamado consentimiento del ofendido o interesado, se fundamenta en lo que la doctrina llama "Causas de justifica-

ción por ausencia de interés." Las demás causas de justificación, encuentran su razón de ser o su fundamento doctrinal, en la llamada doctrina del interés preponderante.

En efecto, en estos casos entran varios intereses o valores en lucha y, el derecho ha de preferir la salvación del interés más valioso aunque sea en sacrificio del interés de menor valor, desde un punto de vista extremativo jurídico y social.

Haremos un breve estudio de cada una de las causas de justificación:

LEGITIMA DEFENSA.

Dice Jiménez de Asúa:

"La legítima defensa, es la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin transponer la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios". (22)

(22) Jiménez de Asúa; La Ley y el Delito; Edición Andrés Bello; Caracas, 1945; pág. 363.

Para Cuello Calón:

"Es legítima la defensa, necesaria para rechazar una agresión actual o inminente, e injusta mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor". (23)

Von Liszt dice que:

"Es la defensa necesaria para repeler un ataque actual y contrario al derecho, mediante una agresión contra el atacante" (24)

El maestro Castellanos Tena resume de la siguiente manera las anteriores definiciones:

"La legítima defensa, es la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección". (25)

(23) Derecho Penal; Tomo I; Octava edición; Madrid, 1947; pág. 341; Cuello, Calón Eugenio.

(24) Tratado de Derecho Penal; Tomo II; Segunda edición; Madrid, 1927; pág. 332; Franz Von List.

(25) Lineamientos de Derecho Penal; Editorial Porrúa; décima novena edición; 1984; pág. 190; Castellanos, Tena Fernando.

El artículo 15, fracción III, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal expresa:

"Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente".

En base a lo anterior, resulta que la legítima defensa, constituye sin dada alguna, una causa de justificación que elimina de la conducta típica, la antijuridicidad, elemento esencial del delito, pues al repeler el sujeto una agresión antijurídica y actual, y ante la imposibilidad del estado de acudir en ese instante en su auxilio para evitar el ataque, el atacado obra conforme a derecho, en ocasión de que entren los intereses en pugna, como es el orden público y la vida o integridad personal del agresor, el primer bien es preponderante.

El Código Penal, señala dos casos en donde se presume la existencia de la defensa legítima. En el artículo 15 párrafo sexto de la fracción III:

Establece la presunción de legítima defensa respecto de

aquél que, durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

En el párrafo siguiente, se mantiene igual presunción para el que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los cuales tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño o arma de noche o en circunstancias tales que revelen las posibilidad de una agresión.

ESTADO DE NECESIDAD.

Para el maestro Cuello Calón, el estado de necesidad es "El peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la cesión de bienes, también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona". (26)

(26) Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal; Tomo I; Octave Edición; 1947; pág. 362

Es para Sebastian Soler:

"Una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". (27)

En la fracción IV del artículo 15 del Código Penal dice;

"La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otros, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

Como es de notarse, en esta justificante, se establece el principio del interés preponderante; sólo cuando el bien sacrificado es notoriamente inferior al salvado podrá operar una causa de justificación o una excusa absolutoria; cuando el bien salvado es inferior al sacrificado, se integra el delito salvo casos especiales.

(27) Soler, Sebastian; Derecho Penal; Octava Edición; 1947; pág. 362

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

Otras causas de justificación que impiden que se configure el delito son:

- * El cumplimiento de un deber y,
- * El ejercicio de un derecho

En nuestro Código Penal, en su fracción V del artículo 15, señala como excluyente de responsabilidad:

"Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, consignados en la Ley".

Estas causas encuentran también su fundamento en el principio de la preponderancia de intereses; podemos citar ejemplo: dar las lesiones o incluso, el homicidio cometido en los deportes pues, los deportistas actúan en ejercicio de un derecho permitido por el Estado.

Un ejemplo de una causa de justificación por obrar en cumplimiento de un deber, puede señalarse como los tratamientos médico-quirúrgicos, los cuales, como consecuencia, pueden traer lesiones, no siendo sin embargo punibles si se llevan al cabo en cumplimiento de un deber (tratan de sal-

var la vida o curar).

OBEDIENCIA JERARQUICA.

El Código Penal, en su artículo 15, fracción VII señala:

"Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Cuando el inferior no posee el incondicional deber de obediencia y, sabiendo la ilicitud del mandato lo cumple, delinque si el subordinado, poseyendo el poder de inspección sobre la orden superior, considera a ésta justa, a virtud de un error esencial de hecho insuperable, se configura una causa de inculpabilidad.

IMPEDIMENTO LEGITIMO.

Esta causa de justificación, consiste en dejar de hacer lo mandado porque lo impide otra norma jurídica de mayor jerarquía.

De la misma manera que las anteriores justificaciones,

resurge una vez más en ésta, el principio del interés preponderante por impedir el actuar una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción.

