

177  
2ej.



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DE DELITO DE CONSPIRACION A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 141 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.

## T E S I S

Que para obtener el Titulo de  
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

**MARCO ANTONIO CHICHINO LIMA**



México, D. F.

Enero 1988



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 JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE CONSPIRACION A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 141 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.

## I N D I C E

### CAPITULO I

#### DEL DELITO EN GENERAL

|   | PAG. |
|---|------|
| 1.- NOCION DE DELITO                          | 1    |
| 2.- ESCUELAS QUE TRATAN EL DELITO             | 9    |
| a). ESCUELA CLASICA.                          |      |
| b). ESCUELA POSITIVISTA.                      |      |
| c). ESCUELA SOCIOLOGICA                       |      |
| d). ESCUELA DE LA DIRECCION TECNICO-JURIDICO. |      |
| 3.- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.           | 16   |
| a). UNITARIA.                                 |      |
| b). ATOMIZADORA.                              |      |

### CAPITULO II

#### ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

|   |    |
|---|----|
| 1.- LA CONDUCTA EN GENERAL.             | 28 |
| 2.- LA AUSENCIA DE CONDUCTA.            | 41 |
| 3.- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO. | 46 |

CAPITULO III  
DE LA TIPICIDAD

|  |    |
|--|----|
| 1.- DEL TIPO EN GENERAL.                 | 47 |
| 2.- LA AUSENCIA DE TIPO.                 |    |
| 3.- LA ATIPICIDAD.                       | 66 |
| 4.- EL TIPO EN EL DELITO A ESTUDIO.      | 54 |
| 5.- CRITICA.                             | 59 |
| 6.- LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO. | 65 |

CAPITULO IV  
LA ANTIJURIDICIDAD

|   |    |
|---|----|
| 1.- LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL.                  | 73 |
| 2.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.                        | 74 |
| 3.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.      | 83 |
| 4.- CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO. | 84 |

CAPITULO V  
LA CULPABILIDAD

|   |     |
|---|-----|
| 1.- PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD          | 108 |
| a). LA IMPUTABILIDAD.                       |     |
| 2.- ESCUELAS REFERENTES DE LA CULPABILIDAD. | 112 |
| 3.- LAS FORMAS DE CULPABILIDAD.             | 117 |

|   |     |
|---|-----|
| a). DOLO  |     |
| b). CULPA   |     |
| c). PRETERINTENCIONALIDAD.  |     |
| 4.- LA INculpABILIDAD.  | 118 |
| 5.- LA CulpABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO Y SU ASPECTO NEGATIVO. | 123 |

## CAPITULO VI

### ESTUDIO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE CONSPIRACION

|  |     |
|--|-----|
| 1.- PROBLEMATICA EN EL DELITO A ESTUDIO. | 133 |
| 2.- OPINIONES PERSONALES .               | 154 |
| CONCLUSIONES                             | 160 |
| BIBLIOGRAFIA                             |     |

## CAPITULO PRIMERO

## DEL DELITO EN GENERAL.

- a).- Concepto de delito.
- b).- Escuelas que estudian el delito.
- c).- Teorías que estudian el delito.
- d).- La teoría tetratámica.

a).- CONCEPTO DE DELITO.- No es fácil obtener o adecuar una definición del delito con una validez universal para todas las épocas y todos los lugares, teniendo que ser esta filosóficamente esencial.

Pero de cualquier manera se puede llegar a integrar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales. En el antiguo derecho romano, el acto delictuoso en general se designó con una palabra que no era exclusiva de un delito en particular, ya que comprendía tanto la esfera pública como la privada llamada "noxa" (1), evolucionando hasta la forma "ne-

---

(1) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, pág 21, Buenos Aires 1965.

xia" y que significa "daño". En las fuentes romanas se emplearon diversas expresiones, predominando "delicto" o "delictum", que significan desvariarse, resbalar, abandonar, abandono de una ley: asimismo, encontramos el uso de la palabra "maleficium". Las voces "crimen" y "delictum" también fueron adoptadas en el Derecho Penal de la Edad Media y en la práctica forense, los códigos modernos, desde el francés de 1810, han empujado las expresiones "crimen" y "delito". En Italia-- desde el Código Napolitano de 1819, se utilizó la expresión "reato" para crímenes y delitos.

"Delito": palabra que deriva del supino "delictum" -- del verbo "delinquere", a su vez compuesto de "linquere" (dejar) y el prefijo "de" (abandonar el buen camino: 'linquere -viam' o 'rectan viam') (2). Esta es la explicación de que Carrara dijera que "el delito es esencialmente una infracción -- separación del camino, de la disciplina trazados por el Derecho, transgresión de las disposiciones que regulan el orden social".

La noción de delito debe buscarse en la Ley misma, y-- según nos dice Cuello Calón, han sido nulos los intentos para dar un concepto de delito en general y con independencia de -- las épocas y lugares, ya que una noción de delito se encuen--

(2) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, primera edición, México 1960.

tra en relación con la vida jurídica y social de cada ciudad y de cada tiempo; dicha noción deberá variar según su propia evolución, ya que es posible que algunos actos que se consideraran delictuosos, con el transcurso del tiempo no sean estimados como tales y viceversa.

Nuestro primer ordenamiento Penal de 1871 en su artículo 4o., define al delito como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda"; esta definición es fiel al vocablo y a la de Carrara, que consideraba el delito como una infracción o transgresión.

El segundo Ordenamiento Penal, que tuvo lugar en el año de 1829, definió al delito como "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal", fijando como tipos legales los delitos catalogados en el mismo Código, según el artículo II, e ignorando las acciones humanas por su voluntariedad. El elemento constitutivo en estas definiciones es el efecto de la acción.

El delito, según nos dice Jiménez de Asúa, "no infringe la ley, sino antes al contrario hace posible su aplicación".

En nuestro Código Penal vigente de 1931 volvemos sus-

tancialmente a la definición del de 1871, aunque redactado en forma diferente, tomando ejemplo del ordenamiento argentino, definiendo al delito en el artículo 7o. "como el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (3)

En los ante-proyectos de código penal de 1949 y 1953- se omite definir el delito, por considerarse que todas las -- conductas o hechos delictivos serán considerados como tales, -- cuando estén tipificados en el ordenamiento positivo, o sea -- cuando estén previstos y sancionados en el Código Penal.

El delito debe verse desde el punto de vista formal -- y material. Nuestra legislación penal sigue el sistema de -- considerar al delito objetivamente y subjetivamente: objetiva mente porque al decir que "el delito es un acto u omisión que sancionan las leyes penales", se mantiene el principio de -- que "la ignorancia de la Ley a nadie aprovecha". La ley penal protege los bienes jurídicamente tutelados, enumerando los ti pos de delitos, siendo para los efectos penales los únicos -- punibles; subjetivamente, porque se refiere a la culpabilidad ya que intervienen la voluntad libre del autor, y lo objetivo, como garantía y respeto a la persona humana. Debemos buscar una definición jurídico-penal del delito y con ella elaborar-

(3) Artículo 7o. del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

la dogmática. Indudablemente que no todos los autores han tenido presente, al definir jurídicamente al delito, la función de garantía individual y social que representa el asegurar -- las libertades de los Estados de Derecho, como presupuesto -- del Derecho Penal. Hace siglos que el delito se consideraba como un acto humano, palabra o escrito, con dolo o culpa, prohibido por la ley vigente, sancionado con una pena, pero "tal cosa no es una definición sino un error inventado, consecuente ahora con otro error ya consagrado por los técnicos -- y que consiste en afirmar que la punibilidad es elemento del delito, pues el que un acto esté sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido; como se requiere una definición, puesto que hay delitos que gozan de una excusa -- absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso, no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter -- de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con un a pena, sin ser delitos, y porque no señala elementos -- de lo definido (esenciales o descriptivos), puesto que el estar sancionado con una pena es un dato externo usual de nuestro tiempo para la represión y por el cual se podrá identificar el delito como más o menos aproximación, pero sin que sea inherente al mismo, ni por tanto útil definirlo" (4).

(4) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, 2a. edición-- pág. 193, México 1960.

El maestro Jiménez de Asúa nos dice que el delito -- se centra conforme a estos elementos: "delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (5), las características del delito serán por tanto: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad, y en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.

Nos dice Pavón Vasconcelos que un concepto sustancialmente de delito únicamente se logra dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal: "el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible" (6): considere como elementos del delito: conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

El delito se define a través del análisis de los diversos elementos que lo conforman y que se dividen, según la doctrina, en elementos esenciales o constitutivos, y eventuales o accidentales; los elementos esenciales integran la noción de delito; "los elementos accidentales son aquellos cuya

(5) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, pág. 207. Buenos Aires 1967.

(6) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 50, México 1967.

presencia o ausencia no influyen sobre la existencia del delito o de un determinado delito, sino sobre su gravedad, y -- más en general, sobre la entidad de la pena" (7).

Nos dice el maestro Fernando Castellanos Tena: "para nosotros los elementos esenciales del delito son: conducta -- tipicidad, antijuricidad (o antijuridicidad) y culpabilidad, -- más ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos estos factores, por eso suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pero sí una indiscuti--- ble prelación lógica, ya que al realizarse el delito, se inte gra con todos sus elementos constitutivos". "Mas en un plano-- estrictamente lógico, procede observar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típi ca está o no protegida por una justificante, y en caso negati vo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad: en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual -- y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar -- si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad". (8).

- (7) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del delito, trad. -- Dr. Ricardo Franco Guzmán, Anales de Jurisprudencia, 144.  
 (8) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, 3a. Ed., págs. 168 y ss. México 1965.

b).- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.- Escuela clásica.- Se organiza como reacción vigorosa contra la barbarie y la crueldad del absolutismo; el método empleado por esta escuela es el lógico abstracto, o sea el "deductivo" (9).-- Los clásicos siguieron métodos jurídicos, trabajaron "en el campo del Derecho", les preocupaba el "deber ser" (10); el punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo, ente jurídico, y no el delincuente; igualdad de derechos, libre arbitrio, responsabilidad moral; la pena debía ser proporcional al delito (retribución) y estar señalada por la ley en forma fija; la facultad de represión es exclusiva del Estado; a él corresponde sin embargo, garantizar procesalmente el ejercicio de su función; surge el principio de legalidad "nullum crimen nulla poena sine lege".

Giovani Carminagni (1768-1847), aspira a prevenir el delito, y nos dice que es "la infracción de las leyes del Estado, protectoras de la seguridad privada y pública, mediante un hecho humano cometido con intención directa y perfecta" (11). Para este autor el derecho de castigar tiene su fundamento en la necesidad política.

---

(9) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, pág. 50, Buenos Aires 1965.

(10) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. -- Pág. 42, México 1960.

(11) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, Pág. 27, Buenos Aires 1965.

que pueda cometer los delitos" (15). Nos presenta al delincuente como un salvaje, como un retroceso atávico de las -- primeras épocas de la especie humana, en las que se advierten impulsos caníbales, como niño flato de sentimientos a -- los que el rodean; desde el punto de vista siquiátrico, como epiléptico con su "afectividad explisiva". El tipo lombrosinao, es el delincuente congénito nato, por lo que se -- le debe eliminar de la sociedad antes de que tenga ocasión -- de cometer delitos; se basa en las leyes de la herencia, y las enfermedades nerviosas con fondo epiléptico atacando -- los centros nerviosos. En síntesis, considera al criminalmás que un delincuente, como un enfermo mental.

Se critica la doctrina lombrosiana, porque sí existen condiciones propuestas que llevan a la comisión del delito, sin embargo, no puede afirmarse que sean fatalmente -- necesarias, ya que partiendo de esta tesis, se negaría la -- libertad humana y por consiguiente la responsabilidad.

Enrique Ferri y Rafael Garófalo, los más destacadosrepresentates de la escuela positiva, consideran de modo especial, al lado del factor antropológico, los factores soo---

---

(15) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Trad. José -- Rodríguez Muñoz, Tomo I, págs. 58 y ss.

(16) Sebastian Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I, pág. -- 222, Buenos Aires 1963.

ciales y todos los demás factores externos del delito.

Enrique Ferri (1856-1829) criminólogo y político -- italiano, con su concepción enciclopédica de la sociología criminal, comprendía todas las disciplinas que estudian el delito y los medios de luchar contra él; se pretendía dar al delito una noción unitaria válida para todas las disciplinas (16); en unión de otros funda la Escuela Positiva - del Derecho Penal, que en oposición a la Escuela Clásica - puso de manifiesto la necesidad del examen biosíquico del delinente para determinar su responsabilidad.

Rafael Garófalo (1853) jurisconsulto italiano. Según sus teorías, el delito no es nunca efecto directo e inmediato de circunstancias exteriores, sino la revelación - de una naturaleza degenerada, razón por la que se manifiesta partidario de la pena capital; sostuvo la "responsabilidad sicológica o moral", como acostumbraba llamarla, e hizo severa crítica de los "substitutivos penales" de Ferri. Garófalo emprende el análisis de los sentimientos para fundamentar su teoría del delito natural, y en los de naturaleza altruista fundamental, los de piedad y probidad halla las bases de su famosa definición: "el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran

en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad" (17).

Los puntos principales de la Escuela Positiva.- El delincuente se caracteriza por la anomalía moral, por la ausencia o desivación del sentido moral, y con frecuencia de acuerdo con Lombroso, por sus anomalías somáticas; la defensa social es el fin por el que se persigue al delincuente, eliminándolo por inadaptado social; el delito es un fenómeno natural, el libre albedrío es una ilusión y la libertad y la voluntad humanas están determinadas por influjos de orden físico.

Terza Scuola o Escuela o Escuela Crítica.- Sus creadores fueron Alimena y Caranvale, su postura es ecléctica, aprovecha puntos de la escuela clásica, acepta el principio de responsabilidad moral y la distinción entre imputables e ininputables; no considera que el delito sea un acto de un ser dotado de libertad, recoge de la escuela positiva el método experimental, niega el libre arbitrio y proclama el determinismo positivista; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, y adopta el criterio de la donfsa jurídica, viendo en la sanción un medio de in

---

(17) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 204, Buenos Aires 1967.

timidación cuyo fin es la prevención general del delito; rechaza la doctrina de la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal; la pena tiene como fin la defensa social (18).

Bernardino Alimena delimita el concepto legal de delito y nos dice que la imputabilidad surge de la voluntad y de los motivos que la determinan, teniendo como base la "dirigibilidad" del sujeto, la que consiste en la aptitud para sentir la coacción psicológica por lo que sólo son imputables los que son capaces de sentir la amenaza de la pena; defiende la distinción entre penas y medidas de seguridad: "una vez escrita la ley, es delito todo hecho prohibido bajo la amenaza de una pena", y en el Código Italiano se agregaba que "debe tener un elemento subjetivo, un elemento interior sin el cual sería un fracaso fortuito, y un elemento objetivo, un elemento exterior, sin el cual sería un pecado" (19).

Escuela Sociológica del Derecho Penal.- Franz Von Liszt (1851-1919) es la principal figura en el movimiento de reforma penal en Alemania, imponiendo el pensamiento finalista del Derecho Penal; toma en cuenta los resulta--

(18) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal-Mexicano, pág. 51, México 1967.

(19) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo-III, pág. 30, Buenos Aires 1965.

dos de la Antropología y estadística criminales, dirigiéndose contra la concepción antropológica del delito de Lombroso; dunda su escuela sociológica criminal sobre la posición científica causal, propia del positivismo naturalista. Para este autor, delito "no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas" (20).

La escuela sociológica se propone como tarea la investigación científica del delito, sus causas y medios de combatirle (21); se basa en la repudiación de pena retributiva de la escuela clásica; su función es la prevención social, mediante la amenaza de la pena; preponderancia de la finalidad de la prevención especial (satisfacción de los perfudicados al ver que el delito no queda impune). Con esta escuela se origina un cambio radical que se advierte en el pensamiento alemán.

Escuela de la Dirección Técnico-Jurídica.- Representada en Alemania por Bindig, quien es el primero en destacar la "antijuricidad"; en Italia por Arturo Rocco, Manzini, Massri y Battaglini. Las direcciones de esta doctrina consisten en que, la ciencia penal no aspira a la indagación filósifica de un derecho penal del porvenir; se limi-

(20) Fernando Castellanos Tena, *Linemaientos Elementales de Derecho Penal*, pág. 91, México 1965.

(21) Edmundo Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, trad. José Rodríguez Muñoz, tomo I, pág. 58 y ss.

ta al Derecho Penal Positivo vigente, elabora los principios fundamentales de sus instituciones, aplicando e interpretando ese derecho; el delito se concibe como relación jurídica, prescindiendo de sus aspectos social o individual; hace abstracción del libre albedrío como base de la imputabilidad, aunque mantiene la división y distinción entre emputables e inimputables; la pena es reacción jurídica contra el delito reservada para los imputables; el Derecho Penal es el conocimiento del hombre, del medio y de la dignidad humana.

Manzini escribió contra Ferri, porque dice que es un error decir que el delito lesiona la moralidad media, - pues ésta representa un máximo respeto de la delincuencia mientras que el Derecho Penal representa el "minimum del minimum ético", y Rocco nos dice que "no existe un Derecho Penal natural, racional o ideal" (21)

c).- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.- Corrientes contemporáneas.- El siglo XX tiene grandes modificaciones en la ciencia penal alemana; se reconocen nuevamente los valores con Windelband, Rickert y Max Ernesto Mayer (1921), sin embargo se vuelve a la antigua fundamentación del dere

(21) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José-Rodríguez Muñoz, tomo I, págs. 58 y ss.

cho de castigar, se reconoce la antijuricidad (antijuridicidad) y tienen la misma tendencia en cuanto a la formación de conceptos jurídicos. Mezger y Eberhard Schmidt expresan una comprensión más profunda de los límites que la misma naturaleza impone a la ley positiva; Mezger considera "que la ciencia jurídico penal, tiene como objeto las normas legales del derecho positivo" (23).

Ernesto Von Beling.- Para este autor, delito "es una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones objetivas de la punibilidad" (24); este autor critica las definiciones anteriormente conocidas por faltarles el elemento "tipicidad", y considera la enumeración de los demás elementos del delito (antijuricidad y culpabilidad), como una repetición que resulta innecesaria; la "pena" no es un elemento del delito, pero ha de estar prevista en la ley como una consecuencia de la acción que reúna los elementos esenciales enumerados, para que haya delito.

En 1930 Beling modifica su doctrina y es traducida al Español, en Argentina, por Sebastián Soler; como doc

(23) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo I, trad. José Rodríguez Muñoz, pág. 65.

(24) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial Delitos en Particular, pág. 23, M. 1941

cuada (26); Mayer ve en la tipicidad un indicio de la anti-juricidad, niega que la tipicidad únicamente describa tipos penales, ya que éstos tienen otros elementos, y considera que quien deba juzgar los hechos debe hacer una valoración sobre la sigura contenida en la ley.

Posteriormente, considera que su definición de delito era formal y la modifica por una "definición real"; "delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado".

Doctrina de Edmundo Mezger.- Elaboró una definición de delito jurídico sustancial: "delito es la acción típicamente antijurídica y culpable" (27); en su teoría, la tipicidad califica la antijuricidad, por esto trata la tipicidad como parte de la antijuricidad. La acción se estudia-bajo un tipo jurídico penal; que no concurra ninguna causa de exclusión del injusto que sea imputable al agente; los-elementos del delito deberán ser considerados y relaciona-dos por el juez para la imposición de la pena. El tipo -debe encontrarse descrito por la ley en sus diversos artí-culos; el tipo es fundamento real y de validez de la anti-

(26) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo-III, pág. 58, Buenos Aires 1965.

(27) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo I, trad. de la 2a. edición Alemana 1963, pág. 161.

trina del tipo en esa publicidad cambia la definición del delito y nos dice: "acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable" (25), siempre que no se dé -- una causa legal de justificación de pena. Beling mismo reconoce que el delito no es un hecho típico, antijurídico y culpable, sino que es "un hecho típicamente antijurídico culpable"; para Beling, la característica esencial para -- distinguir las acciones punibles de las que no lo son, -- aún siendo antijurídicas y culpables, por no conducir a -- una pena, es precisamente la "tipicidad", por ello, sólo -- las acciones punibles son típicas. El delito sólo existe -- cuando puede adecuarse a un tipo penal.

Doctrina de Max Ernest Mayer.- Hace un estudio, pero únicamente hace referencia a las figuras de delito culposo, separándolas de las formas dolosas, y nos dice del delito: "acontecimiento típico, antijurídico e imputable"; la palabra "acto" la sustituye por "acontecimiento"; el vo cable "culpabilidad" lo reemplaza por el de "imputabilidad", dándole la misma categoría del término "culpabilidad" y suprime las "condiciones objetivas de punibilidad y la -- necesidad de que el hecho esté sancionado con una pena ade

---

(25) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo I, -- trad. José Rodríguez Muñoz, pág. 156, Madrid 1955.

juricidad, sólo lo que la ley prohíbe puede ser delito. Mezger no considera la pena, al igual que Mayer, como elemento del delito. La obra cumbre de Mezger es su tratado de Derecho Penal en dos tomos: Dogmática Jurídico-Penal, en la que encuentra,os la Teoría del Delito, y éste, en sentido amplio, es la acción punible contenida como el conjunto de los presupuestos de la pena; la palabra "delito" significa, ante todo, en Derecho Civil, en Derecho Penal y en Derecho Público (político) la acción prohibida que contradice al Derecho.

Teoría que ven en la pena una retribución.- Manuel -- Kant (1724-1804).- "El deber de castigar un delito es un imperativo categórico; la pena es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido en el delito" (28).

Federico Hegerl (110-1831).- Sostuvo que el ordenamiento jurídico dictado por el Estado persigue un orden aparentemente alterado por el delito, por ello: "la infracción a la ley penal es negación del Derecho, y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea; la negación de la negación del Derecho". (29)

---

(28) Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. ed., pág. 46, México 1967.

(29) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pag. 47, México 1967.

Pelegrino Rossi (1787-1848), jurista, poeta y diplomático, ve el delito como violación de un deber; para este autor el elemento esencial de un delito es "el quebrantamiento de un deber". Afirma que existe "un orden moral-obligatorio; la pena tiene como fin la justicia y como límite la utilidad" (12).

Francesco Carrara (1805-1888) máximo exponente de la doctrina clásica de Derecho Penal, considera al delito como un "ente jurídico"; afirma que el delito no es un hecho, sino una infracción, una injusticia, el que está constituido por dos fuerzas: la física como el daño o hecho material, y la moral que es la voluntad actuante, que requiere la exteriorización física para ser considerada como delito; su definición jusnaturalista, según la cual es delito "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (13); esta definición contiene elementos materiales dirigidos al análisis sustancial de la Ley. Carrara intenta encontrar a fijar "el límite perpetuo de lo ilícito", límite para el legislador y el juez y que no puede ser transgredido; complementa su --

(12) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Pág. 32, - México 1960.

(13) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I, pág. 223, Buenos Aires 1963.

sistema afirmando que el Derecho Criminal tiene su idea central en la "tutela jurídica"; "la pena así justificada es una emanación del derecho y no puede estar liberada su regulación al solo criterio del legislador, sino a los jurídicos necesarios que regulan su calidad y su cantidad proporcionalmente al daño padecido por el derecho o al peligro corrido por el mismo" (14). En su definición de delito encontramos los elementos esenciales como son: la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, y nos dice de éstos que "de la fuerza interna surge en el delito el elemento moral; de la externa, el elemento material o su esencia de hecho; de la interna y externa juntas el elemento político".

Escuela Positiva: esta escuela se caracteriza principalmente por la estimación que hace de la "personalidad del delincuente", desplazando la clásica de la apreciación objetiva y el criterio represivo objetivo del delito; se presenta como la negación de ésta.

César Lombroso (1836-1909) iniciador del positivismo médico, antropólogo y criminalista italiano; sus teorías influyeron grandemente en el Derecho Penal tratando de explicar el origen de la criminalidad: "la naturaleza crea al delincuente, la sociedad presta tan sólo las condiciones para

(14) Francisco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, cit, por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires.

(15) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Trad. José Rodríguez Muñoz, Tomo I, págs. 58 y ss.

Teorías según las cuales la pena tiene especial carácter intimidatorio.- Su fin; la prevención del delito. Según Grolman "la pena pretende evitar que el delincuente cometa -- nuevos delitos".

Jeremías Bentham (1748-1832) juríconsulto y filósofo inglés, en su teoría de "las penas y su responsabilidad", definió al delito como una "mera contradicción a la ley" (30).

Teorías que consideran el delito como lesivo a la justicia.- Juan Domingo Romagnosi (1761-1835), filósofo y juríconsulto italiano, define al delito como "el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la justicia"; afirma que la legítima potestad de castigar tiene origen en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social: "la sociedad no sólo debe reprimir el delito, sino -- prevenirlo" (31).

Juan Pablo Anselmo Feuerbach (1775-1833), criminalista alemán.- Su doctrina es de intimidación a la colectividad y dá nacimiento a la teoría de la "prevención general", apegado al principio de "la legalidad"; define el delito como "una acción contraria al derecho de otro conminada por una ley penal" (32).

- (30) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III pág. 46, Buenos Aires 1965.  
 (31) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 45 México 1967.  
 (32) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 43, México 1967.

Carlos Roeder (1806-1897), jurisconsulto y filósofo alemán, para quien la pena es un tratamiento correccional o tutelar, añade a la noción antijurídica del delito la característica subjetiva de "voluntariedad", en que encontramos lo "culpable" (33).

d).- TEORIA TETRATOMICA.- El estudio analítico del delito de la tripartición tiene gran apoyo en la doctrina italiana, con autores como Delitata, Maggiore, Petrocelli, Santo tpt, Frosali, Bettiol y Demarsico, Alimena, Bellavista, Musso tto y Grispigni. Maggiore en su tratado escribió que la teoría tripartita "es lo mejor que la ciencia ha sabido dar hasta ahora y no está superada"; "la sistematización de las causas de justificación en la doctrina clásica tenía un carácter autónomo e independiente" (34); la teoría de la tripartición fue enunciada inicialmente en términos genéricos por Von Liszt.

Existen dos sistemas para el estudio jurídico sustancial del delito: el unitario o totalizador, y el atomizador o analítico. El delito se define a través del análisis de los diversos elementos que lo conforman: concepción analítica que desmembra el delito en sus diversos elementos. Los elementos del delito los divide la doctrina en esenciales o cons

(33) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III pág. 35, Buenos Aires 1965.

(34) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, traducción, Franco Guzmán, Anales de Jurisprudencia.

titutivos, y accidentales. Porte Petit piensa que son elementos esenciales y generales de todo delito; la conducta o el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; la imputabilidad es considerada como presupuesto de la culpabilidad, y la punibilidad consecuencia del delito; las condiciones objetivas de punibilidad son anexos del tipo. El mismo autor nos dice que "antes de comenzar el estudio de los elementos del delito y de sus aspectos negativos, se deben precisar ciertos conceptos, como son los presupuestos y circunstancias, existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos; una que los niega y otra que los acepta y algunos autores admiten una clasificación de éstos en presupuestos del delito y presupuestos del hecho "en consecuencia, los presupuestos del delito son aquellos antecedentes jurídicos previos -- a la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo y de cuya existencia depende el título de delito respectivo" (35)

La desorganización para el estudio del delito se debe al mal empleo del método analítico, ya que se ha despedazado el delito en partes o fragmentos, y considera a éstos como entidades "autónomas e independientes", creando dificultades y problemas que no tienen razón de ser; así se ha considerado -

[35] Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, V. I, págs. 135 y ss. México -- 1960.

el delito como una suma de elementos distintos, como el resultado de una suma. Esta concepción, considerada por Antolisei (36) como mecánica o atómica, es completamente equívoca, porque el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que puede presentar diversos aspectos, pero no es fraccionable; la verdadera esencia del delito no está en sus elementos, ni en suma, sino en el todo, en su "intrínseca unidad".

Concepciones totalizadora y analítica del delito.- Concepción totalizadora o unitaria.- Ve en el delito un bloque monolítico, imposible de escindir en elementos; el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia; la concepción analítica o atomizada, estudia el delito a través de sus elementos constitutivos y sus relaciones entre sí; no niega su unidad, pero fracciona sus elementos para su mejor análisis (37). El estudio analítico del delito es necesario; análisis significa descomposición; el concepto del delito debe ser descompuesto en sus rasgos característicos, en sus notas esenciales. Se denomina elementos del delito a sus notas esenciales.

Porte Petit precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, ya que éstos concurren

(36) FRANCISCO Antolisei, Estudio Analítico del delito, trad. por Franco Guzmán, Anales de Jurisprudencia, pág. 77

(37) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 141, México 1967.

simultaneamente; él niega también la "prioridad lógica", pues para la existencia del delito se requiere la de sus elementos y "aunque ellos guardan entre sí un orden lógico no hay ninguna prioridad lógica"; lo correcto es hablar de "prelación lógica", habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concorra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista (38). El número de elementos del delito varía según la particular concepción Bitómica, Tritómica, Tetratómica Pentatómica, Hexatómica y Heptatómica, de acuerdo con el criterio de los autores.

Elementos objetivos y subjetivos del delito, sobre los cuales se desarrolla el estudio analítico del mismo. - Según el sistema de tripartición, siendo el delito un hecho (humano) antijurídico y culpable, el estudio del delito debería repartirse en tres investigaciones distintas: una, dedicada al delito como ente de hecho, otra, a la antijuridicidad, y la tercera a la culpabilidad; entre el hecho y la culpabilidad, se pondría como requisito autónomo la antijuridicidad objetiva que se indica con la expresión de "injusto"; dicha "tricotomía" sugirió en Alemania, donde predomina actualmente, y sólo en estos últimos tiempos ha sido criticada. Recientemente se han opuesto a ella autores como Carnelutti y Battaglini; el primero ha expuesto que el delito, como otros actos jurídicos

(38 Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 143, México 1967.

resulta de dos notas subjetivas (la capacidad y la legitimación), de tres requisitos objetivos: la causa ilícita, la voluntad culpable y la forma prohibida. Battaglini ha sostenido que en el derecho positivo italiano la punibilidad debe -- considerarse el elemento constitutivo del delito, llegando -- así a la tripartición: hecho (típico), culpabilidad y punibilidad. Estos autores han sido criticados, ya que a la innovación de Battaglini se le puede objetar fácilmente la "punibilidad", la que se constituye en característica general del delito; su tesis se funda también sobre la extinción del delito; -- también confunde "fenómenos jurídicos", que son muy distintos como son las causas de justificación que impiden que surja el delito, y las causas de extinción, que presuponen un delito -- existente.

La innovación principal de Carnelutti es la introducción del requisito de la causa en lugar de la antijuridicidad la causa sería el interés que motiva al autor del delito: "interés objetivo" (39).

Nosotros nos adherimos a la teoría tetratómica, sostenida principalmente por el Profesor don Fernando Castellanos-Tena, quine nos dice que los elementos esenciales del delito son: "conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuridicidad)-

(39) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad. Francisco Franco Guzmán, págs. 15 y ss. México 1954.

y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario",... "al realizarse el delito se dan todos sus elementos.... procede observar inicialmente -- si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica es tá o no protegida por una justificante y, en caso negativo, - llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y - volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad" (40).

(40) Fernando Castellano Tena, Lineamientos Elementales de De recho Penal, pág. 168, México 1965.

## CAPITULO SEGUNDO

## DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.

- a).- De la conducta en general.
- b).- Formas de la conducta.
- c).- La ausencia de conducta.
- d).- La conducta en el delito a estudio y la ausencia de conducta en este delito.

a).- DE LA CONDUCTA EN GENERAL.- El delito es "ante-- todo una conducta humana"; sólo el hombre puede ser sujeto ac tivo del delito, porque él solo tiene conciencia y voluntad; (1) al elemento objetivo del delito se le ha denominado de di versas maneras; como "acto", nos dice Jiménez de Asúa "es una manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un -- cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se es- pera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se- guarda".

El maestro Castellanos Tena emplea el término "conduc-

(1) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de - Derecho Penal, pág. 210 y ss. Buenos Aires 1967.

ta", pues "dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo" (2)

Como "hecho, Antolisei considera que "la acción no es un hecho meramente físico y síquico, sino un hecho al mismo tiempo físico y síquico"; como hecho físico la acción supone un suceso exterior, objetivo, concreto, pero este suceso no es acción si no representa una actividad de la personalidad humana. Estima Antolisei que la "omisión no es sólo la negación de una acción", en la omisión hay siempre una actividad positiva que contribuye el otro aspecto del comportamiento del hombre; no se trata de dos hechos distintos, sino de un hecho único, y el hecho es la acción positiva que se ha ejecutado en lugar de la acción omitida; este autor no reconoce la voluntad como elemento de la acción (3).

En nuestra legislación penal no se distingue entre "acto" y "acción", por ésto en el artículo 7o. se dice: "delitos es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; el concepto de "acto" sólo se refiere al aspecto subjetivo del agente y al Derecho sólo le importan conductas exteriorizadas; debe entenderse la voluntad que se manifiesta a través de movimientos y que producen un cambio en el mundo externo; la "o-

(2) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 189, México 1965.

(3) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 35, México 1954.

misión" también es una acción negativa, por abstención del agente que no ejecuta un hecho positivo exigido por la ley.

Para Fontán Balestra "el acto ha de ser la exteriorización de una personalidad, aunque no sea normal. La personalidad del ebrio, como la de aquél que obra bajo coacción moral o por error, participa en el acción; no ocurre lo mismo - en el caso de la coacción física (bis absoluta'), hipótesis - en la que el coaccionado no es sino un medio de que se vale - el verdadero autor -el coaccionante- y que puede equipararse a un instrumento o a un objeto material" (4).

Pavón Vasconcelos nos dice "el término 'hecho' se identifica con el delito mismo, dándosele una connotación diversa en sentido restringido, como 'elemento del delito'; el hecho considerado como delito y el propio hecho como 'elemento objetivo' del delito" (5). El primer elemento objetivo del delito es el que se identifica con la conducta humana o con el hecho, comprendiéndose en este último término, tanto la conducta como el resultado en el orden naturalístico, condiciona do a la referencia típica.

(4) Carlos Fontán Balestra, Misión de Garantía de Derecho Penal Pág. 45

(5) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, págs. 155 y ss. México 1967.