También se encuentra señalada esta causa de justificación, en el artículo 15, fracción VIII del Código Penal que a la letra dice:

"Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

En esta causa de justificación, el comportamiento es siempre omisivo. Casi siempre se suele dar el ejemplo de un sujeto que se niega a declarar por impedírselo la ley, en virtud del secreto profesional.

Vemos que, el acceso a la permanencia en domicilio ajeno no necesariamente debe ser ilícito para que pueda constituirse este delito; esto es, que mediante esa ilícita penetración o permanencia en morada ajena, se lesiona la libertad de las personas, la intangibilidad e incomulidad de su morada, como expresión de su derecho de libertad plasmada materialmente en la existencia de un lugar al que no tienen

acceso los demás, sino en casos excepcionales; lugar que constituye el refugio natural del hombre, donde éste puede encontrar reposo a sus jornadas diarias y en fin, realizar las esencias íntimas de su personalidad.

El acceso o penetración y la permanencia en morada ajena, no serán antijurídicas si se realizan en primer término, por orden de autoridad competente y en los casos en que la ley lo permita; garantiza ésta que se encuentra plasmado y limitado en esa forma, dentro de nuestra Constitución Política (artículo 16). En efecto, tanto la autoridad administrativa como la autoridad judicial, pueden dictar providencias en virtud de las cuales es posible el acceso lícito a las moradas ajenas, ya sea en el cumplimiento de reglamentos sanitarios, fiscales o en la realización de embargos judiciales, etc.; la autoridad algunas veces, acompañada de particulares (el actor en el juicio ejecutivo), puede demandar del interesado que les permita el acceso a la morada para cumplir con los fines específicos de las órdenes o resoluciones que así lo señalen, pero los cateos, las visitas domiciliarias y todos estos actos de autoridad, llevan un

fin específico del que no pueden excederse las autoridades que lo realizan. Lo contrario implicaría un claro abuso de autoridad o un abusivo ejercicio de este derecho que daría lugar a que el ya referido allanamiento, aun facultado inicialmente u ordenado por la ley, se transformara en ilícito.

Por lo que se refiere a la legítima defensa y al estado de necesidad, es posible pensar en la existencia de estas causas de justificación, las cuales eliminarían la antijuricidad en el específico delito que estamos estudiando.

Imaginémonos el caso en el cual un sujeto, con el fin de librarse de un peligro real y efectivo, que se cierne sobre su vida, su integridad personal, se ve en la necesidad de allanar la morada ajena aun sin el consentimiento del interesado. Esto sería el caso de un individuo que, perseguido por un perro rabioso o por un ratero, se introduce en la casa de otra persona para librarse del peligro, o de alguna persona indigente que ante la inclemencia del tiempo, y no teniendo lugar donde pernoctar, y encontrándose enfermo, se ve en la necesidad de acogerse en el techo de otra. A estas circunstancias dramáticas se refiere indebidamente la ley

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

cuando requiere que la introducción al domicilio ajeno se realiza "sin motivo justificado".

Al respecto Jiménez Huerta comenta:

"La frase SIN MOTIVO JUSTIFICADO, hace referencia a nuestro juicio, más que a los casos de estado de necesidad ya comprendidos en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal; a aquellos otros en que el sujeto activo se introduce en la morada ajena con la finalidad de prestar un humanitario servicio o una caritativa ayuda, aunque objetivamente no concurren los requisitos del estado de necesidad. La palabra "motivo" que la ley emplea, subjetiviza un tanto el precepto, el cual puede ser aplicado a situaciones más amplias que las que describe la fracción IV del artículo 15 del Código Penal.

Nos hallamos aquí, más que una causa impositiva del nacimiento del injusto, en el principio de la estricta necesidad, ante una justificación basada en la valoración social de la motivación de la conducta. Tal es el caso de quien sabiendo que otro se encuentra solo,

y aquejado de un ligero catarro o de una venial gripe, entra en su domicilio para llevarle un médico, un caldo o un vaso de leche; empero, en la valoración del motivo para calibrar su justificación deben excluirse, por peligrosos, los subjetivismos excesivamente personalistas. El juzgador debe inspirarse y erigirse en intérprete de los sentimientos imperantes en la conciencia social". (28)

(28) Jiménez, Huerta Mariano; Tomo III; Editorial Porrúa; México, 1982; pág. 178

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD

Con el objeto de entender el factor "culpabilidad", es necesario tomar partido por alguna de las dos principales corrientes existentes acerca de dicho elemento que son:

- * La Psicológica y,
- * La Normativa

En la primera, la culpabilidad radica en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor de una conducta típica y antijurídica, dando por supuesta la imputabilidad.

Nuestro ordenamiento precisa como formas de culpabilidad al establecer que los delitos pueden ser:

- Intencionales
- No intencionales o de imprudencia
- Preterintencionales

Para la segunda corriente, la culpabilidad es un juicio

de reproche a una motivación del sujeto.ⁱ

Para Jiménez de Asúa, la culpabilidad:

"Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta anti-jurídica"(29)

El profesor Fernández Doblado, expresa que:

"La culpabilidad normativamente, no es solamente una liga psicológica entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del sujeto, es algo más; es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico, considerada como reprochabilidad de la conducta del individuo al cometer el evento delictivo; se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz de un deber" (30)

Nosotros nos adherimos a la corriente psicológica, haciendo nuestra la crítica que de la postura normativa hace

(29) Jiménez de Asúa, Luis; La Ley y el Delito; Editorial Bello; Octava Edición, Caracas, 1945; pág. 444.

(30) Fernández Doblado, Luis; Culpabilidad y Error; México, 1950; pág. 24

Carlos Fontan Balestra, para quien el afirmar que la culpabilidad es un juicio de reproche, equivale a sostener que el agua no es sólo oxígeno, sino también hidrógeno, lo cual es verdad, dice, más no es dable pasar de ahí a la afirmación de que el agua es hidrógeno.

Del mismo modo, cuando se expresa que la culpabilidad no es únicamente una relación psicológica sino también una actividad reprochable, no puede censurarse, pero de ello a llegar a sostener que la culpabilidad es un juicio de reproche, significa reemplazar el objeto valorado por el juicio de valor de que:

La culpabilidad es una actitud subjetiva reprochable, pero no el reproche de una actitud subjetiva. (31)

5.1 El Dolo.

El dolo para Miguel Garcilópez es:

(31) Fontan Balestra, Carlos; El elemento Subjetivo del Delito; Editorial de Palma; Buenos Aires, 1957 pág. 157

"la consciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la norma penal"(32)

Maggiore lo define como:

"La intención de causar un hecho antijurídico". (33)

El maestro Cuello Calón dice que:

"El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente, en la intención de ejecutar un hecho delictuoso (34)

Jiménez de Asúa opina que el dolo:

"es la producción de un resultado antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifes-

-
- (32) Derecho Penal; Parte General; Madrid, 1940. García L. Miguel
(33) Derecho Penal; Tomo I; Editorial Temis; Bogotá, 1954. Maggiore
(34) Derecho Penal; Tomo I; octava edición; 1947; pág. 302; Cuello Calón, Eugenio.

tación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (35)

El maestro Castellanos Tena, resume las anteriores definiciones diciendo que:

"El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico". (36)

5.2 La Culpa.

Acerca de la culpa, Eusebio Gómez nos dice que:

"Un delito es culposo cuando el resultado determinante de la acción no ha sido previsto ni querido por quien lo realiza sin la intención de producir lesión jurídica alguna. Ese resultado deriva de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas: entre la

(35) Jiménez de Asúa, Luis; La ley y el delito; Carácas, 1945; pág. 459

(36) Lineamientos elementales de Derecho Penal; Editorial Porrúa; México, 1984; pág. 239

acción u omisión del autor y el efecto debe mediar, necesariamente una relación directa". (37)

También nos habla Ricardo C. Núñez de la culpa y dice que:

"Consiste en una omisión de cuidado en el obrar o en el omitir, porque sin la observancia de un deber que lo prohíba, el descuido no es reprochable". (38)

Edmundo Mezger dice:

"actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede preveer la aparición del resultado". (39)

Resumiendo, hay culpa o imprudencia de acuerdo a la terminología de nuestro ordenamiento penal, siempre que el sujeto obre u omita sin tomar en cuenta, las providencias in-

- (37) Tratado de Derecho Penal; Tomo I; Buenos Aires, 1939; Gómez, Eusebio.
(38) Derecho Penal Argentino; Tomo II; Editorial Omeba; Buenos Aires; pág. 75; Núñez C., Ricardo
(39) Tratado de Derecho Penal; Tomo II; segunda edición; Madrid; pág. 171; Mezger, Edmundo

dispensables para no lesionar a los demás; más el resultado previsible y penalmente tipificado, adviene por su conducta descuidada.

5.3 La Preterintencionalidad.

Suele hablarse también de la preterintencionalidad, en el caso de que el resultado delictivo sobrepasa a la intención del agente. Existe dolo en cuanto al evento deseado y culpa con relación al efectivamente surgido. Nuestro ordenamiento capta la figura del delito preterintencional en la fracción III del artículo 8º del Código Penal al señalar que los delitos se clasifican en:

1. Intencionales
2. No intencionales o de imprudencia
3. Preterintencionales

5.4 La Imputabilidad y su ausencia.

El delito es, antes que nada, una conducta humana voluntaria que coincide con la descripción que hace el Código,

dando lugar a la tipicidad y objetivamente contrario a los bienes, objeto de la tutela jurídica, de lo que resulta la antijuridicidad; no quedando otro elemento que analizar que el subjetivo, es decir, la culpabilidad con la cual se integra la noción completa del delito.

Para ser culpable, se requiere la capacidad de entender y de querer, es decir, la imputabilidad. Constituye ésta un presupuesto indispensable de la culpabilidad, faltando la imputabilidad, no se configura el delito por faltar la base necesaria del elemento subjetivo.

Cuando está presente la capacidad del sujeto pero falta la culpabilidad, es entonces cuando se habla de inculpabilidad.