Porte Petit prefiere hablar de conducta o "hecho", afirmando: "pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano. Y dentro de la prelación lógica ocupan el primer lugar, lo cual les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito"; en síntesis, afirma Porte Petit, el acto 'en unas ocasiones constituye el todo (la acción)' y a veces, parte de ese todo" (6). Distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material.

El maestro Castellanos Tena nos dice no tener inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos, "conducta" y "hecho", entendiéndolo por éste lo ocurrido o acaecido, e indudablemente, el actuar humano (con o sin resultado material) -

---

(6) Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, págs. 153 y ss. México 1960.

por efectuarse en el escenario del mundo, es desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son "hechos", y agrega: "mas si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, y el resultado, y su necesario nexo causal, y si se habla del vocablo 'conducta' cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, existe únicamente el nexo causal en los ilícitos de resultado material. Los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico" (7).

Conducta llamada también "acto o acción lato sensu" - "es el comportamiento humano coluntario, positivo o negativo-encaminado a un propósito".

b).- FORMAS DE LA CONDUCTA.- La voluntad al exteriorizarse puede adoptar las formas de : acción, la que se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y -decisión); la omisión, que se conforma por una inactividad -- así como con la violación de un deber jurídico de obrar; y la comisión por omisión, integrada por una inactividad y la violación de un deber jurídico de obrar y otro de abstenerse.

(7) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 192 y 197, México 1965.

El "acto o la acción stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación" (8); el acto, objetivamente la acción sólo existe cuando lo conocemos al exteriorizarse la decisión tomada primero en las etapas internas, manifestándose después en la ejecución; sólo debe ser "acción" la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior; el concepto de "acto" sólo se refiere al aspecto subjetivo del agente y al Derecho sólo le importan conductas exteriorizadas; debe entenderse la voluntad que se manifiesta a través de movimientos y que producen un cambio en el mundo externo. Para Mezger -- el delito es acción (conducta humana); esta acción tiene que caer bajo un tipo jurídico-penal y no concurrir ninguna causa de exclusión; la acción en el aspecto externo del acto es la ejecución, lo obrado por la voluntad mediante los órganos corpóreos. El delito es ante todo "acción humana", pero nunca basta por sí sola completar la noción de aquél, ya que se requiere del concurso de otros elementos para su aparición.

La acción nos dice Pavón Vasconcelos "es la conductapositiva expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohi

(8) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 197, México 1965.

bitiva" (9).

"Todo acto humano es, esencialmente una manifestación de voluntad"; la actividad mental sin voluntad no puede considerarse como acto del hombre, por no prevenir de él como unidad, por no poder atribuírsele al sujeto ni estar ordenado o acordado por él; "el acto que puede ser calificado de jurídico o de antijurídico, no sólo debe ser realización, sino exteriorización de voluntad humana" (10).

Cuando hablamos de acto, según lo define Jiménez de Asúa, dijimos que en éste comprende tanto el hacer como el omitir, y señala como elementos del acto: la manifestación de voluntad: "sólo el hombre es capaz de delito, porque sólo él realiza acciones voluntarias"; resultado: "el resultado no es sólo el daño cometido por el delito; no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral"; y relación de causalidad, que existe "cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto ('condictio sine qua non') o sea que toda condición debe ser tenida como causa del resultado; este concepto sólo se refiere a los cambios sobrevenidos en el espacio y en el tiempo y-

(9) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 171 México 1967.

(10) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General págs. 224 y ss. México 1960.

no al nexo lógico de los conceptos ni a la apreciación ético-social del acto" (11).

Según escribe Villalobos, en todo acto jurídico o en la mayoría de ellos pueden separarse tres elementos; voluntad; realización externa, y resultado; la voluntad se refiere al "movimiento"; ésta debe de conectarse con el resultado o con la realización de un tipo legal (12).

Porti Petit al hablarnos de "conducta", no incluye en ésta un resultado material, y al hablar de "hecho" abarca tanto a la conducta como al nexo causal y al resultado; y nos dice el propio autor: "generalmente se señalan como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y -- una relación de causalidad; la manifestación de voluntad referida a la conducta y no al resultado. En efecto, la conducta en Derecho Penal no puede entenderse sino como conducta culpable, por lo que se comprende en ésta querer la conducta y -- el resultado; de no ser así estaríamos aceptando un concepto de conducta, limitada a querer únicamente el comportamiento corporal" (13).

(11) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 214 y ss. Buenos Aires 1967.

(12) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 225, México 1960.

(13) Celstino Porte Petit Candaudap, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, pág. 34.

Para Mezger los elementos de la acción son: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Nos dice el maestro Castellanos Tena: "existen varios - criterior con respecto a si la relación de causalidad y el resultado deben o no ser considerados dentro de la acción.- La razón de esa diversidad radica exclusivamente, a nuestro juicio, en el uso de una terminología variada. Si el elemento - objetivo se le denomina 'acción', evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el anexo causal, dada la amplitud otorgada a dicho término; lo mismo cabe decir respecto a otros, tales como 'acto', 'conducta' y 'hecho'" (14).

La omisión es una negación de actividad, pero ésta -- también deber ser voluntaria; no basta que no se ejecute aquello que se tiene obligación de hacer, sino que es necesario - que no se ejecute voluntariamente y con vista a un fin deterinado; la omisión se caracteriza, al igual que la acción, por un acto encaminado a un fin, o sea una actividad voluntaria en caminada a un fin.

Por su parte, Antolisei considera que la omisión no - es sólo la negación de una acción. En la comisión hay siem--

(14) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 201, México 1965.

una actividad positiva que contribuye el otro aspecto del comportamiento del hombre y no se trata de dos hechos distintos sino de un hecho único; el hecho es la acción positiva que se ha ejecutado en lugar de la acción omitida; este autor reconoce "la voluntad" como elemento de la acción (15).

La omisión también es una acción negativa por abstención del agente, que no ejecuta un hecho positivo exigido por la ley. La omisión es "conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva" (16).

Nos dice Villalobos: "los delitos de omisión son aquellos que consisten en no hacer algo que se debe hacer; violan por tanto, un mandato y constituyen un actuar humano, o caen bajo la denominación genérica de actos humanos, porque son -- también una forma de exteriorización de una voluntad".

No basta el no hacer para que haya omisión, es necesario que "se deje de hacer lo que se debe hacer"; hay actos -- que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado -- se obtiene a través de una omisión (17).

(15) Francisco Antoliseis, Estudio Analítico del Delito, trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 35, México 1954.

(16) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 171, México 1967.

(17) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 245. y ss. México 1960.

Mezger nos dice: "lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender. Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, - es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible". Ahora bien, como, sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, "resulta absolutamente correcto que esto sólo se fundamente desde fuera (externa, normativamente), y que por tanto, no el que omite sino el que juzga, dá existencia a la omisión". Esto que escribe Mezger en orden a los "propios delitos de omisión" (delitos de omisión simple) es veladero, por tanto, con mayor motivo, para los delitos de "omisión impropia" (18).

Para Sebastián Soler el delincuente puede violar la ley sin que sólo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención (19).

Nosotros estamos de acuerdo con el Maestro Castellanos Tena quien escribe: "la omisión, en cambio radica en una abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción (20). En los delitos de acción se hace -

(18) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 216 y ss. Buenos Aires 1967.

(19) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, título I, pág. 336

(20) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - General Penal, pág. 198, México 1965.

lo prohibido; en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente; en los delitos de acción "se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva". Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia, de la omisión por omisión u omisión impropia". En los delitos de omisión simple se imputa al autor una omisión por no hacer algo que le ordena una norma preceptiva; la omisión simple es "no hacer", es el incumplimiento de un deber, de una obligación que encuentra su fuente en la ley.

Estima Porte Petit como elementos de la omisión propia: a) voluntad o no voluntad (delitos de olvido); b) inactividad y c) deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico. Afirma que la omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico". --- (21) Castellanos Tena señala como elementos "una manifestación de voluntad, una inactividad del agente y una relación de causalidad entre el manifestación de voluntad y la abstención. En la omisión simple la manifestación de voluntad se traduce en un no obrar, en la no ejecución voluntaria de algo debido; precisa la existencia del deber de obrar y la posibilidad de hacerlo, en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación

---

(21) Celestino Porte Petit Canudaudap, Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, pág. 162, México 1960.

causal (sólo comportan resultado jurídico)" (22).

En la omisión por omisión hay una doble violación de deberes de obrar y de abstenerse y se infringen dos normas: -- una preceptiva y otra prohibitiva; el delito puede ser cometido no sólo por medio de una actividad propositiva, sino también mediante una omisión; los delitos de comisión por omisión -- son los actos de violación a una ley prohibitiva cuyo resultado se obtiene a través de una omisión.

Villalobos nos manifiesta: "hay actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión; a éstos se llaman delictos impropios de omisión o delitos de comisión por omisión"; en estos casos -- nos sigue diciendo el mismo autor "el deber jurídico puede -- existir sin ley expresa que directamente lo haya creado sino por contrato, o por hechos anteriores que haya creado una situación ilegal o de peligro del que hay que sacar al perjudicado, si es posible" (23).

Por su parte Jimenez de Asúa nos dice que "en algunos delitos de comisión por omisión, no debe hacer distinciones por el modo de perpetrarlos. Acaso no deben reputarse como tales

(22) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 199 y ss. México 1965.

(23) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, págs. 245 -- y ss. México 1960.

los que se perpetran en quebrantamiento de un deber nacido de un contrato u otro género de obligación jurídica, sino los -- que surgen contra el deber moralmente exigido por la convivencia social (24).

"En la comisión por omisión la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no - obrar, teniendo obligación de hacerlo, violándose una norma - preceptiva y una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material, o sea un resultado - jurídico y otro material; únicamente en los delitos de comi-sión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (material) además del re-sulta jurídica" (25).

c).- LA AUSENCIA DE CONDUCTA.- Cuando falta alguno de los elementos esenciales del delito éste no se integra, dice Jiménez de Asúa; "los que damos personalidad y autonomía al - acto, estimándole como el primer carácter del delito, hace -- mos de la falta de acción un elemento negativo del crimen con sustantividad propia" (26).

"Quien sufre un desmayo en el momento en que debía --

---

(24) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios -- de Derecho Penal, págs. 216 y ss. Buenos Aires 1967.

(25) Fernanco Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 202, México 1965.

(26) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 219, Buenos Aires 1967.

cumplir una obligación, o quien se ve atacado por fascinerosos que le impiden hacer lo que tenía que hacer y que él quisiera-cumplir, o quien rompe un objeto valioso en un ataque convulsivo involuntario, o como efecto de movimientos reflejos cuyos orígenes nada tienen que ver con la voluntad, no ejecuta un acto humano, sino que es asiento de un hecho que ocurre fuera -- de su dominio y, a veces contra su propia determinación, por -- ser vencidas sus propias fuerzas. Existe una incluyente de -- responsabilidad para ese sujeto, que no consiste en la falta -- de ausencia de la culpabilidad o de imputabilidad, como se ha-pretendido, pues aun cuando tal ausencia de culpabilidad sea -- verdadera como lo es siempre que falta un elemento anterior -- del delito, ya que no se puede ser culpable de lo que no se ha-ce o de lo que se hace jurídicamente falta en el caso algo más hondo y primordial en la estructura del delito, como es un acto ejecutado por el sujeto"; como vemos según lo expresado por Villalobos (27) se requiere una manifestación de voluntad del-sujeto.

Castellanos Tena escribe: que si "la conducta está --- ausente, no habrá delito a pesar de las apariencias; es pues, - agrega, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos- o mejor dicho, impeditivos de la formación de la conducta de-lictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la-

(27) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano Parte General pág. 334, México 1960.

base indispensable del delito como de todo problema jurídico; muchos llaman la conducta soporte naturalístico del ilícito-penal". "una de las causas 'impeditivas' de la integración - del delito por ausencia de conducta es la denominada 'vis absoluta', o "fuerza física exterior irresistible' a que se refiere el artículo 15 del Código Penal para el Distrito en sufracción I... se ha querido encontrar en esta eximente una -- causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable" si es persona capaz en el campo jurídico penal; "la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta". (28). El maestro Villalobos quien ha venido sosteniendo esta tesis escribe: "el acto de - quien es violentado físicamente a escribir una injuria o a dar un golpe a otra persona, consiste propiamente en resistir a la violencia que se le hace; y el movimiento que resulta no es exteriorización de voluntad de ese sujeto que aparece como agente inmediato sino todo lo contrario. Tiene en su favor - ese sujeto, en caso de ser acusado, una excluyente de responsabilidad por falta de acto suyo". Nos dice Villalobos "queda así esclarecida la naturaleza de la fracción primera del - artículo 15 de nuestro Código Penal: 'Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible', y con ella

(28) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 211 y 212, México 1965.

cualquiera otra excluyente que signifique movimientos corporales realizados por un persona, sin que sean provenientes de o regidos por su voluntad" (29).

Porte Petit escribe "El Código Mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerzas física en la fracción primera del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad cuando constituyen un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sin tetizada en la fórmula 'ne llum crimen sine actions' (30).

Por tanto, expresa Jiménez de Asúa "la fuerza irresistible, por ejemplo, no es ausencia de tipicidad, sino falta de acción; puede decirse que toda conducta que no es voluntaria en el sentido de espontánea y motivada, supone ausencia de acto humano. Así la fuerza irresistible material ni la de mencia ni la coacción moral (miedo insuperable) pueden ser -- falta acción, pues aunque anormal la primera, supone conducta voluntaria y motivada... y lo mismo puede decirse de la segunda, pues el que obra en virtud de miedo invencible, pudo -- también según el grado de éste decidirse por el sacrificio -- propio o el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la -

(29) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano Parte General pág. 335, México 1960.

(30) Celestino Porte Petit Caundaudap, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 35.

coacción y perpetrar el acto punible. Estos casos serán motivos de inimputabilidad y de inculpabilidad" (31).

"La única diferencia que hay que destacar, entre los hechos producidos por una fuerza de la naturaleza y aquellos que proceden de una violencia física ejercida por otro ser humano, consiste en que, bajo el primer supuesto no existe 'acto' de persona alguna ni, por consiguiente, delito; en cambio si otra persona me obliga físicamente a realizar un tipo penal no existirá el 'acto' mío pero sí un delito en quien ha ejercido la violencia será considerado como autor mediato".(32).

Para Pavón Vasconcelos son verdaderos aspectos negativos de la conducta; el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en dichos fenómenos síquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido "las fuerzas inhibitorias". "El sueño, estado fisiológico-normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados-dañosos". La moderna dogmática del delito quiere ver igualmente "acciones libera in causa" en todas aquellas incapacidades originadas en distintas causas como ya dijimos el sueño,-

(31) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 220, Buenos Aires 1967.

(32) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano Parte General pág. 337, México 1960.

la sugestión hipnótica, el sonambulismo, etc. Las acciones libres en su causa, son acciones ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, y son estimadas, por el Derecho, como manifestaciones de una voluntad libre y consciente en su origen. (33).

d).- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO Y LA AUSENCIA DE CONDUCTA EN ESTE DELITO.- Como vimos al hablar de conducta sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito. El elemento objetivo del delito es la acción propiamente dicha son elementos materiales, objetivos, las circunstancias o modalidades por las cuales la ley define el delito en forma descriptiva (34) son aquellos elementos "sensorialmente cognoscibles"; El objeto material del delito de conspiración consiste en el acuerdo, en la resolución por concierto, entre dos o más personas de cometer algún delito contra la seguridad exterior o interior de la nación, acordando los medios de llevar a cabo su determinación, en el concierto de dos o mas voluntades para la consecución de un fin común (35).

Si falta uno de los elementos del delito éste no se integra; "la ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impeditivos 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 "oporte naturalístico del ilícito penal".

(33) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. págs. 343 y ss.

(34) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano Delitos en particular, pág. 30 Vol. México 1944.

(35) Antonio P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano pág. 409 Vol. México 1944.

## CAPITULO TERCERO.

## DE LA TIPICIDAD.

- a).- Del tipo en general.
- b).- Elementos del tipo; el tipo en el delito a estudio.
- c).- La tipicidad.
- d).- La tipicidad en el delito a estudio.
- e).- Causas de atipicidad y ausencia de tipo.

a).- DEL TIPO EN GENERAL.- Tipo y tipicidad se colocan como base de sustentación de la teoría general del delito y de la técnica jurídico-penal. El concepto del tipo - "tatbestand" - término que encontramos en el párrafo 59 del Código Alemán, fue entendido de forma diversa por los juristas -- alemanes. A partir de Beling el tipo se entiende como la descripción objetiva de la conducta punible hecha por el legislador en cada uno de los artículos de la parte especial del Código; hacia la descripción deben orientarse las características que las determinan como objetivas y subjetivas de la conducta que se estima delictuosa. Ernesto Mayer (1915 Tratado-

de Derecho Penal) afirma que la tipicidad no es únicamente -- descriptiva "sino indiciaria de la antijuridicidad" (1), o -- sea que "no toda conducta típica es antijurídica, pero sí toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad".

Mezger considera que el tipo es "el injusto descrito concretamente"; alude a la palabra "tipo", en el sentido de -- la teoría general del Derecho, como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica". "El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en -- sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la san ción penal" (2).