Para el maestro Castellanos Tena, la imputabilidad es:

"El conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal que lo capacitan para responder del mismo."

(40)

(40) Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Décimo Novena Edición; México, 1984; pág. 218

El profesor Carrancá y Trujillo dice que:

"Es imputable quien posee, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminante por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idoneo jurídicamente para observar una conducta conforme a las exigencias de la vida en sociedad humana". (41)

5.5 Los inimputables Permanentes y Transitorios. La inimputabilidad.

Las causa de inimputabilidad son señaladas por nuestro Código Penal en su artículo 15 fracciones II y IV.

En la fracción II, menciona lo siguiente: "padecer el inculpado, al momento de cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los

(41) Carrancá y Trujillo Raúl; Derecho Penal Mexicano; Tomo I; Editorial Robredo; 4a. edición; 1955; pág. 22

casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

Por su parte, la fracción IV señala que: "el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

Anteriormente a las reformas al Código Penal de enero de 1983, los comentarios de nuestro ordenamiento, señalaban otras causas legales de imputabilidad como lo eran, las establecidas en el reformado artículo 68, que preveía los estados permanentes de inconciencia, al señalar que serían recluidos en manicomios o en departamentos especiales: los locos, idiotas, imbeciles o los que sufrieran otra debilidad o anomalía mentales que hubieran delinquido.

Este precepto fue muy criticado, ya que daba la impre-

sión de que aceptaba la responsabilidad de los trastornos mentales permanentes, siendo que son verdaderos inimputables.

El error antes citado, fue salvado al modificar el artículo 15, en su fracción II, incluyendo en él las reales imputabilidades y dejando a un lado las supuestas excluyentes de responsabilidad como el empleo accidental de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes y, superando la anacrónica redacción y terminología del artículo 68; ya que, como lo señala la iniciativa presidencial que propuso estas reformas, al referirse a la nueva fracción II del numeral 15 que dice:

"con la citada fórmula, se fijan las hipótesis señaladas por la técnica, de incapacidad de entender y de incapacidad de querer, y se resuelve el problema de las denominadas acciones libres en su causa; esto es, de los supuestos en que deliberada o imprudencialmente se coloca el individuo en condiciones de delinquir".

(42)

(42) Iniciativa Presidencial que reforma, deroga y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero Federal; noviembre 18 1983; pág. 5

Actualmente, nuestro ordenamiento señala en sus artículos 67, 68 y 69, el tratamiento a dar a los inimputables en internamiento o libertad y señala en su artículo 67 que:

"en el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá de medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente. Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento".

Por su parte, el artículo 68 prevee la posibilidad de tratamiento medio en libertad al indicar que:

"Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora; en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia; garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas con la frecuencia y características del caso".

Es importante señalar, el nuevo texto del artículo 69 que impide el desbordamiento de la justicia penal, que, en la realidad, pudiera traducirse en reclusiones de por vida ya que señala:

"en ningún caso, la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables".

Asimismo, es importante mencionar el recién creado artículo 118 bis que resuelve el problema de trato al inimputable cuando éste se ha sustraído a la acción de la justicia y posteriormente sea detenido.

Por lo que hace a los menores infractores, el Código Penal establecía que los menores de dieciocho años que cometieran infracciones a la ley penal, serían internados por el tiempo necesario para su reforma educativa.

A partir del 2 de agosto de 1974, fecha en que se publicó la "Ley que crea los consejos tutelares para menores infractores del Distrito Federal", ha venido reglamentando a dichos inimputables tal como ordena su artículo primero:

"El consejo tutelar para menores, tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años, en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección a la vigilancia del tratamiento".

Por su parte, el artículo segundo de la citada ley dice;

"el consejo tutelar, intervendrá en los términos de la presente ley cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir o fundamente una inclinación a causar daños así

mismo, a su familia o a la sociedad y ameriten por lo tanto, la actuación preventiva del consejo".

5.6 Ausencia de Culpabilidad.

Las causas de inculpabilidad, de acuerdo a la corriente psicológica son:

- . El error
- . La violencia moral o coacción

Fontan Balestra al hablar acerca del error nos dice:
"es común entre los autores clásicos el estudio del error como causa excluyente del dolo. Más exacto nos parece hacerlo como causa de inculpabilidad, pues si bien es cierto que la consecuencia más frecuente del error es eliminar la culpabilidad a título de dolo, en forma culposa, puede también destruir la culpabilidad en sus dos formas, es decir, totalmente". (43)

(43) Fontan, Balestra Carlos; El elemento Subjetivo del Delito; Editorial de Palma; Buenos Aires; 1957; pág. 335.

La distinta naturaleza de la ignorancia y el error, nos sigue diciendo el citado autor, radica en que la primera supone la ausencia absoluta de conocimiento respecto de determinada materia; en tanto que el error implica un conocimiento que se tiene por verdadero o exacto siendo falso.

Desde el derecho Romano, la doctrina tradicionalmente distingue entre el error de hecho y el error de derecho y, esta distinción ha sido acogida por no pocas legislaciones.

Partiendo del principio "Ignorantia-Vel erro juris non excusat", la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento; el error de derecho es irrelevante.

El error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre el significado de la ley no justifica ni autoriza su violación; la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

Para el maestro Porte Petit, "el error esencial de hecho para tener efectos eximientes, debe ser invencible; de lo contrario, deja subsistente la culpa". (44).

(44) Porte Petit, Celestino; Apuntalamientos de la parte General del Derecho Penal; México, 1964; pág. 63

En la legítima defensa putativa, el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión.

En la legítima defensa putativa, nos comenta el mismo autor, que por la culpabilidad, está ausente por falta del elemento moral del delito, en función del error esencial de hecho. La actuación del agente es antijurídica porque por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación (esta observación vale para todas las eximentes putativas), que en el caso sería la agresión actual, violenta, injusta, etc.: en tales condiciones, la conducta no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria al derecho, pero no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico.

En el estado necesario putativo, así como en el deber y derechos putativos, valen las mismas consideraciones hechas para la legítima defensa putativa, pero como en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de hecho,

éste debe de ser invencible y fundamentado. Se requiere además comprobar que, si hubiera manera y tiempo de salir del error, el sujeto lo hubiera intentado.

La no exigibilidad de otra conducta, es un instituto relativamente moderno; se dice que frecuentemente el Estado se encuentra imposibilitado para exigir del sujeto un actuar diverso al realizado al operar circunstancias excepcionales y que, por ende, no surge la culpabilidad a virtud de no ser el comportamiento típico y antijurídico.

El profesor Villalobos opina acerca de esto:

"Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de

los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial.

Alguna solución se ha de buscar en el terreno de la convivencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica, como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del derecho sin que medie cosa alguna que la autorice y aún cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico". (45)

La no exigibilidad de otra conducta, debemos considerar la como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación; por lo tanto, sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos.

(45) Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano; Editorial Porrúa; Segunda edición; México, 1960; pág. 421

Analizando nuestro delito en estudio, hay algunos autores que piensan que este delito, sólo puede cometerse por dolo y, por otro lado, otros sostienen que es posible configurar un allanamiento de morada culposa o imprudente.

En cuanto al dolo; que es señalado por Eusebio Gómez como elemento psicológico del delito, se refiere al mismo indicando que, en la doctrina se piensa si la forma del dolo que interviene en este delito está constituido por el dolo genérico o si requiere un dolo específico.

Señala que, para la resolución, se debe tener presente que la violación del domicilio puede ser un delito medio para perpetrar otro delito, y que, cuando esa finalidad no existe, cuando el hecho es fin de sí mismo, no puede negársele autonomía.

En la primera hipótesis, sería indudable la intención de violar el domicilio, puesto que se tiene la intención de alcanzar el fin.

El dolo que preside a la comisión del delito fin, comporta el dolo en la del delito medio.

En la segunda hipótesis, debe mediar para que el hecho admita la calificación de doloso; que haya mediado la intención de lesionar el derecho protegido, es decir, la libertad individual en el aspecto de la misma que la inviolabilidad del domicilio representa. Para Cuello Calón, este delito es doloso pues el elemento interno está constituido por la voluntad de permanecer en la morada con la conciencia de la voluntad contraria del morador y con conocimiento de la ilegitimidad de su permanencia.

También para Manzini se trata de un delito doloso que se consume materialmente por el hecho de introducirse en la morada con todo el cuerpo (no se integra el delito con introducir un pie o un brazo).

Xicotencatl Leyva Mortera, sostiene que en el delito de Allanamiento de morada, puede darse la culpa y señala que:

"Es factible pensar que una persona que sin tomar las debidas precauciones, se introduce sin permiso del dueño de la casa a dicha morada, no mediando absolutamente nada que justifique tal proceder, si no só-

lo su ligereza".

Nosotros no estamos de acuerdo en que el delito de allanamiento de morada pueda ser cometido culposamente, esto es, por imprudencia a que alude el Código y para afirmarlo, vemos que la introducción en el domicilio ajeno debe ser furtiva, con engaño o con vilencia y, tanto la clandestinidad o furtividad como las maniobras engañosas o violentas que el sujeto pone en juego para realizar la ilícita penetración en el domicilio ajeno, presuponen conceptualmente una clara ideas de dolo o intención en el agente, ya que quien introduce clandestinamente en un domicilio ajeno; desde luego que lo hace a sabiendas y voluntariamente. Lo mismo podemos decir en el caso de la penetración engañosa y violenta y si estos son los exclusivos medios de comisión y fuera de ello, no puede darse la conducta típica, pensemos que por lo mismo, la culpa no puede presentarse en este delito que por naturaleza es un hecho doloso.

Por las mismas razones, queda excluida desde luego, toda idea de preterintencionalidad en el delito que examinamos, pues esta especie culpable, se integra por mezcla de

dolo y culpa; esto es, por un meridaje de las dos formas fundamentales de culpabilidad.