Se ha considerado que la nación del tipo se encuentra en el concepto de "corpus delicti" estudiado por Beling, a --- quien se le considera como el creador de la moderna teoría -- del tipo; en éste el "tatbestand", no es el conjunto de las -- notas del delito, sino "la suma de los elementos objetivos -- descritos en el tipo, es decir de la particular disposición -- legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; más claramente, la acción delictuosa con las notas que la caracterizan y la realización del resultado que con és

(1) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 217, México 1965.

(2) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Rodríguez Muñoz, págs. 365 y 366, 1955.

ta está ligado. Queden por tanto fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad" (3).

En 1930, Beling amplía su doctrina en su "Die Lehre -- Vom Tatbestand" (La teoría del tipo); se distinguen: (4).

Tipo de delito (Deliktstypus) o sea la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera (apoderamiento de una cosa ajena); es el esquema legal o la llamada por los italianos -- "figura de delito".

"Tatbestand legal" expresan aquel momento de valor rector para el Deliktstypus que interesa, no hay tatbestand legal "en sí". Todos son relativos en cuanto al contenido; cada uno significa un "Tatbestand" solo para el "deliktstypus" -- regulado por él en cada caso.

"Leitbild" es un antiguo tatbestand; constituye la figura rectora, vacía de contenido, cuya naturaleza es puramente descriptiva y objetiva, haciendo por ello posible reunir -- en sí los tipos de ilicitud y de culpabilidad.

(3) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad.- Dr. Franco Guzmán, pág. 38, México 1954.

(4) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo I, pág. -- 165, Buenos Aires 1963.

"Tipo de lo injusto" (Unrechtstypus), que se indentifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura (el apoderamiento ilícito de una cosa ajena).

El tipo de culpabilidad, el cual no es sino la culpabilidad típica, el dolo concreto exigido por una determinada -- figura y que en unión del "unrechtstypus" (tipo de ilicitud) -- va a llenar el "leitbild" o "tatbestand legal".

Adecuación típica ("Tatbestansmassigkeit"), constitutivo de la relación entre el hecho concreto y real y el "deliktstypus" o tipo de delito; es la acción contenida al "tatbestand legal".

Tipicidad ("typizitat") que expresa la necesidad de -- acuñar los delitos en tipos y no en definiciones genéricas, y vagas. "La ley penal moderna correctamente, no dirá, pues -- el ladrón sufrirá tal pena, sino que definirá la acción que -- constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esa -- acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto; dirá pues: 'el que se apodere de una cosa ajena mueble total o parcialmente' y con figuras de acción como ésta se integrará todo el Código Penal".

El esfuerzo de Beling no ha sido a la fecha debidamente comprendido y se le reprocha la ambigüedad, y en algunos -

puntos la oscuridad que no aportaron la claridad deseada y si controbayeron a embriollar el problema. Para Antolisei, la -- teoría de Beling constituye una manifestación característica de la decadencia de la ciencia penal alemana ocurrida en el último treintenio, destinada a "pasar el museo de las aberraciones del abstraccionismo jurídico" (5).

Al hablarnos Antolisei del tipo, nos dice que: "el modelo o figura del delito no es únicamente el conjunto de los elementos materiales indicados en la norma penal, sino el -- complejo de notas, sean objetivas o subjetivas, que deben concurrir para la existencia de un delito dado y que se des-- prenden también de la Parte General del Código" (6).

Jiménez de Asúa hace una crítica favorable a la doctrina de Beling: "merece elogios esta forzada concepción de Beling que considera el tipo sensu stricto o la imagen rectora como representación: en cambio, el esfuerzo de crear una figura directriz no parece logrado, ya que en aquellos países en que el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saber que lo es, no podría servir para conectar todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen que sería externamente de parricidio e interna

(5) FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 242, México 1967.

(6) FRANCISCO ANTOLISEI, Estudio Analítico del Delito, Anales de Jurisprudencia, Trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 51.--

de homicidio" (7). El mismo autor nos dice: "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".

Villalobos expresa: "el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo; suponiendo, para declararle punible, que concurren las condiciones normales, en esa conducta, tanto objetiva como subjetivamente, pero pudiendo presentarse situaciones excepcionales que eliminen la antijuricidad (formal o material) o la culpabilidad en algunos casos" (8).

Vasconcelos nos dice: "para nosotros el tipo legal, --dándole connotación propia jurídico-penal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma a su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal" (9).

Nosotros aceptamos la definición que de tipo nos da el maestro Castellanos Tena, quien nos dice: "el tipo es la crea

---

(7) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 248 y 249, 1967.

(8) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 258 México 1960.

(9) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 243, México 1967.

ción legislativa, la descripción que el Estado hace de una -- conducta en los preceptos penales".

Las acciones humanas como materia, se subsamen en ciertos moldes "tipo" de "conductas delictivas", previstas por el legislador, y sólo las que se ajusten exactamente y se adecuén, serán antijurídicas penalmente; el tipo es el fundamento de la antijuricidad para que ésta sea penal; es decriptivo si éstas sólo carecen de consecuencias jurídicas; el tipo es la síntesis de aquellas características que deben reunir toda acción para conducir a una pena, sólo que ésto es precisamente el delito, y de ahí que el tipo sólo sirva como garantía - para fijar previamente el hecho, esas características, dando a la publicidad los presupuestos exigidos a un acontecer humano, para ser sancionado punitivamente, la acción ha de enca--jar dentro de la figura creada por la norma penal positiva, - como signo externo distintivo y propio de la antijuricidad - penal, ya que se dan casos en que apesar de llenarse el tipo, existe juricidad, no existiendo por ello delito. La conducta humana es configurada por el precepto legal, y como hipótesis legal constituye el "tipo", que es la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la - ley como delito, según lo expresado por Jiménez de Asúa (10).

---

(10) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 215, México 1965.

Lo básico en el tipo es la acción; la acción ha de ser típica y típicamente antijurídica y culpable; la acción constituye el núcleo del tipo; el tipo es la síntesis de aquellas características que debe reunir toda acción para conducir a una sanción.

Antonio de P. Moreno escribe: "la ley fija los tipos de delito. Les da configuración propia, señala sus elementos constitutivos. Solamente es delito la acción u omisión que se conforme, que se adapte al tipo de conducta señalado en la ley, como condicionalmente de una pena". "El resto de las acciones humanas que no se conformen con el tipo de delito, tendrán sanción social (la nulidad, la indemnización de daños y perjuicios) pero no sanción penal; quiere decir que no serán delito" (11),

b).- ELEMENTOS DEL TIPO; EL TIPO EN EL DELITO A ESTUDIO.- " El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana; en ocasiones el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, o bien contiene referencias a los sujetos a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción que forman parte igualmente del tipo, o hace referencia a determinados estados de -

(11) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, - Delitos en Particular, págs. 25 y 26, México 1944.

ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción" (12).

El tipo, nos dice Jiménez de Asúa, "sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar a la ocasión y al medio" (13).

El sujeto activo del delito, si éste es un "acto humano" o exteriorización de una voluntad, ha de ser siempre un hombre o un representante de la especie humana, cualesquiera que sean su sexo y sus condiciones particulares y accidentales (14); "el sujeto pasivo del delito es siempre la sociedad cuando se afectan bienes jurídicos instituidos para la vida ordenada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma".

El objeto se refiere al objeto material o corporal de la acción, "cosa mueble".

El tiempo se halla determinado como una modalidad de la acción: "el lugar se hace referencia ya sea a lugar públi-

(12) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, págs. 247 y ss. México 1967.

(13) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pág. 237, Buenos Aires 1967.

(14) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 269, México 1960.

co, o que la acción se cometa en territorio nacional o fuera de éste (15); "cuando hace alusión a la ocasión como en el caso de reunión de personas a quienes se dirige el daño, los medios pueden ser la violencia, el engaño, etc".

Cada tipo en particular está rodeado de las circunstancias y elementos de ese delito en concreto.

Elementos objetivos: por éstos debemos entender "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal" --- (16); son utilizados por el legislador para los descritos por éste como dignos de sanción, se refieren a cosas personas o modos de obrar, captables por los sentidos; apoderamiento de cosa ajena mueble, sin derecho. La Ley a través de esos elementos dá al juzgador los datos para establecer el tipo y la idea contenida de la acción que el legislador consideró típicamente antijurídica.

Nos dice Castellanos Tena; "si las palabras empleadas por el legislador se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal cuando la ley emplea palabras con un significado apreciable por los senti--

(15) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Pág. 254, Buenos Aires 1967.

(16) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 249, México 1967.

dos" (17).

Elementos subjetivos: "cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito, aun cuando su concurrencia se valore desde el punto de vista objetivo de la antijuricidad" --- (18).

Al referirse la ley a la conducta del sujeto activo la presenta en tres aspectos:

Cuando la ley recalca el elemento subjetivo del delito, cuando hace referencia a ciertos conocimientos del actor, cuando se requiere de determinada intención o propósito en la acción, ejemplo: el ánimo de apoderarse de la cosa ajena; cuando la ley se dirige a determinados estados de ánimo rodeado de las circunstancias y elementos de ese delito concreto.

Jiménez de Asúa los denomina "elementos típicos subjetivos de lo injusto" y se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto; "el legislador los incluye a menudo en el tipo": estos elementos nos dice el propio autor, "como antes se decía, 'dolo específico", aunque aluden a veces a un propósito y a un fin: son elementos subjetivos concretamente referidos al injusto a los que se alude en estos términos: "pa

(17) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 219 y ss, México 1965.

(18) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 269 México 1960.

ra apoderarse de un inmueble". Al referirse este autor a esos elementos, los clasifica en: "elementos que de modo indudable se refieren a la culpabilidad, elementos ambivalentes - respecto a la culpabilidad y a lo injusto, elementos que al vincularse al fin, originan los delitos de tendencia internatranscendente; elementos que al referirse al móvil se ubican en culpabilidad y los ya referidos en relación a lo injusto"; y en opinión de Jiménez de Asúa, "los elementos subjetivos -- no se vinculan propiamente a la culpabilidad". "En los casos en que esos elementos subjetivos del tipo no fijan expresamente en él (y a veces aunque se hallen taxativamente descritos) se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficacia" (19).

"Las distintas posiciones de los autores nos llevan a formular una síntesis de la doctrina en la siguiente forma: -

(20) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuricidad; otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad; otro criterio mixto encuentra referencias en tales elementos, tanto a la antijuricidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación -- con vista a los tipos en particular".

(19) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito Principios de Derecho Penal, págs. 255 y ss. Buenos Aires 1967.

(20) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 253, México 1967.

El maestro Castellanos Tena nos dice que los elementos-subjetivos del tipo se refieren a "un estado anímico del sujeto" y los denomina "tipo anormal", ya que contiene conceptos - y situaciones valoradas (21).

Elementos normativos; Para Mezger presupuestos del injusto tipificado "sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales"; estima que a los -- elementos "típicos normativos" pertenecen además "todos los - elementos con una valoración jurídica, que hallamos atravesando en todas direcciones los tipos penales" (22).

El maestro Jiménez de Asúa nos dice que "los elementos normativos se encuentran vinculados a la antijuricidad, pero no por ésto deben ser excluidos de la descripción típica y negarles su carácter de elementos como pretende Mezger"; y agrega: "en verdad no vemos razón alguna para que el legislador - los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características de ser antijurídico, contrario al derecho, fuera de los casos permitidos por la ley, etc, son patrimonio -- general de todos los delitos, ya que éstos no existe si no es contrario a la norma"; "en presencia de elementos normativos- el Juez instructor no ha de reducirse a su habitual menester-

(21) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 220, México 1965.

(22) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Arturo Muñoz, pág. 388, Madrid 1955-57.

sino que está obligado a hacer un juicio valorativo sobre la indole antijurídico de la conducta del autor" (23).

Villalobos expresa: "por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos sus elementos participan de ese mismo carácter descriptivo, pero entre ellos los hay que sólo -- mencionan un dato que puede ser conocido por los sentidos, como la palabra dicha, el introducirse en determinada habitación o el disparo de una rama de fuego, y hay 'elementos normativos' cuya concurrencia en un caso concreto sólo puede ser establecida mediante una valoración, como el carácter de la cosa mueble o inmueble" (24).

El tipo en el delito a estudio.- Tomando en consideración las teorías señaladas y aplicándolas al artículo 375 del Código Penal tenemos que "cuando el valor de lo robado -- no pase de veinticinco pesos, sea restituido por el ladrón 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".

(23) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 258, Buenos Aires 1967.

(24) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 269, México 1960.

El elemento objetivo en este delito lo encontramos en "el apoderamiento", que debe ser ilícito y no consentido por el ofendido; es la constitutiva típica del robo; apoderarse - significa que el agente tome posesión material de la cosa que debe ser ajena y mueble, y en este caso el valor "no debe exceder de veinticinco pesos", así como que dicho robo no sea - ejecutado "por medio de violencia" (25).

El apoderamiento de la cosa ajena mueble, debe ser --- "sin derecho"; se señala la antijuricidad de la acción delictiva y constituye un elemento de carácter normativo; (aún --- cuando lo robado "sea restituido por el ladrón espontáneamente y "pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento de los hechos".

El tipo en este delito se integra plenamente ya que -- existen todos los elementos materiales, subjetivos y normativos del delito.

c).- LA TIPICIDAD.- Pavón Vasconcelos expresa: "entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa"

---

(25) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, - los Delitos, pág. 170 México 1966.

" El encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal"; no debemos confundir el tipo con la "tipicidad", ya que el tipo es el antecedente necesario del delito, es su "presupuesto", y la "tipicidad" es uno de sus elementos constitutivos (26).

"No hay que olvidar -expresa Villalobos- que la tipicidad es un elemento en la definición de delito, desde un punto de vista dogmático, y supuesto el apotegma liberal 'nullum -- crimen sine lege' (27).

Asegura Mezger que la tipicidad es "ratio essendi" de la antijuricidad, por ésto define el delito como "la acción - típicamente antijurídica y culpable"; nos dice que la tipicidad va a concretar la antijuricidad en el ámbito penal, "porque el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclusión del injusto"; agrega que la tipicidad denota son su sola presencia la existencia de la antijuricidad; "el fundamento de la antijuricidad - de acción, yace en la misma ley penal"; y es claro: la tipicidad es prueba evidente de que existe "antijuricidad penal". - (28).

(26) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 261, México 1965.

(27) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, págs. 259 y - ss., México 1960.

(28) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal trad. José Rodríguez Muñoz, tomo I, pág. 375, año 1955-57.

Escribe Fontán Balestra que: "en otras ramas del Derecho se trata de prever la totalidad de los hechos posibles, - en cambio en el derecho penal se preven de modo taxativo sólo aquellos actos de máxima antijuricidad relevante en el orden penal. Los que no están previstos por la ley penal, no interesan, quedan en el ámbito de la libertad en lo que a consecuencias penales se refieren, No podemos referirnos a un hecho delictuoso sin referirnos a la ley que lo crea, por ésto el - hecho delictuoso no existe antes de estar en vigencia la ley- que los describe; los delitos nacen a la vida en el momento - en que se promulga la ley que los anticipa".

Para Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la - conducta al tipo, que se resume en la fórmula "nullum crimen sine tipo" (30).

Según Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal, primera fase meramente descriptiva, separada de la antijuricidad y culpabilidad; segunda fase con carácter indiciario; no es - ya una descripción; le atribuye un valor indiciario, afirma - que el que una conducta sea típica es un indicio de su "anti-

(30) Celestino Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, pág. 37.

juricidad"; tercera fase "ratio esendi" de la antijuricidad, expuesta por Mezger: "la antijuricidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, que es esencial a la antijuricidad la tipificación"; esta fase - según opinión de Jiménez de Asúa, debe rechazarse porque "do ta a la tipicidad de una función desmesurada", aunque poste riormente la reduce a un "medio auxiliar técnico" (31).

Escribe este mismo autor que el delito es una unidad- "en la que analíticamente se distinguen sus características: la descriptiva es la 'tipicidad' que es un indicio de la an- tijuricidad, ya que limita y enumera" (32).

Nos dice el maestro Castellanos Tena que "la historia de la tipicidad es consecuentemente la historia del tipo, ya que antiguamente en Alemania el tipo se consideró como el -- conjunto de caracteres integrantes del tipo; "la tipicidad - es uno de los elementos esenciales del tipo cuya ausencia im pide su configuración", "la tipicidad es la adecuación de - una conducta concreta a la descripción legal formulada en -- abstracto", "es el encuadramiento de una conducta con la des cripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito con el legislador:; en suma es "la acuñación o adecuación de una hecho a la hipótesis legislativa" (33)

- 
- (31) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios - de Derecho Penal, págs. 235 y ss., Buenos Aires 1867.  
 (32) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 251, y ss., 1967.  
 (33) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 215 y ss., México 1965.

La tipicidad es el resultado de un juicio que predica la conformidad de una conducta humana descrita en el precepto, respecto a la conducta descrita en la realidad. O sea, la tipicidad como adecuación es característica esencial del delito; la tipicidad como elemento del delito o característica de la acción delictuosa, confirma el delito o característica de la acción delictuosa, confirma el delito como una entidad orgánica, constituyendo un todo; la tipicidad podemos decir que es la puerta por donde los hechos ilícitos pasan a convertirse en delito, al subsumirse en determinadas hipótesis consideradas como punitivas por el legislador.