En cuanto hace al aspecto negativo de la culpabilidad, es posible pensar en la operancia en este delito; de las causas generales de inculpabilidad, a saber del error y de la no exigibilidad de otra conducta. En tal caso, se puede presentar un error esencial de hecho que impida la existencia de un dolo exigido en la violación de domicilio, como cuando un sujeto penetra a la casa de otro creyendo que es la de un amigo o la de algún pariente y por haber equivocado las señas que se le dieron para localizar la casa, entonces no comete delito por ausencia de dolo ante un error esencial, pues recae sobre el objeto material del delito, es decir, la morada ajena que es un elemento esencial de la misma.

Estos señalamientos pueden ser indicados por lo que se refiere a la no exigibilidad de otra conducta en su operancia, como causa de inculpabilidad en el delito que es objeto de nuestro estudio.

Al respecto Leyva Mortera señala con acierto que:

"En el delito de allanamiento de morada, sin duda es operante la no exigibilidad de otra conducta para eliminar la culpabilidad.

Desde luego, el mero error accidental no destruiría la culpabilidad dolosa del allanamiento de morada; y al efecto, pensamos en el caso de un sujeto que, habiéndose decidido a penetrar ilícitamente en el domicilio de Pedro, lo confunde con otro y penetra en el domicilio de Juan."

Podría pensarse, si no con facilidad, en un ejemplo de estado necesario ante conflicto de bienes iguales, si en cambio en función de un temor fundado; de una persona, de sufrir un mal inminente y grave, se introduce a la casa ajena para eliminarlo e indiscutiblemente no delinque; su conducta no es reprochable.

CAPITULO VI

OTROS ELEMENTOS

6.1. Pena.

Para el maestro Fernando Castellanos Tena:

"La punibilidad, es ser acreedor de penas a virtud de un obrar o un abstenerse determinados, de donde se engendra una amenaza, formulada por el Estado, mediante sus formas para quienes las infringen y esto no es sino el ejercicio estatal del Ius Puniendi.

También se toma por punibilidad, impropriamente, la consecuencia de aquella conminación, o sea, la acción específica de imponer a los delincuentes las penas correspondientes y en este sentido, se confunde con el hecho de aplicar sanciones, con la punición misma, la cual no es otra cosa que el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa". (46)

(46) Castellanos, Tena Fernando; Lineamientos elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa; Décima Novena Edición; México, 1984; pág. 267

El maestro Pavón Vasconcelos, considera que la punibilidad sí es elemento esencial del delito.

Nosotros estamos de acuerdo con el maestro Castellanos Tena; consideramos a la punibilidad como una consecuencia del delito, pero nunca como un elemento esencial del mismo.

Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible.

Haremos una breve referencia a las condiciones objetivas de punibilidad.

Podemos comentar que se trata de circunstancias que la ley requiere excepcionalmente para la imposición de las penas al delincuente, pero tampoco constituyen un elemento esencial del delito.

El maestro Porte Petit comenta:

"Cuando la ley exige una de esas condiciones, si no se colma, subsisten la conducta, la tipicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, más no la punibilidad sino hasta en cuanto se llene la condición objetiva, lo cual viene a demostrar de paso, que la punibilidad

no es elemento sino consecuencia del delito". (47)

La ley rara vez exige estas condiciones, lo que demuestra que existen delitos sin condiciones objetivas de punibilidad, por consecuencia, no constituye un elemento esencial del delito. Por ejemplo, suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta. Obsérvese que este requisito no afecta la naturaleza misma del delito.

En relación a la pena, en el delito de allanamiento de morada, el maestro Mariano Jiménez Huerta comenta que en los Códigos, como son el italiano y el español, fijan penas más severas para cuando el sujeto activo se vale de medios violentos para introducirse en la morada ajena; que a diferencia del nuestro, los dos anteriores informan una proporcionada tutela penal.

Nuestro ordenamiento penal a la letra dice:

"Se sanciona con un mes a dos años de prisión y multa

(47) Porto Petit, Celestino; Apuntalamientos de la Parte General del Derecho Penal; Editorial Porrúa; México, 1960; pág. 150

de diez a cien pesos"; y comenta el maestro Jiménez Huerta que ésta penalidad no coincide con los más elementales principios de justicia, ya que es muy diferente la intensidad jurídica de la conducta de quien se introduce en la morada ajena "furtivamente" o "sin permiso" de la persona que está autorizada para darlo que quien lo ejecuta mediante "violencia física o moral sobre las personas o las cosas.

6.2 Excusas Absolutorias.

El aspecto negativo de la punibilidad, es constituido por las llamadas "excusas absolutorias" que son: aquellas circunstancias tomadas en cuenta por el legislador para declarar no punibles ciertos delitos, obedeciendo esto a razones de política criminal.

El maestro Castellanos Tena dice acerca de las excusas absolutorias:

"Son aquellas casusa que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la apli-

cación de la pena". (48)

Los elementos esenciales del delito conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ante la presencia de una excusa absolutoria, no sufren la menor alteración, excluyéndose tan sólo la posibilidad de punición.