La tipicidad sólo transforma esos actos penales cuando se subsumen en el presupuesto legal, pero no siempre son ilícitos esos actos conforme a la tipicidad, y hay muchos ilícitos no tipificados; nunca resulta exclusivamente de la tipicidad lo ilícito, la tipicidad solo es objetiva, prescinde de elementos subjetivos, es un concepto puro, sin significación independiente; sola, carece de tiempo, espacio y existencia; se requiere para su existencia que esté en conexión con un acto ilícito culpable, y es así como se convierte en delito. La tipicidad tiene por objeto catalogar hechos anti-jurídicos dándoles categoría de delitos.

d).- LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.- Dijimos -- que la tipicidad es el "encuadramiento de una conducta con -

la descripción hecha en la ley".

e).- CAUSAS DE ATIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.- A cada una de las características del delito corresponde un determinado aspecto negativo; el aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad: "no hay delito sin tipicidad", opina Porte Petit (35), la atipicidad "existirá cuando no haya adecuación al tipo, es decir cuando no se integre el elemento o -- elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar -- el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere".

"La coincidencia entre los rastros esenciales del hecho de la vida real y del tipo descrito por la ley, ha de -- ser rigurosamente exacta; la falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora produce la atipicidad -- de la conducta, es decir; la "ausencia de tipicidad" o "causa de exclusión del tipo" (tatbestanduschiessungsgrund)" - (36).

En Vasconcelos leemos: "la ausencia de tipicidad o -- atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, -

(35) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la - Parte General del Derecho Penal, págs. 473 y ss., 1969

(36) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo - III, El Delito, Buenos Aires 1965, pág. 940.

impeditivo de la integración del delito"; hay "atipicidad" cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación -- en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los -- requisitos constitutivos del tipo y concluye con Jiménez de Asúa que dice: "atipicidad es ausencia de adecuación típica" (37).

Según Mezger pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es imposible la realización del tipo del delito: (38).

- a). Cuando falte el sujeto que la ley exige.
- b). Cuando falte el objeto que la ley exige.
- c). Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley.
- d). Cuando falte la referencia local o especial exigida por la ley.
- e). Cuando falte la referencia temporal especialmente exigida por la ley.
- f). Cuando falte una referencia de otra índole, exi-

---

(37) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, El Delito, Buenos Aires 1965. págs. 940.

(38) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Dererecho Penal Mexicano, págs. 261. México. 1967.

gida especialmente por la ley.

Señala Jiménez de Asúa como ejemplos específicos de atipicidad (39):

a).- Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo, o sea cuando la ley exige que el sujeto sea una persona determinada por su calidad o naturaleza; si ésta no reúne las condiciones exigidas el caso es atípico.

b).- Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto; en determinados tipos de delitos se precisa una calidad concreta en el sujeto pasivo o una condición - a veces valorativa en el objeto, como en el caso del robo la exigencia de cosa ajena mueble.

c).- Ausencia de adecuación típica por falta de referencias temporales o espaciales.

d).- Ausencia de adecuación típica por falta de medio previsto; "no hay delito sin tipicidad".

e).- Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos de lo injusto; éstos dan sentido a los-

(39) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, El Delito, pág. 941, Buenos Aires 1965.

tipos; sin "animus lucrandi" carece de sentido el robo; el elemento subjetivo de lo injusto funciona también en ciertas causas que excluyen de la pena.

f).- Ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica.

Según la opinión de Porte Petit, para señalar las atipicidades bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo: (40)

1o.)- Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.

2o.)- Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.

3o.)- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo:

4o.)- Ausencia de objeto jurídico.

---

(40) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, tomo I, pág. 478, México.

5o).- Ausencia de objeto material.

6o).- Ausencia de las modalidades de la conducta:

- a). De referencias temporales.
- b). De referencias espaciales.
- c). De referencia a otro hecho punible.
- d). De referencia de otra índole, exigida por el "tipo".
- e). De los medios empleados.

7o).- Ausencia de elemento normativo, y

8o).- Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: (41) 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 (como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales); c) cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) - al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, los que habrán de verificarse para la integración del ilícito; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, éstos constituyen re-

(41) Fernando Castellanos Teña, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 277 y ss. México 1965.

ferencias típicas ala voluntad del agente o al fin que persigue.

La ausencia de tipo "supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho"; la ausencia de tipo "presupone la imposibilidad de dirigir la persecución contra un autor de una conducta no descrita en la ley, aún siendo antijurídica o sea 'nullum crimen nulla poena sine lege". (42)

"La ausencia de tipo - nos dice Porte Petit - constituye el aspecto negativo del tipo"; "hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal; el dogma 'nullum crimen sine tip' constituye la más elevada - garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar - una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal". (43). La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado "que la falta de tipo presupone inexistencia - del tipo y delito putativo, Porte Petit considera y sostiene - que el delito putativo es un caso de "ausencia de tipo".

La ausencia de tipo supone la falta de previsión en la Ley, de una conducta o hecho.

(42) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal pág. 260 y ss. 1967.

(43) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de La Parte General de Derecho Penal, I, pág. 465, México 1969.

El maestro Castellanos Tena nos dice que "la ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos"; en el fondo, "en que toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo". (44)

(44) Fernanco Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 255 y ss. México 1965.

## CAPITULO CUARTO.

## DE LA ANTIJURICIDAD.

- a).- La antijuricidad en general.
- b).- La antijuricidad en el delito a estudio.
- c).- Las causas de justificación en general.
- d).- Las causas de justificación en el delito a estudio.

a).- LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.- Los términos "antijurídico", "ilícito" e "injusto" han sido usados indistintamente dándoles idéntica connotación; para autores como Jiménez de Asúa (1) que cree con Mezger que tanto la voz "injusto" como "antijurídico" deben emplearse indiferentemente, pero como en seguida se verá, "no aceptamos servirnos de la expresión -- 'ilicitud' y 'entuerto' como sinónimas consideradas por otros autores"; el propio Jiménez de Asúa en 1916 al ocuparse de la "Unificación del Derecho Penal en Suiza", tradujo la expresión "acto antijurídico" por "acto ilícito", y agrega "pero como -- luego se dirá, no pretendíamos con ello modificar el contenido del pensamiento sino verter al Castellano una palabra que no existía en nuestra lengua, aunque el término 'ilicitud' se use,

(1) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, - El Delito, pág. 966 y ss. Buenos Aires 1965

como hemos dicho, por los italianos y los ecólogos argentinos; lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al Derecho) y - puesto que el círculo ético es de mayor radio que el jurídico al decir 'acto ilícito' en vez de 'acto antijurídico' caemos en la impresión del hablar corriente, y asimismo debemos decir 'antijuricidad' y no 'antijuricidad' porque debe corregir se el feo trabalenguas."

Nosotros aceptamos el término "antijuricidad" y así lo emplearemos en el transcurso de este estudio, por razones prácticas.

La antijuricidad ha sido considerada como el elemento autónomo del delito; su falta de fundamento es evidente, - "sobre todo cuando se vea la imposibilidad de pronunciar el - juicio sobre la ilicitud o licitud de una acción humana, prescindiendo de la substancia esperitual que la integra" (2); para este mismo autor un hecho no puede considerarse antijurídico si no se incluye el elemento subjetivo, y nos dice : "el - juicio de antijuridicidad comprende al delito en su totalidad; no puede pronunciarse si no se tienen presentes todas las notas que lo componen; la antijuridicidad es la esencia misma - del delito".

---

(2) Francisco Antolisei, El Estudio Analítico del Delito, trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 52 y ss., México 1954.

Según el papel que desempeña la antijuricidad en la teoría del delito, se señalan varias tesis: la que afirma que --- constituye un carácter del delito; la que sostiene que es un - elemento del delito; la que constituye un aspecto del delito, - y la que es el delito en sí.

Con relación a la clasificación de la antijuricidad, --- existen diversos puntos de vista: que la antijuricidad es formal o nominal; el que considera la antijuricidad material; el que estima tanto la formal como la material, y por último la concepción dualista, "subsistencia conjunta de la antijuricidad formal y material". (3)

La antijuricidad es formal porque contradice a la ley - positiva legislada por el Estado, el dogma "nullum crimen sine lege", es la base de ésta para la existencia de la antijuricidad se exigen dos requisitos: "adecuación o conformidad a un - tipo penal, y que la conducta no esté emparada por una causa - de exclusión del injusto o causa de ilicitud"; sin embargo, -- nos dice Porte Petit "debemos tender a lograr un concepto de - la antijuridicidad en forma positiva y acabar por tanto, con - el prodecimiento de 'excepción - regla".

Acerca de la antijuricidad material existen dos corrien

---

(3) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pág. 481 y ss. México '69

tes: la que trata de encontrar su esencia en la violación de obligaciones y ataques los derechos a los que se hallan ligados los miembros del pueblo y del Estado, en el orden jurídico necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad; "el contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado -- contra el orden instituido por los preceptos legales"; la antijuricidad formal resulta de la violación al precepto positivo, y la antijuricidad material del quebrantamiento de las -- normas de valor que esa ley interpreta, contiene y protege; -- esta tesis sostenida por Villalobos (4) señala que no es preciso pensar que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van -- unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa; el otro aspecto es el que busca obtener la esencia de la antijuricidad material, fuera del area jurídica o extrajurídica.

La antijuricidad podemos contemplarla bajo otros dos -- puntos de vista: es de naturaleza objetiva, según sostienen-- autores como Mezger y Jiménez de Asúa; la antijuricidad es objetiva y existe, cuando una conducta o un hecho violan una -- norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento --

(4) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 249 y ss. México 1960.

loración, definiendo si hubo antijuricidad.

La antijuricidad es un elemento objetivo de la acción que se opone material y formalmente al derecho.

Dentro de la concepción objetiva la antijuricidad cabe reconocer la existencia de algunos elementos subjetivos, que excepcionalmente constituyen la antijuricidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico. Los sostenedores de la corriente subjetiva opinan que la "antijuricidad" es sinónimo de "ilicitud". Villalobos (8) nos dice: "una cosa es ilícita porque es antijurídica, pero equiparar ambos términos equivale a desconocer -- las normas valorativas que dan substantividad y validez al -- precepto, para dejar a éste volando, en su mera calidad imperativa, como expresión auténtica de arbitrariedad o autocracia". "Técnicamente, la antijuricidad es oposición al orden valorativo, en tanto que la oposición al derecho como actitud subjetiva o como destención al mandato o a la norma de determinación, seguirá constituyendo la culpabilidad".

Para Antolisei (9) un hecho no puede considerarse anti

(8) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 251 y ss. México 1967.

(9) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad.- Dr. Franco Guzmán, págs. 63 y 70. México 1954.

subjetivo: la culpabilidad, "nosotros defendemos el concepto-objetivo de la antijuricidad como pieza indispensable en el -derecho penal liberal" (5); para Mezger actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del derecho.

Encontramos otros autores que se adhieren al criterio-objetivo de la antijuricidad; Porte Petit (6) nos dice "la antijuricidad es objetiva, para su existenciano es necesario-el elemento subjetivo (la culpabilidad), en consecuencia la -teoría de la antijuricidad objetiva es a nuestro juicio la-única que tiene validez, pues la antijuricidad es indepen-diente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la-existencia de la antijuricidad". Villalobos llama a la an-tijuricidad "oposición objetiva"; "la antijuricidad es la --violación de las normas objetivas de valoración. Nada impor-tan los rasgos subjetivos de quien cometa el acto" (7).

De ahí que la norma crea lo antijurídico, la ley lo -que de considerarse delito y el Derecho Penal, como institu-ción, la pena o medida de seguridad que ha de imponerse; para sancionar una conducta se precisa de un juicio de valor o va-

- 
- (5) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de -Derecho Penal, pág. 280, Buenos Aires 1967.  
 (6) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 486 y ss. México'69.  
 (7) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 251, México 1960.

jurídico si no se considera el elemento subjetivo; niega la necesidad del injusto objetivo, refutando los casos invocados de responsabilidad objetiva, y afirmando que se puede argumentar en forma análoga respecto a la legítima defensa y a la participación delictuosa.

Jiménez de Asúa cree que debemos emplear indistintamente, con carácter sinónimo, tanto la voz "injusto" como "antijurídico"; "la ilicitud significa más que lo antijurídico, lo ilícito, que es lo opuesto a la moral y al derecho; la antijuricidad en toda elaboración jurídica del delito, es la piedra angular no sólo de la infracción, sino de todo derecho punitivo". (10).

Nosotros pensamos que, como lo ha sostenido Fontán Balestra, son engañosas las esperanzas de quienes aspiran a --- constituir una antijuricidad puramente objetiva y libre de -- elementos síquicos, una tipicidad legal libre de valor, y una culpabilidad cuyo contenido no esté fijado por la conexión -- del actor con la tipicidad y antijuricidad; no puede seguirse sosteniendo la idea de que todo lo subjetivo pertenece a la - culpabilidad y todo o objetivo a lo injusto y con él a la tipicidad.

(10) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, El Delito, pág. 960 y ss. Buenos Aires 1965.

Autores como Mezger consideran que hay delictivos cuya motivación es de carácter subjetivo, dirigidos a determinado fin. Una misma conducta exterior puede ser conforme a derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto. Hay circunstancias en que el elemento subjetivo hace que una cosa sea o no delito.

Los elementos subjetivos del injusto no suponen la fusión de la antijuricidad con la culpabilidad, puesto que sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto (antijuricidad) y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Existen algunos elementos subjetivos que, no obstante serlo, constituyen excepcionalmente la antijuricidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva de la acción que con ellos resulta antisocial o contraria al orden jurídico.

Antijuricidad general y penal.- Entre quienes proclaman la unidad delo antijurídico y niegan en consecuencia la existencia de una antijuricidad propia de lo penal, podemos mencionar a Soler, Antoliseis y Jiménez de Asúa (11), quienes sostienen que "las acciones y las omisiones no pueden llevar sino el sello de lo ilícito o de lo lícito, según sean conformes o contrarias al Derecho, y la única diferencia es la consecuencia; el injusto civil tiene una sanción civil y el in--

(11) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III pág. 1006, Buenos Aires 1958.

justo penal una sanción penal". Vasconcelos agrega "concebimos el Derecho como un todo orgánico, como ordenación unitaria de vida , y por ello no podemos entender lo antijurídico como fraccionable, sino como unidad representada en la oposición al Derecho"; y concluye: " de allí que la antijuricidad sea única e indivisible y no exista un injusto específicamente penal, por más que se le pueda referir al concreto campo - del Derecho Penal".

"En verdad - nos dice Porte Petit - no debe hablarse - de una antijuricidad general. Solamente existe antijuricidad cuando hay violación de un precepto legal o sea, a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuricidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc" -- (12). Algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuando una conducta o hecho son antijurídico, es -- necesario incrustar en el tipo la mención de la antijuricidad especial.

Para Jiménez de Asúa, (13) "la pretendida antijuricidad especial, no es otra cosa que un elemento normativo indebidamente e impacientemente incrustado en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más pro

---

(12) Celestino Porte Petit Candaudo, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pag. 289

(13) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III pág. 1008, Buenos Aires 1958.

pósito que el de concretizar y señalar lo injusto".

Porte Petit estima que en realidad "la antijuricidad-especial tipificada es innecesaria, ya que para saber si una-conducta o hecho son antijurídicos es suficiente y útil el --procedimiento de excepción-regla". (14).

Concepción jurídica y extra-jurídica de la antijurici--dad.- Nos dice Jiménez de Asúa que .cuando encontramos un orden jurídico establecido en el consuetudinario, y el caso de la vida real asume un fondo de incuestionable justicia, sólo-las normas de cultura pueden darnos una solución correcta". - Nos dice que "lo injusto, opuesto a la norma de cultura reco-cida por el Estado, constituye lesión al objeto jurídico u ob-jeto de protección. o sea a los intereses considerando dignos de tutela y a los que se ha denominado bienes jurídicos. En-suma, en edificar afirmativamente (en sí y por sí) la antiju-ricidad, es preciso hallar esa esencia positiva en orden a los derechos subjetivos, a los intereses, a los bienes jurídicos-y a las normas jurídicas primarias o a los de cultura". (15)- Los opositores de esta teoría la denominan "extrajurídica" al creer indamisible la introducción de las normas de cultura es el campo del Derecho; entre estos encontramos a Soler, que par

(14) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Par-te General de Derecho Penal, pág. 489.

(15) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de-Derecho Penal, pag. 277 y ss. Buenos Aires 1967.

te de su apreciación "sobre la índole siempre jurídica de lo injusto". (16).

Nosotros aceptamos la definición que de antijuricidad nos da el maestro Castellanos Tena quien nos dice: "la antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo el acto, a la conducta externa. 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 material y la escala de valores del Estado". (17).

b).- LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.- La antijuricidad es una integrante general de todos los delitos; en el presente delito a estudio, consiste en el apoderamiento de una cosa sin consentimiento de la persona que puede disponer de esa cosa de acuerdo a la ley, y aún cuando la cosa sea restituida, el apoderamiento es ilícito, el delito ha existido, "el hecho delictuoso se consuma, se realiza en toda su integridad, existen todos los elementos materiales, subjetivos y normativos del delito". (18).

(16) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo O, Buenos Aires 1963, pag. 350 y ss.

(17) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pag. 231, México 1965.

(18) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, Delitos en Particular, pag. 61 y ss. México 1944.

Los elementos son : una conducta, que es el apoderamiento de una cosa ajena; el tipo, o sea la adecuación de esa conducta a la descripción hecha por la ley; si el autor del delito obra sin derecho, su acto es antijurídico; si realiza el acto lícitamente no se configura el delito por ausencia -- de este elemento; en este delito existe una verdadera excusa-absolutoria.

c).- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN GENERAL.- La conducta es en determinados casos, a pesar de ajustarse al tipo, puede o no ser antijurídica y por ende tampoco delictuosa, -- cuando exista una contra-norma que anula la prohibición o imposición. Así como hay acciones antijurídicas que no son punibles porque no corresponden a ningún tipo legal, también -- hay acciones con las características del tipo delictivo a las cuales les falta la antijuricidad, por lo que tampoco son delitos; éstas constituyen las llamadas "causas de justificación" o excluyentes por ausencia de antijuricidad; las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad.

"las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad en una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en -- presencia de alguna de ellas falta alguno de los elementos -- esenciales del delito: la antijuricidad". (19)

(19) Fernanco Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal pág. 235, México 1965.

Jiménez de Asúa define las causas de justificación como "las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen. Las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al Derecho" (20).

Según Mezger las causas de justificación encuentran su base en la falta de antijuricidad, según el principio de la ausencia del interés, o por preponderancia de aquél, conforme al siguiente esquema: (21)

a).- Ausencia de interés:

I. Consentimiento del ofendido.

II. Consentimiento del presunto ofendido.

b).- Principios del interés preponderante:

I. La acción especialmente debida.

(20) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 284, Buenos Aires 1967.

(21) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Rodríguez Muñoz, tomo I, pág. 293 y ss. Madrid. 1955-57.

II. La acción realizada en virtud de especiales -  
derechos, en particular del derecho de necesidad.

III. El principio de valuación de los bienes jurídicos.

Porte Petit nos dice: "pensamos que existe una causa - de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés (para quienes estiman que fundamentan una - causa de licitud) o de la existencia de un interés preponderante". (22).

Antolisei para explicarnos las causas de justificación hace una distinción entre éstas y las causas que excluyen -- la culpabilidad: nos dice que estas segundas causas no presentan dificultad "porque su tratado encuentra lugar en el estudio del elemento subjetivo del delito" y son: "caso fortuito- fuerza mayor, fuerza física, coacción moral, error, etc". -- nos dice que se puede considerar "la ausencia de causas de -- justificación como una condición negativa de la existencia - del delito". "Lo esencial es que para colocar las causas de- justificación, no se cree un elemento del delito que no tie--

(22) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 493, México 1969.

ne razón de existir como tal (la antijuricidad o la punibilidad o bien la causa) y que se reconozca que el tratado de las causas de justificación encuentra su lugar lógico y conveniente después de que los dos elementos del delito han sido estudiados" (23).

Villalobos afirma "que faltará la antijuricidad o quedará excluida, cuando no exista el interés que se trata de impedir, o cuando concurren dos intereses, y el Derecho, no pudiendo salvar a los dos, opte por el más valioso y autorice el sacrificio del otro, como medio de su preservación". (24).

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, "son objetivas, se refieren al hecho no al sujeto; -- atañen a la realización externa. Las otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor. -- Las justificantes aprovechan a todos los coparticipes: son reales. Tratándose de las justificantes, por ser la conducta -- apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia -- ni civil ni penal". (25).

---

(23) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 90 y ss. México 1954.

(24) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 339, México 1960.

(25) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 237 y ss. México 1965.

"Las excluyentes de antijuricidad no pueden producir efecto sin una declaración o un reconocimiento legal que constituye la antijuricidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal". "La eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere, pues una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito". (26).

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que "en las causas de justificación no hay delito", "en las inimputabilidad no hay delincuente" y "en las excusas absolutorias no hay pena". (27).

#### CAUSAS DE JUSTIFICACION

- a).- Legítima defensa.
- b).- Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- c).- Cumplimiento de un deber.

---

(26) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 325 y ss. México 1960.

(27) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 342, México 1960.

d).- Ejercicio de un derecho.

e).- Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.

f).- Impedimento legítimo.

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuricidad. Villalobos nos da como ejemplos los siguientes: "cuando un enfermo es llevado al hospital, privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares o allegados le sustituyan en dichas funciones, a pesar de ésto se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento atribuido al propio enfermo; y el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa". -- (28).

Nos dice Jiménez de Asúa: "por su parte, Sebastián Soler, que acepta el consentimiento como causa de justificación

(28) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 342, México 1960.

nos habla de la naturaleza del bien tutelado y dice que para saber si el consentimiento actúa o no, hay que atender sobre todo a dos motivos de la tutela: "sólo en lo que constituye un derecho subjetivo es aceptable el consentimiento, pero no en los bienes jurídicos protegidos bajo la forma de interés - jurídico"; "por otra parte, el consentimiento en pocas ocasiones puede invocarse". Considera este mismo autor que el consentimiento destruye el tipo, y cita como ejemplo el permitir que otro tome nuestro reloj, y nos dice: "que no puede haber 'un hurto consentido', sino una donación". (29).

Haremos una breve reseña de cada una de las excluyentes de la antijuricidad: la más importante es la "legítima defensa". Son múltiples las opiniones sobre el concepto de la legítima defensa; Pavón Vasconcelos nos dice: "es la repulsa - inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual - e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho". (30).

Porte Petit opina: "se puede definir esta causa de justificación con el contraataque (o repulsa) necesaria y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido pro-

(29) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 286 y 287, Buenos Aires 1967.

(30) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General, pág. 287, México 1967.

vocada insuficientemente". (31).

Castellanos Tena escribe: "todas las definiciones son más o menos semejantes: 'repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas, contra el -- agresor, sin traspasar las medidas necesarias para la protección'". (32).

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en su fracción III, se refiere a la legítima defensa, y expresa: "obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor y bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, -- sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no -- ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias -- siguientes:

- 1a. Que el agredido provocó la agresión dando causa -- inmediata y suficiente para ella.
- 2a. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla -- por otros medios legales.

(31) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 501, México 1969.

(32) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 244, México 1965.

- 3a. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y
- 4a. Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa....."

Nos dice Pavón Vasconcelos: "cuando se habla de 'defensa propia' se trata de una conducta 'no fundada en un deber titular' y, por ello perteneciente a la clase de los procederes jurídicamente libres o potestativos, en tanto, en el segundo caso (defensa de terceros), el ejercicio de la defensa del obligado ala observancia de su propia obligación, está fundado en un deber jurídico, pues el titular no puede optar entre el ejercicio o no ejercicio de tal derecho (salvo que no se sea exigible), dado que la omisión de la conducta ordenada sería constitutiva de un delito (artículo 400, fracción I del Código Penal)". "La legítima defensa es la "repulsa -- inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual -- e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho". (33).

(33) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 288, México 1967.

Para Jiménez de Asúa: la legítima defensa es "repulsa-  
de la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado-  
o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesi-  
dad de la defensa y dentro de la racional proporción de los-  
medios empleados para impedir la o repelerla". (34).

Según Castellanos Tena, "la agresión ha de ser 'actual'  
es decir, de presente, de lo contrario no se integra la justifi-  
ficante; si la agresión ya se consumó, no existirá la defensa  
legítima, sino una 'venganza privada', que se previene en el -  
artículo 17 de la Constitución Mexicana: 'Ninguna persona po-  
drá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para  
reclamar su derecho'. "Tampoco se integraría la justificante  
ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras  
La agresión debe ser 'violenta', o sea que implique fuerza --  
y sin derecho', o sea antijurídica". (35).

La agresión actual a que se refiere la ley, indica -  
un peligro que no debe ser inevitable en sentido absoluto, --  
por que la defensa no puede apreciarse sino en virtud de la -  
posición del hombre agredido de parte del cual está la justifi-  
cación.

(34) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de  
Derecho Penal, pág. 289, Buenos Aires, 1967.

(35) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -  
Derecho Penal, pág. 247, México 1965.

"La calidad de violencia es una redundancia establecida para mayor claridad, pero innecesaria, pues no puede concebirse una agresión sin violencia de parte del que ataca". - (36). No son los golpes ni las heridas lo que hace que la defensa sea legítima, sino el peligro que nace de la agresión; - el único punto que debe comprobarse es la existencia y el carácter amenazador de la agresión, que es lo que hace nacer -- el derecho de legítima defensa; no es necesario esperar el -- primer golpe para que ese derecho nazca, ni éste termina cuando el golpe haya sido recibido, porque puede seguir el derecho de defensa, el cual acaba cuando el peligro ha cesado en la mente del agredido.

De la agresión debe resultar un "peligro inminente"; - la inminencia implica la urgencia de la defensa, la necesidad indispensable que autoriza la defensa legítima.

Estas consideraciones deben tenerse en cuenta para estimar si en un determinado caso ha existido o no legítima defensa.

Opina Soler: "todo bien puede ser legítimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la cali-

(36) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo LXX, págs. 5061 y 5062.

dad del bien defendido. La prudencia de los jueces, las normas de cultura, y el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que desempeñan aquí un papel muy destacado y de gran amplitud". (37).

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazar en el momento mismo de estarse realizando, el escalamiento -- o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de su dependencias, cualesquiera que sean los daños causados al agresor. Igual presunción favorecerá para el que causare cualquier daño a un intruso a quien sosprendiere 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 ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión; (el Estado permite en estos casos que el particular tome su lugar -- sustituyéndole en la protección de los bienes jurídicos tutelados). Debe aclararse que la defensa aquí opera también de día y en el Código de 1931 sólo de noche.

(37) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo I, pág. - 405, Buenos Aires 1963.

Las presunciones de legítma defensa son "juris tantum" es decir, pueden admitir prueba en contrario; el sujeto cuya conducta encaja en ellas, "tiene a su favor la presunción legal de que actuó con derecho, y corresponderá destruir estas presunciones al Ministerio Público". (38).

Defensas mecánicas, llamadas por Villalobos "insidias" automáticas"; se trata de peligros disimulados y cuyos efectos pueden recaer sobre personas que no sean asaltantes o delincuentes, como cercas electrizadas, trampas, etc. Y agrega: "desde luego es claro que la sola instalación de tales peligros públicos significa una imprudencia, por cuanto extiende su amenaza a casos y personas que nada tienen que ver con la legítma defensa, y deberá por lo mismo, impedirse administrativamente; podría perseguirse al responsable como autor de delito con dolo eventual o culpa". (39).

Los "offendícula" señala Soler, consisten en los escollos, obstáculos o impedimentos, tales como vidrios colocados en bardas y muros, alambres de puas, etc, que previenen a todo extraño el riesgo a que se expone si trata de infringir el derecho del propietario, Tales medios de prevenir la invasión de la propiedad, "oponen una resistencia normal, con

(38) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 253, México 1965.

(39) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 296 y 295, México 1960.

cida y notoria" y su colocación "se justifica como una derivación del derecho del dueño sobre la cosa". Encontramos en éstos los elementos de la legítima defensa. (40).

Problemática de la legítima defensa: (41).

¿Riña y legítima defensa?.- El artículo 314 del Código Penal define la riña como "la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas". En este caso los protagonistas se colocan al margen de la ley, al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias; las dos actitudes son antijurídicas; la legítima defensa requiere para su integración la existencia de una conducta lícita, conforme a derecho, --- frente a una injusta agresión: por ésto la riña incluye la defensa legítima.

Legítma defensa recíproca?.- Es imposible la concurrencia de una legítima defensa recíproca, pues ello implicaría "la existencia en ambas partes de una conducta jurídica --- frente a una conducta antijurídica, lo cual es inaceptable -- (42).

---

(40) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo I, pág. - 369, Buenos Aires 1963.

(41) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 295 y ss. México 1967.

(42) Celestino Porte Petit, Problemática de la Defensa Legítima o Real, Revista Jurídica Veracruzana, tomo XIII.

¿Legítima defensa contra el exceso en la legítima de--  
fensa?.- Según nuestra ley no se integra la excluyente "si el  
agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y sufi--  
ciente para ella" (1a. parte de la fracción III del artículo-  
15 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales); en  
el caso el primer agresor es, sin duda, el provocador y quien  
dá causa al exceso, sin embargo cuando éste sea tal que racio-  
nalmente no pueda considerarse como causado inmediata y sufi-  
cientemente por el primer atacante, será posible admitir la -  
configuración de la justificante de referencia" (43).

¿Legítima defensa del inimputable?.- "admitimos plena-  
mente la inexistencia del delito por la conformación de la -  
legítima defensa del imputable, con independencia de su falta  
de capacidad para ser acreedor a una consecuencia penal a vir-  
tud de su inculpabilidad". (44).

¿Legítima defensa contra la agresión de un inimputable?.  
La conducta del inimputable no es culpable, por faltarle las  
capacidades de conocimiento y voluntad; ésta en cambio puede-  
ser antijurídica (la antijuricidad es objetiva) y dar lugar -  
a una reacción defensiva legítima. Hay quienes sostienen que  
no opera la defensa legítima sino el estado de necesidad; ---

(43) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -  
Derecho Penal, pág. 257, México 1965.

(44) Francisco Pavón Vasconcelos Manual de Derecho Penal Me--  
xicano, pág. 297, México 1967.

"también es posible admitir la defensa legítima contra menores de dieciocho años, que no delinquen por hallarse segregados del campo de la ley penal, pero pueden obrar injusta, --- aunque delictuosamente". (45).

Exceso en la legítima defensa.- El artículo 16 del Código Penal del Distrito y Territorios establece que a quien se excediere en la legítima defensa, por no haber necesidad racional del medio empleado, o porque el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medio legales o por ser notoriamente de poca importancia en relación con el causado por la defensa, se le castigará como delincuente imprudencial. Nos expresa Jiménez de Asúa que: "no sólo hay exceso en los medios, sino, en general, exceso en la defensa, - y podrá, por ende, ampararse en la atenuación el denominado - 'exceso en la causa' . Pero jamás puede ser una legítima de--fensa, sino simplemente una 'defensa excesiva'. Si el exceso es por culpa, porque erramos en el cálculo entre el medio proporcionado y la gravedad del ataque, se presenta el más genui--no caso de defensa excesiva. El exceso culposo es justo que--se atenúa, como se atenúa el homicidio por culpa" (46).

---

(45) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 201, México 1965.

(46) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de-- Derecho Penal, pág. 301, Buenos Aires. 1967.

## CUADRO ESQUEMATICO (47)

## LEGITIMA DEFENSA

|                 |   |
|-----------------|---|
| Actual          | Contemporánea del acto de <u>defensa</u> ; que esté aconteciendo.   |
| Violenta        | Impetuosa, atacante. La <u>violencia</u> puede ser física o moral. - (Fuerza en personas o cosas y - amagos o amenazas).  |
| UNA<br>AGRESION | Sin derecho   |
|                 | Antijurídica, ilícita, <u>contraria</u> a normas objetivas del <u>Derecho</u> . Si la agresión es justa, - la reacción no puede quedar <u>legitimada</u> .      |
|                 | Peligro<br>inminente  |
|                 | Peligro es la posibilidad de <u>daño</u> o mal. Inminente es lo <u>próximo</u> , inmediato. El Peligro <u>inminente</u> debe ser consecuencia - de la agresión. |

(47) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, págs. 254 y 255. "En este cuadro esquemático se sigue, en lo fundamental, a González de la Vega, Código Penal Comentado".

|  |   |
|--|---|
| La propia persona                                    | Los ataques a la persona pueden ser en su vida, integridad corporal y en su libertad física o sexual.   |
| El honor   | La ley confunde el concepto de honor con el de reputación. El homicidio o las lesiones a los adúlteros no constituyen defensa legítima del honor.   |
| Los bienes   | Todos los de naturaleza patrimonial, corpórea o incorpórea y los derechos subjetivos susceptibles de agresión.  |
| Otra persona o sus bienes                            | Defensa de terceros o de sus bienes. Los bienes pueden pertenecer a las personas físicas o a personas morales.  |
| La agresión debe recaer en ciertos bienes jurídicos. | Necesidad de la reacción defensiva  |
|  | No es legítima la defensa cuando el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella. No es legítima cuando el agredido previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por medio legales.   |
|  | la.- Cuando el acusado durante la noche rechazare, en el momento de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.   |
| Presunciones de legítima defensa.                    | 2a.- Si causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios o de su familia o de cualquier persona que tenga obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que se tenga la misma obligación, si la presencia ocurre de noche o en circunstancias que revelen la posibilidad de una agresión. |

Exceso en la  
defensa

Hay exceso si se prueba que no hubo necesidad racional de medio empleado. Se sanciona como delito culposo.

Hay exceso en la defensa, cuando el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa. Se sanciona como delito culposo.

El estado de necesidad.- Ha existido entre los autores gran confusión al juzgar el estado de necesidad como excluyente de imputabilidad, de culpabilidad o de antijuricidad, y en ocasiones un mismo autor afirma las tres categorías.