Las excusas absolutorias más importantes que señala nuestro ordenamiento son:

A) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar.

Esta excusa se encuentra plasmada en los artículos 377, 385 y 390 del Código Penal para los casos específicos de los delitos de robo, fraude y abuso de confianza.

Desapareció de nuestro ordenamiento, virtud de "decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal", publicado en el día-

(48) Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Editorial Porrúa; Décima Novena edición; México, pág. 271.

rio Oficial de la Federación, el día 5 de enero de 1983.

Los citados artículos, establecían la no existencia de responsabilidad penal en el robo, fraude o abuso de confianza perpetrados entre ascendientes y descendientes.

B) Escusa en razón de la mínima temibilidad.

El artículo 375 del Código Penal, establece: "Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia".

La excusa es muy clara, requiere ciertos requisitos como la no violencia, la espontaneidad en el resarcimiento por parte del sujeto activo, etc.

C) Escusa en razón de la maternidad consciente.

El artículo 333 de nuestro ordenamiento penal establece que:

"no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo

sea resultado de una violación".

En el delito de allanamiento de morada, no opera excusa absolutoria alguna; una vez que se cometió el ilícito, se debe imponer la sanción correspondiente.

EL MINISTERIO PUBLICO UTILIZA EL SIGUIENTE
PROCEDIMIENTO PARA INTEGRAR EL DELITO DE
ALLANAMIENTO DE MORADA

ALLANAMIENTO DE MORADA

①

Conducta: Introducirse (sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita), furtivamente o con engaño o violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada.

Bien tutelado: La inviolabilidad del domicilio

Sujeto activo: Sin calidad

Sujeto pasivo: Cualquiera de los titulares del domicilio allanado

Tipo legal: 285 Código Penal

Puntibilidad: 285 Código Penal

Procedibilidad: Denuncia.

Cuerno del delito: 122 Código de Procedimientos Penales

Competencia: Juez de Paz

Diligencias	Fecha	Hora	Fojas
1) REMITENTE (S)			
a) Puesta a disposición del (de los) detenido (s)	_____	_____	_____
b) Declaración	_____	_____	_____
c) Incorporación o fe de la nota de remisión	_____	_____	_____
d) Identificación			
d.1) Fe de persona uniformada	_____	_____	_____
d.2) Fe de documento de identificación	_____	_____	_____
2) DENUNCIANTE (S)			
a) Declaración	_____	_____	_____
b) Identificación del inculpaado	_____	_____	_____
3) LUGAR DE LOS HECHOS			
a) Inspección	_____	_____	_____
b) Fe de daños	_____	_____	_____
4) POLICIA JUDICIAL			
a) Solicitud de intervención			
a.1) Llamado	_____	_____	_____
a.2) Oficio	_____	_____	_____
b) Presentación de la persona solicitada	_____	_____	_____
c) Informe de investigación	_____	_____	_____
d) Ampliación de informe	_____	_____	_____
5) DICTAMENES PERICIALES			
a) Medicina Forense			

a.1) Dictamen _____
 b) Valuación _____
 b.1) Llamado _____
 b.2) Dictamen _____

6) TESTIGOS

a) De los hechos
 a.1) Declaración _____
 b) Circunstanciales
 b.1) Declaración _____

7) DEFENSOR (ES)

a.1) Nombramiento _____
 a.2) Aceptación y protesta del cargo _____

8) SUJETO (S) ACTIVO (S)

a) Fe de estado psicológico y de lesiones _____
 b) Antecedentes penales _____
 c) Antecedentes personales _____
 d) Declaración _____

9) DETERMINACIONES

a) Arraigo domiciliario _____
 b) Libertad bajo reservas _____
 c) Continuada
 con detenido () sin detenido ()
 d) Agencia Central _____
 e) Mesa de Trámite _____

Sector Central _____ Sector Desconcentrado _____

f) Ejercicio de la acción penal. Juez
 con detenido () sin detenido ()
 g) No ejercicio de la acción penal _____
 h) Incompetencia
 con detenido () sin detenido ()

CONCLUSIONES.

1. Entendemos por morada, una significación íntima y realista, que se refiere sólo a la casa o habitación en que se vive, o sea, el lugar en que comunmente discurre la vida doméstica.

2. Respecto a la culpabilidad del delito de allanamiento de morada, podemos ver que es doloso únicamente y por consiguiente se excluye toda idea de preterintencionalidad.

3. Respecto a las causas de justificación, es posible pensar en la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber y obediencia jerárquica.

4. El delito de allanamiento de morada, en orden de conducta, es un delito de acción.

Siguiendo con el análisis del elemento objetivo, dentro de nuestro delito, podemos señalar que es:

- En orden al resultado, es un delito formal ya que no requiere de un resultado material para configurarse.
- En mi concepto, este delito es de naturaleza permanente, pues por todo el tiempo en que el sujeto per-

manece ilícitamente en la morada ajena.