Jiménez de Asúa escribe: "el estado de necesidad es -- una causa de justificación basada en el principio de salvaguardar el 'bien de mayor valor', el 'interés preponderante'; el estado de necesidad es una 'causa de justificación', con todas sus consecuencias, es decir, 'causa excluyente de antijuricidad'". (48).

Afirma Porte Petit: "el estado de necesidad funciona - como causa de licitud o causa de inculpabilidad, afirmación anterior que tiene su base doctrinal en la valuación de los bie-

---

(48) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 306, Buenos Aires 1967.

nes jurídicos en conflicto, pudiéndose originar tres hipótesis: cuando el bien sacrificado es de menor entidad que el salvado, cuando es de igual valor, y por último, cuando el bien sacrificado es de más valor que el salvado, debiéndose concluir que: en la primera hipótesis, se trata de una causa de licitud conbase en el principio del interés preponderante; en la segunda, una causa de inculpabilidad, pues no obstante que la conducta que lesiona un bien de igual entidad es antijurídica, no le es reprochable, por la no exigibilidad de otra conducta, y en la tercera, la conducta realizada es delictiva dado que el bien salvado es de menor valor que el sacrificado". (49).

Se ha pensado que se trata de una causa que excluye la culpabilidad.

Villalobos, al ocuparse de la naturaleza del estado de necesidad, afirma "que existe un único caso en que existe la excluyente por necesidad". "Si el bien que se salva es mayor que el sacrificado, conforme al principio de la estimación de los intereses en concurso y la manifiesta conveniencia de salvar el más valioso, el agente obra 'jurídicamente', aún cuando haya tenido que sacrificar para ello el bien inferior si no había otra manera de lograr su propósito". (50).

---

(49) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 540, México 1969.

(50) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 367, México 1960.

El artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en su fracción IV, alude a la justificante al expresar: "son circunstancias excluyentes de responsabilidad: - - ..... 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". Del texto legal se infiere: "a) Que se hace -- extensiva la operancia de la excluyente cuando se salvan bienes jurídicos propios o de terceros, liquidándose así los problemas de interpretación originados en aquellas legislaciones que silencian la extensión del estado de necesidad respecto a las personas; y b) que el estado de necesidad opera como 'causa justificante y de inculpabilidad', pues no se limita su funcionamiento a los casos de conflicto entre bienes de distinto valor, pudiéndose sacrificar bienes de igual entidad. Ello - supone, para construir la noción de la causa de justificación por estado de necesidad, no perder de vista el criterio de la 'valuación de los bienes en conflicto". (51).

Elementos del estado de necesidad: una situación de peligro, real, grave e inminente; que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; - y ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

---

(51) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 307, México 1967.

Diferencias con la legítima defensa: nosotros nos adherimos a la opinión del maestro Castellanos Tena, quien señala las siguientes: "a) en la legítima defensa hay agresión, - - mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no - debe confundirse el ataque de un bien con su agresión), y b) - la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque -- entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro legítimo (la - reacción, contra-ataque o defensa); en el estado de necesidad - no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legíti-- mos". (52).

En el artículo 334 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales encontramos un caso específico del estado de necesidad: "aborto terapéutico practicado ante la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada:; en este caso la ley aplica el criterio de la "preponderancia de intereses"; otro caso es el del "robo necesario o de indigente", conocido como "robo de famélico". Este artículo no sólo resulta inútil, en atención a la existencia de la norma del artículo 15, fracción IV, reguladora del estado de necesidad, sino que por su estructura establece una indebida limitación al funcionamiento de la justificante general. (53).

- 
- (52) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 265, México 1965.  
 (53) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 309, México 1967.

Cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho e -- impedimento legítimo.- El artículo 15 del Código Penal vigente en su fracción V, señala como "circunstancias excluyentes de responsabilidad": "obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley". Vasconcelos ofrece dos casos: "el agente de la autoridad al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el Juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; el actuario, al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmente, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, 'no realiza una conducta antijurídica'"; y agrega: "en ambos casos se trata de conductas lícitas, autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber" (54).

El artículo 15 del Código Penal vigente, fracción V, -- también declara "circunstancias excluyentes de responsabilidad", como ya dijimos antes, "el obrar en el ejercicio de un derecho consignado en la ley". En este caso encontramos las lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir; éstas se reglamentan en el artículo 294 en relación -- con el 289; el primero establece que "las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de --

---

(54) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 313, México 1967.

las comprendidas en la primera parte del artículo 289 (que --- tardan en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida) y, además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia"; para el maestro Castellanos Tena constituye una justificante y para algunos autores una "excusa absolutoria". (55).

La doctrina señala como justificantes: el impedimento legítimo, la obediencia debida (obligatoria) y el consentimiento del interesado. El impedimento legítimo lo encontramos regulado por la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, de manera que no existirá delito "cuando se contravenga lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo". La "obediencia jerárquica ordinariamente constituye una causa de inculpabilidad". Desde el Derecho Romano, con limitaciones, se aceptó la exclusión de pena para ciertos hechos delictuosos "realizados con consentimiento del interesado, siempre que los mismos no influyeran en un Derecho público". (56).

- 
- (55) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 272, México 1965.  
(56) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 324 y ss., México 1967.

## CAPITULO QUINTO

## DE LA CULPABILIDAD

- a).- La imputabilidad y causas de inimputabilidad.
- b).- La culpabilidad y causas de inculpabilidad.
- c).- La culpabilidad en el delito a estudio. Comentarios en el delito a estudio.

a).- LA IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.- La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito.

Es imputable - nos dice Mezger- "el que posee al tiempo de la acción, las propiedades personales para la imputación a título de culpabilidad; imputabilidad - capacidad de comprensión" (1).

"Imputar un hecho a un individuo es atribuirselo para - hacerle sufrir las consecuencias; la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad síquica entre el delito y la persona". "Los escritores alemanes - nos dice también-

---

(1) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo II, pág. 53 Madrid 1935.

Jiménez de Asúa - acostumbran tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad 'sensu stricto', bajo la rubrica -- común de culpabilidad, que, en sentido amplio, abarca todos -- los problemas atinentes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la 'imputabilidad'. (2).

La imputabilidad ha sido separada de la culpabilidad -- considerándola como elemento autónomo del delito como presupuesto de la culpabilidad; algunos autores dan gran importancia a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad; -- entre éstos encontramos al maestro Castellanos Tena e Ignacio Villalobos.

Estos autores se refieren a la imputabilidad como "capacidad del sujeto".

Villalobos entiende la imputabilidad como "capacidad de conducirse socialmente o de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política"; "como susceptibilidad a la intimidación" o "capacidad para sentir la coacción psicológica que el Estado ejerce mediante la pena"; "como constitución y funcionamiento psicológicos normales, es algo que lleva implícita una verdadera capacidad de entender y de querer, puesto que entender y querer, al ejecutar un acto antijurídico, es

---

(2) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de -- Derecho Penal, pág. 325, Buenos Aires 1967.

lo que habrá de constituir la culpabilidad". (3).

Nosotros pensamos con Castellanos Tena que: "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". "Imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (4).

Entre los que sostienen la imputabilidad como "presupuesto de la culpabilidad", encontramos a los "sicólogos"; lo predominante en esta teoría es la "relación subjetiva entre el autor y su hecho".

"El concepto de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y la responsabilidad moral; esta doctrina es aceptada por Carrara; la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad síquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito". (5).

Los positivistas negaron el libre albedrío y proclama--

- 
- (3) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General--  
pág. 278, México 1960.  
(4) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de De--  
recho Penal, pág. 280, México 1965.  
(5) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de --  
Derecho Penal, Buenos Aires, 1967.

ron el "determinismo"; el hombre es responsable social pero no moralmente; "imputables e inimputables" responden por igual de los hechos ejecutados contrarios a derecho, y respecto a los - inimputables se les harán tratamientos adecuados para su educación y curación. En nuestra legislación no existe disposi--- ción expresa que establezca clara diferencia entre imputables e inimputables, sin embargo, "se excluye de toda responsabilidad a quienes al realizar el hecho actuén bajo un 'trastorno - mental transitorio', en tanto los menores de edad y los locos- dementes, idiotas, etc., reciben tratamiento especial al mar- gen de la sanción penal, sujetos a simples medidas tutelares - y de seguridad..... sigue siendo válida la distinción, aun --- cuando la misma no tenga las radicales consecuencias respecto- al tratamiento de imputables e inimputables en la orientación- clásica, además de ser inexacto el que en códigos de esa es--- tructura no existieran medidas de aseguramiento para los segun- dos". (6).

"La responsabilidad resulta de la relación entre el su- jeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró -- culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias de su con- ducta señaladas por la ley". De la relación con el Estado pue- den tomarse tres momentos: "el relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significa tam---

---

(6) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexi- cano, pág. 341, México 1967.

bién obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir las consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el correspondiente a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el Estado". (7).

"Acto libera in causa.- La imputabilidad existe en el momento de la ejecución del hecho, pero las 'acciones libres en causa' se presentan cuando el autor de un delito dolosa o culpablemente se coloca en situación de inimputable; ejemplo: - la embriaguez. Tal es el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí, sin duda, existe la imputabilidad entre el acto voluntario y su resultado, hay un enlace causal" (8).

Las causas de inimputabilidad.- Nos dice Jiménez de Asúa que: "la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber - ésto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de

---

(7) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General- Pág. 280, México 1960.

(8) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 284, México 1965.

que se le pueda atribuir el acto que perpetró". (9).

Por su parte Mezger nos dice: "el inimputable actúa sin culpabilidad. La inimputabilidad no es incapacidad de acción, o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad". "Al inimputable le falta una característica de la culpabilidad penal, porque 'su acto puede ser acción y puede ser acción injusta, pero nunca es una acción injusta culpable'. (10)

"La causa que excluye la imputabilidad será la que su-  
prima, en el sujeto, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos, o que elimine la posibilidad, aún cuando conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse, a tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido (abulia o impulsiones psicopáticas como la piromanía)". (11).

"La inimputabilidad - nos dice el maestro Castellanos - Tena constituye el aspecto negativo de la imputabilidad; las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de

---

(9) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 339, Buenos Aires 1967.

(10) Edmundo Mezger, tomo II, Tratado de Derecho Penal, pág.83 Madrid 1935.

(11) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 400, México 1960.

anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la -- mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (12).

En el Código Penal vigente, en el artículo 15 fracción II, se hace referencia en forma exclusiva a los "trastornos de carácter transitorio" que nulifican en el sujeto la capacidad de entendimiento y de voluntad sobre los actos realizados. Se declara en esta fracción, libre de responsabilidad "hallarse -- el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

La fracción IV del mismo artículo 15 se refiere como -- excluyente de responsabilidad "al miedo grave" como causa de -- "inimputabilidad" por caracterizarse como "un trastorno mental transitorio" que suprime en el sujeto el uso normal de sus facultades síquicas.

Nuestro Código en el artículo 15 en su fracción II se -- refiere a trastornos mentales transitorios, y en el artículo -- 68 el propio Código dispone: "los locos, idiotas, imbéciles, -- o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anoma-

---

(12) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 286, México 1965.

lfa mentales, y que hallan ejecutado hechos o incurrido en -- omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación o sometidos con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma procederá el Juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales'. Lo establecido en el precepto transcrito debe entenderse que, en relación con los trastornos mentales permanentes, sostiene erróneamente - la imputabilidad". (13). Esto en relación a las causas legales que anulan la imputabilidad.

"El sistema de nuestro código - nos dice Villalobos- -- (14) contra lo que puede haber creído, corresponde exactamente a estos conceptos que, por lo mismo, no hay inconveniente en tomar como claves para su interpretación. Basta leer la declaración categórica del artículo 8o., sobre que 'los delitos son intencionales o de imprudencia' y recordar las nociones unánimemente admitidas al respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alienado, aun cuando sean típicamente antijurídicos, 'no constituyen delito', por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; que todo demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aun cuando su excluyente es suprallegal) 'y que sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas'. Sin esta interpretación, si el hecho

(14) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 287, México 1965,

(14) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 404, México 1960.

de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los - enfermos se equiparase a las penas, tal medida no podría tener una duración indeterminada, por prohibirlo la Constitución Federal; y tampoco serían practicables los procedimientos libres instituidos para casos menores (también socialmente responsa-- bles), ni los reglamentados para los enfermos mentales por los artículos 495 a 499 del Código Federal de Procedimientos Penales... aún las personas no avezadas a estos achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según los anterior - enjuiciando a un demente, a un idiota, a un oligofrénico, a un loco o a un enajenado plenamente, el juez tendrá que despojarse de su serena majestad para sentarse frente a esta clase de presos y simular todas esas diligencias encaminadas a tomarle declaración, carrearle con los testigos, exigirle protestas y - asumir otras muchas actitudes pintorescas en que parecerá enta - blar una competencia con la desviación mental del enjicidado".

"Tratándose de la inimputabilidad - nos dice el maestro Castellanos Tena- son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales": (15)

Eximentes supralegales de imputabilidad: sue-o, sonambu lismo e hipnotismo; Villalobos (16) considera únicamente el -- sueño y discrepa de la opinión de Jiménez de Asúa, quien inclu ye como causas que excluyen la imputabilidad, el sueño y el --

---

(15) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 287 y 287, México 1965.

sonambulismo.

b).- LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.- El antiguo Derecho concedió escasa importancia al elemento subjetivo del delito; para la imposición de la pena se tomaba en cuenta el daño causado, prescindiendo de su causalidad espiritual.

En aquéllos tiempos únicamente había una reacción de --venganza ejercida por un individuo o un grupo; aunque se atendiera al resultado únicamente, se quita a la acción su voluntariedad.

"La culpabilidad genericamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa". (17).

Mezger sostiene que para que exista la culpabilidad no basta la relación síquica entre el autor y el resultado; se requiere además una valoración normativa. La valoración normativa consiste en el juicio de valor que al caso se traduce en reproche, por no estar la conducta de conformidad con el deber -

(17) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General págs. 272 y 273, México 1960.

jurídico exigible a su autor. "Culpabilidad no es culpabilidad de la conciencia, sino tan sólo imputación de la acción a una determinada persona como a su causante". "Sin la existencia de una conducta injusta no hay culpabilidad, por ello, y como --- quiera que todo injusto punible es un hecho aislado, también toda culpabilidad penal tiene que ser culpabilidad de un acto aislado". Según esta teoría la culpabilidad es una reprobación jurisdiccional de la conducta, por violar lo exigido por la -- norma de cultura contenida en el precepto penal. "La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la -- conducta antijurídica; la acción aparece por ello como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente"- (18).

Para Jiménez de Asúa puede definirse la culpabilidad -- "como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica... la culpabili-- dad en el más amplio sentido, comprende la 'imputabilidad'". - (19).

Para el "sicologismo", la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el "normativismo" es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. Esto se in-

(18) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo II, págs. 8 y 17, Madrid 1935.

(19) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 352 y 353, Buenos Aires 1967.

fiere de las doctrinas estudiadas.

Las causas de inculpabilidad son las causas que impiden la integración de la culpabilidad; "evidente tautología", nos dice Jiménez de Asúa. De acuerdo con el concepto aceptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará haciendo inexistente el delito en casos en que el sujeto es absuelto -- en el juicio de reproche. (20).

"Lo cierto es que la 'inculpabilidad' opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia". (21)

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

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

Tanto la ignorancia como el error son actitudes síqui--

(20) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 389, Buenos Aires 1967.

(21) Fernando Castellanes Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 321, MÉXICO 1965.

cas del sujeto en el mundo de relación, aunque son características diversas. "La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que -- supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, -- constituyendo un estado positivo". Para el Derecho los conceptos se identifican, "pues tanto vale ignorar como conocer falsamente". (22).

De los casos de ignorancia encontramos uno en el artículo 15 de nuestro Código Penal vigente en la fracción VI: --- "Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el inculpado las ignoraba inculpadamente al tiempo de obrar". "Ejemplo de esta exención podemos encontrarlo en 'la resistencia hecha a una autoridad', 'mientras -- se ignore positiva y fundadamente el carácter de aquél contra quien se resiste', o en el 'adulterio' cometido por persona -- soltera que ignora el estado civil de quien concurre al acto". (23).

El error se divide en error de hecho y error de Dere--- cho. El de hecho se clasifica en: esencial y accidental; el -- accidental abarca; aberratio ictus (error en el golpe), aberratio in persona (error en la persona) y aberratio delicti (error

(22) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 379, México 1967.

(23) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 412; México 1960.

en el delito).

El error de Derecho no produce efectos de eximente, --- por que el equivocado concepto sobre la significación de la -- ley no justifica ni autoriza su violación. "La ignorancia de - las leyes a nadie aprovecha". (24).

El Ordenamiento de 1931 no reglamenta el error de Dere- cho. En cuanto al de hecho, señala un caso en la fracción VI - del artículo 15 (de ignorancia y no propiamente de error), y - otro en la VII, referente a la obediencia jerárquica. (La jus- tificante por obediencia jerárquica se equipara a la de cumpli- miento de un deber).

Las eximentes putativas las incluye Jiménez de Asúa den- tro del error esencial y nos dice: "hemos preferido llamarlas- 'eximentes putativas', porque lo putativo y lo justificativo - se excluyen. Son en realidad, términos antitéticos". (25).