- En el delito de allanamiento de morada, opera como ausencia de conducta, la Vis Absoluta y la Vis Mayor.

5. En el orden al tipo, el delito de allanamiento de morada se clasifica: por su composición, anormal; por su formulación, de formulación casuística alternativamente formado; por el resultado, de peligro.

6. En nuestro delito de estudio, encontramos que sí operan algunas causas de inculpabilidad como son el error y de la no exigibilidad de otra conducta.

7. En el delito de allanamiento de morada no opera excusa absolutoria alguna.

8. Las penas que se impondrán al que cometa el delito de allanamiento de morada son: prisión de un mes a dos años y multa de diez a cien pesos.

Sugiero y a la vez estoy de acuerdo con el Maestro Mariano Jiménez Huerta, que esta penalidad no concuerda con los más elementales principios de justicia, ya que es muy distinta la intensidad jurídica de la conducta de quien se

introduce en la morada ajena, furtivamente o sin permiso de la persona autorizada, a quien lo realiza mediante el empleo de la violencia física o moral, ya sea en las personas o en las cosas.

En mi opinión, el allanamiento de morada desde el punto de vista de la filosofía del derecho, constituye una violación a las normas más elementales de la convivencia humana, dentro de una sociedad, considerando que el lugar donde habita una persona forma parte de los factores que integran la existencia del individuo.

De lo anterior se puede concluir, la importancia de que el Estado deba penalizar con todo el rigor, dentro del marco jurídico, que se da a sí mismo, partiendo de la Constitución Política y a través de la legislación sobre la materia. Repito, penalice la comisión de los actos, que caigan en este supuesto.

BIBLIOGRAFIA

Carrancá y Trujillo Raúl
Carrancá y Rivas Raúl
CODIGO PENAL ANOTADO
Editorial Porrúa, Décima primera Edición
México, D.F.; 1985

Cuello Calón, Eugenio
PARTE ESPECIAL
Bosch Casa Editorial
Barcelona, 1972

Mezger, Edmund
DERECHO PENAL
Parte Especial
1954

Gómez, Eusebio
TRATADO DE DERECHO PENAL
Tomo III
Buenos Aires, 1940

Fontan, Balestra Carlos
DERECHO PENAL (Parte Especial)
Editora Perrot, novena edición
Buenos Aires, Argentina
Mayo, 1980

Moreno de P., Antonio
CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO (Parte Especial)
De los delitos en particular
Tomo I
Editorial Porrúa, primera edición
México, abril, 1968

Maggiore, Giuseppe
DERECHO PENAL (Parte Especial)
Volúmen IV
Delitos en particular
1972

Soler, Sebastian
DERECHO PENAL ARGENTINO
Delitos contra la libertad individual.
Tomo IV
1956

González, de la Vega Francisco
LA REFORMA DE LAS LEYES PENALES EN MEXICO
México, 1939

Castellanos, Tena Fernando
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL
Editorial Porrúa; Décima novena edición
México, 1984

Jiménez, Huerta Mariano
DERECHO PENAL MEXICANO
Tomo III
Editorial Porrúa, Cuarta edición
México, 1982

Porte Petit, Candaudap Celestino
APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL
Editorial Porrúa, Novena edición
México, 1984

Horgan, J. John
INVESTIGACION PENAL
Compañía editorial Continental; Segunda edición
Septiembre, 1984

Quintana, Ripolles Antonio
TRATADO DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL
Tomo I
Madrid, 1962

Porte Petit, Celestino
ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE ESTUPRO
Editorial Porrúa
México, 1978

LA LEY Y EL DELITO
Editorial Bello
Caracas, 1945

DERECHO PENAL
Tomo II
Segunda edición
Madrid, 1927

CULPABILIDAD Y ERROR
México, 1950

EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO
Editorial de Palma
Buenos Aires, 1957

DERECHO PENAL
Tomo I
Editorial Temis
Bogotá, 1954

TRATADO DE DERECHO PENAL
Tomo I
Buenos Aires, 1939

DERECHO PENAL MEXICANO

Seta Edición
Editorial Robredo
México, 1962

SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION

CXIII

BOLETIN DE INFORMACION JUDICIAL

VIII

TRATADO DE DERECHO PENAL

Tomo I
Octava Edición
Madrid, 1947

IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL

México, 1954

LA TIPICIDAD

Editorial Porrúa
México, 1955

PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

México, 1958

DERECHO PENAL (Parte General)

Tomo I
Octava Edición
Madrid

DERECHO PENAL MEXICANO

Editorial Porrúa; Segunda Edición
México, 1960

INICIATIVA PRESIDENCIAL QUE REFORMA, DEROGA Y ADICIONA
DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL PARA EL DIS-
TRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLI-
CA EN MATERIA FEDERAL.
Noviembre 28, 1983

APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL
México, 1964

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA
Revista Criminalia
Junio, 1960

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA
Tomo I A
Editorial Bibliográfica Argentina
Buenos Aires
Julio, 1968

CODIGO PENAL DE 1929 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FE-
DERALES

CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FE-
DERALES