Las eximentes putativas son eximentes "supra-legales", - son causas de inculpabilidad, aun cuando no estén expresamente reglametnadas en la ley. Son "las situaciones en las cuales - el agente, por un error esencial de hecho insuperable, cree, - fundamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, ---

- 
- (24) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, págs. 324 y 328, México 1965.  
 (25) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de - Derecho Penal, pág. 404, Buenos Aires 1967.

hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo". (26).

Se señalan como eximentes putativas:

- a).- Defensa putativa.
- b).- Estado de necesidad putativo.
- c).- Ejercicio de un derecho putativo, y
- d).- Cumplimiento de un deber putativo.

"Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada --- uno de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error - esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho - enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta... el funcionamiento de estas eximentes debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de- hecho". (27).

La no exigibilidad de otra conducta, para autores que - sostienen la teoría "normativista", como Jiménez de Asúa, ---- quien nos dice: "de la índole normativa de la culpabilidad, -- que constituye un juicio de reproche, se deduce que 'cuando no es exigible otra conducta', nos hallamos en presencia de una - causa general de inculpabilidad". (28).

(27) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, págs. 335 y 386, México 1967.

(28) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de -- Derecho Penal, pág. 410, Buenos Aires 1967.

Villalobos nos dice: "cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia sólo a consideraciones 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, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que puede ser aprobado propiamente ni reconocido como 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 eximio--de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial.... la no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la consciencia ni la capacidad de determinación, por 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". (29).

El maestro Castellanos Tena nos dice: "por nuestra parte creemos que aún no se ha logrado determinar con precisión --la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta por no haberse podido señalar cuál de los elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, pues el Código Mexicano se afilia a la teoría sicologista". También nos señá-

---

(29) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 421, México 1960.

la algunas formas de esa no exigibilidad: "el temor fundado, - encubrimiento de parientes y allegados; estado de necesidad -- tratándose de bienes de la misma entidad". (30).

c).- LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD.- Tradicionalmente -- se divide la teoría de la culpabilidad en acciones de dolo y culpa.

Carrara define el dolo como "intención"; "es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley", y señala como elementos del dolo: "conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho o intención de -- realizarlo"; en esta definición no se comprende el "animus nocendi". "En los delitos dirigidos contra el individuo, el ánimo de daño (lesionar el derecho) podrá ser una necesidad para afirmar el dolo, pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, porque la determinación de violar la ley en vuelve en sí misma la idea de daño social. En una palabra, la falta de 'animus nocendi' puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de no violar la ley. - Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la 'intención' de dañar.... el primero consiste en la previsión del perjuicio; el segundo en la voluntad dirigida a producirlo. -

---

(30) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 323, México 1965.

La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; - lo es siempre indispensable de la primera". (31)

Por su parte Antolisei afirma la existencia del dolo -- cuando el sujeto ha realizado intencionalmente un hecho previsto en la ley como delito, conociendo sus elementos esenciales; rechaza los criterios aislados de la voluntad y la representación. (32).

Mezger afirma que actúa dolosamente "el que conoce las-circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha - admitido en su voluntad el resultado,... el actuar doloso exige conocimiento y previsión de los hechos fundadores de - la pena. No es exigible, en cambio, el conocimiento de aque-llos hechos que fundamentan la imputabilidad del agente, ni el conocimiento de las condiciones objetivas de la penalidad". -- "Al dolo pertenece el conocimiento de los hechos que fundamen-tan la pena". (33).

Nos dice Jiménez de Asúa que el dolo existe "cuando se-produce un resultado típicamente antijurídico, con conscien---cia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las cir-cunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de --causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio

(32) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad.-Dr. Franco Guzmán, pág. 182, México 1954,

(33) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, págs.-87 y 93, Madrid 1935.

en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o se ratifica".(34)

"En resumen, el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico..... el dolo contiene un elemento ético, constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, y otro - emocional o psicológico, consistente en la voluntad de realizar el acto, en la volición del hecho típico". (35)

Existen diversas clasificaciones respecto al dolo; los tratadistas hacen diversas clasificaciones; la que nos parece más aceptable es la que hace Villalobos:

Dolo directo: aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico; es decir, el dolo en que hay intención.

Simplemente indirecto; cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza, para lograrlo se han de producir otros resultados antijurídicos que no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo seguro acontecimiento no le hace retorceder, por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

(34) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pag. 365, Buenos Aires 1967.

(35) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pag. 306, México 1965.

Dolo indeterminado: cuando el agente del delito no se propone causar un daño determinado, sino sólo causar alguno -- para fines ulteriores.

Dolo eventual: admitido únicamente como indirecto; el que existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan otros -- diversos o mayores; esta clase de dolo se caracteriza por la "eventualidad o incertidumbre" que hay respecto a la producción del resultado previsto, a diferencia del dolo simplemente indirecto en que hay certeza de que se producirá un resultado no querido, y del dolo indeterminado en que hay la seguridad de causar daño, aunque no se sabe precisamente cuál será ni importa precisar los cambios posibles, pues el fin de la acciones otro y no el daño en sí mismo. (36).

En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales encontramos que, en el artículo 8o., éste enumera las -- formas de la culpabilidad aunque lo hace "con terminología inadecuada"; declara que los delitos pueden ser: "intencionales, y no intencionales o de imprudencia, siendo obvio, en mérito de las ideas expuestas sobre el dolo, que la intención no agota el concepto de voluntariedad ni tampoco la volición por sí misma resulta eficaz para edificar el concepto de los delitos-dolosos...": Respecto al artículo 9o., "para nosotros nos dice

---

(36) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General págs. 293 y 294, México 1960.

el propio Pavón Vasconcelos- "resulta innegable que la ley recoge hipótesis de delitos preterintencionales, pero esto no -- equivale a sostener la admisión en nuestro Derecho de la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, pues ambos- asertos son distintos". (37)

"Lo importante - nos dice Villalobos - es que ninguna - de los dos preceptos se ajusta a la verdad ni a la razón.... nuestro Código no define positivamente el dolo o la 'inten- - ción'; tampoco es propio hablar de 'delitos preterintenciona-- les', puesto que suponiendo, como se supone, que la intención es una especie de la culpabilidad y por tanto uno de los ele-- mentos del delito, afirmar que éste es preterintencional es colocar el todo (el delito) más allá de una de sus partes (la intencionalidad)... es evidente que no se trata de un tercer -- miembro en la división de los delitos o de una tercer especie- de la culpabilidad, sino de una forma de presentación del delitito, en la cual no puede haber sino una de las dos únicas espe- cies de culpabilidad: dolo o culpa". (38)

La segunda forma de la culpabilidad: la culpa, acerca - de la cual existen diversas teorías; aquí sólo expondremos al-

- 
- (37) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me- xicano, pág. 360, México 1967.  
 (38) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte Gene-- ral, págs. 295, 312 y 313, México 1960.

gunas.

Para Antolisei "una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre. Y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas. El sujeto no tomó las precauciones debidas al conducir su automóvil, o hizo una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos que todo perito en la materia posee. En estos casos, la naturaleza de la culpa está en el obrar negligente, imperito, irreflexivo o sin cuidado". Antolisei dá a la previsibilidad el carácter de un juicio, niega que éste constituya "la esencia de la culpa". (39).

Teoría de la previsibilidad, sustentada por Carrara -- quien nos dice que: "el elemento esencial de la culpa es la -- 'previsibilidad'; afirma que la culpa 'es un defecto de la voluntad', pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear éste, 'la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras'. La esencia de la culpa --

---

(39) Franciso Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad.- Franco Guzmán, México 1954., pág. 460.

'consiste en la previsibilidad del resultado no querido': - -  
(40).

La doctrina de Mezger radica en la "referencia anímica"; nos dice: "actúa culposamente quien infringe un deber descuidado que personalmente le incumbe u cuyo resultado puede prever". (41).

Jiménez de Asúa une los elementos "afectivos de voluntad y representación", más el elemento "intelectual del deber que se desconoce" y nos dice que existe culpa: "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo... en esta fórmula va comprendida la culpa con representación (mal llamada - con previsión) y sus diferencias del dolo eventual". (42).

Villalobos sostiene la teoría de la imprudencia o negligencia

- 
- (40) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Derecho, pág. 80, México 1954.  
 (41) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo II, pág. 171 y ss. Madrid 1935.  
 (42) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, págs. 371 y 372, Buenos Aires 1967.

gencia y expresa: "en términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo". - (43).

Nosotros aceptamos la definición del maestro Castellanos Tena quien nos dice que existe culpa "cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego las cautelas o precauciones legalmente exigidas". "La conducta humana es necesaria para la existencia del delito, constituye el primer elemento de la culpa; un actuar voluntario positivo o negativo; que esa conducta se realice 'sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado'; los resultados del acto han de ser 'previsibles y evitables' y tipificarse penalmente, y precisa una relación de causalidad' entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido'". (44).

---

(43) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 298, México 1960.

(44) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 314, México 1965.

La culpa se clasifica en consciente e inconsciente.

Culpa consciente con previsión y representación: cuando el sujeto ha previsto la posibilidad de que se realice un tipo penal, y así ejecuta el acto esperando que esa posibilidad sea negativa.

La culpa es inconsciente: cuando el sujeto activo del delito no previó el efecto de su conducta, debido a la imprudencia o negligencia con que actuó sin dar a la reflexión necesaria el tiempo o la atención requeridos.

En nuestro Código Penal, en el artículo 8o., se clasifican los delitos en "intencionales y no intencionales o de imprudencia". Indebidamente se emplea el vocablo 'imprudencia' como sinónimo de culpa, a pesar de ser aquella sólo una especie de ésta. "ablar de 'daño' es desconocer que no todos los delitos lo producen; los hay de peligro y de lesión... si definió la culpa debió hacer lo mismo con el dolo. o mejor no -- definir ninguna de las dos formas". (45).

---

(45) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 318 y 319, México 1965.

## CAPITULO VI

## ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE CONSPIRACION.

## 1.- Problemática en el delito a estudio.

## a) Antecedentes

Los Códigos de 1871 (art. 1074) y 1929 (art. 375) sancionaron la conspiración realizada para cometer los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición. El Código vigente ha ampliado el concepto, pues la conspiración abarca también a los nuevos delitos de motín, terrorismo y sabotaje (art. 141).

La legislación de México considera la conspiración como una delicta sui generis; sigue el sistema francés e italiano y se disocia del español que la contempla en la Parte General de sus Códigos y la considera como una forma de resolución manifestada. El criterio seguido por la legislación de México es, en puridad, el que defiende Carrara al expresar que el acuerdo para delinquir cuando tiene por objeto la comisión de delitos graves debe reprimirse como un hecho criminoso autónomo y consumado en sí mismo.<sup>1</sup>

1. Derecho Penal Mexicano. Mciriono Jiménez Huerto, pág. 349, - 1985.

## b) Concepto

El artículo 141 sanciona "... a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios delitos del presente Título -- tradición, espionaje, rebelión, sedición, motín, terrorismo - y sabotaje- y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación".

El comportamiento fáctico consiste: a) en la resolución de cometer uno o varios de los delitos que se acaban de expresar previo concierto: y b) en el acuerdo de los medios - para llevar a cabo la determinación delictiva. La ausencia - de estos elementos deja inconfigurada la conspiración.

El concierto para cometer uno o varios delitos descubre la naturaleza del delito de conspiración, el cual conceptualmente tiene siempre carácter plurisubjetivo, bien puesto en relieve en la alusión a los sujetos activos - "...quienes.." contenida en la descripción. Basta la existencia de dos personas para que quede cubierto el requisito de la pluralidad.

El concierto es el acuerdo de dos o más coluntades convergentes a una meta común. Pero al respecto es necesario -- traer aquí a coloción algunas consideraciones que hace muchomás de un siglo formulara Pacheco y que constituye la doctrina clásica en torno a este delito: "... no basta que la idea-

de un delito, la idea de poder cometerlo, ocupe a dos o más personas para que haya entre ellas conspiración... Ni aun la expresión del deseo relativo al delito deseo manifestado en común por varias personas, constituye todavía la conspiración... Conspiran sólo los que se conciertan para la ejecución del crimen. Es, pues, necesario que la ejecución esté resuelta y que se verifique el concierto. Cuando no se trata de ejecutar, cuando nadie se ha concertado para la comisión del acto punible, importa poco que se le haya deseado, poco que se haya discurrido sobre él; la conspiración no existe. Esa conversación, ese deseo, escapan al alcance de la justicia humana. La ley no los llama con áquel nombre, no los castiga. Para él son condiciones indispensables el acuerdo y el propósito de obrar".<sup>2</sup> Los anteriores conceptos son sobradamente aplicables a nuestra legislación, pues en el artículo 141 no solamente se exige la resolución de cometer uno o varios de los delitos contra la seguridad de la nación, sino además, el acuerdo sobre los medios de llevar a cabo la determinación. Este acuerdo sobre los medios viene a remachar la procedencia del pensamiento de Pacheco aplicado a nuestra legislación.

Si los sujetos activos del delito de conspiración comienzan a ejecutarlo conforme a los términos del concertado acuerdo, plantéase un conflicto de leyes o, de otra manera -

2. Código Penal Mexicano, Tomo I, p. 404.

dicho, una progresiva transformación delictual pues en el citado supuesto la conspiración se esfuma y vigorosamente surge la tentativa del delito que se ha comenzado a ejecutar o, su consumación, si los sujetos hubieren perpetrado todos los actos necesarios y hubieren perfeccionado el delito-fin. Si los sujetos de la conspiración induce a otra persona para que ejecute materialmente el delito-fin, aquéllos serán responsables por inducir a la comisión de ésta, aunque no realicen actos de ejecución material. Y si alguno o todos los sujetos de la conspiración se apartan de la idea delictiva y desisten de --llevarla a cabo, por sí o por tercera persona, quedan exentos de responsabilidad, en virtud de los buenos principios que emergen de una sana política criminal: sería paradójico que el desistimiento pudiera operar en virtud de lo dispuesto en el artículo 10. 12, en relación a aquellos que como autores del delito-fin hubieren comenzado la ejecución de éste y que los que concertaron la ejecución del delito y acordaron los medios de llevarlo a cabo fueren sancionados por el delito de conspiración. La anterior solución es inobjetable en la legislación española que contempla la conspiración como una resolución manifestada de delinquir. Ofrece mayores escollos en aquellas legislaciones que, como en la de México, la conspiración es un delito autónomo. Empero, el desistimiento del autor --que hubiere comenzado la ejecución del delito por otros planeado tiene que favorecer a éstos, pues produce la atipicidad de todos los hechos que tienen relación con el delito-fin, --

aunque fueren encuadrables en figuras típicas que, en puridad, no son sustancialmente otra cosa que momentos anteriores al - de la ejecución del delito-fin. Robustécese este pensamiento si se tiene en cuenta que la responsabilidad por conspiración- se esfuma cuando los sujetos de la misma inician por sí mis- mos la ejecución del delito-fin y antes de la consumación de- sisten voluntariamente de llevarla a cabo; y en cambio, per- sistiría si la ejecución fuere empezada por otro que desiste- voluntariamente de ponerla a término. Una hilación típica e- xiste entre la conspiración y la tentativa desistida. Y al - esfumarse en ésta la tipicidad de los actos que implican un - comienzo de ejecución, esfúmase también sustancialmente, aun- que estén autónomamente y por sí tipificados, la antijurici- dad de aquellos otros actos que tienen un menor relieve mate- rial. No puede negarse que, en última instancia, la autono- mía del delito de conspiración es, en puridad, relativa, pues la idea del delito-fin está subyacente en la misma, como lo - prueba el hecho de que el concierto, resolución y acuerdo ver- san siempre sobre la idea de la comisión de un delito-fin de- terminado, esto es, de uno o varios delitos comprendidos en - el Título que tutela la seguridad de la nación.

Cuestionanse las diferencias existentes entre los deli- tos de conspiración y asociación delictuosa. Existe en algu- nos puntos diferencias claras. Por ejemplo, el delito de --- conspiración es susceptible de perpetrarse por dos personas - y el de asociación delictiva requiere un mínimo de tres, así-

como también que el primero sólo entra en juego en relación con los delitos contra la seguridad de la nación y el segundo se proyecta sobre toda clase de delitos. Por su parte, subraya Antón Oneca que la conspiración tiene un objeto criminal concreto mientras que en la asociación es impreciso -- el número de delitos<sup>3</sup>. Esta aguda diferenciación en algo se quiebra en la legislación de México si se tiene en cuenta -- que la conspiración, según el artículo 141, puede tener por -- objeto la comisión de varios delitos. Sin embargo, conserva valor si tenemos presente que esta posible pluralidad delictual ha de afectar siempre al bien jurídico de la seguridad de la nación. En última instancia, nuestra legislación encuentra un apoyo sencillo y firme en los siguientes conceptos de Carrara: "Las asociaciones constituidas para derrocar al gobierno, modificar su forma o realizar mediante violencia pública actos hostiles en su contra, son delictivas y -- sancionadas. Pero pertenecen a la clase de los delitos polícos a causa de su fin especial. En razón de este fin, tales asociaciones reciben el nombre de conspiración o conjuración"

#### c) Participación

Aunque el delito de conspiración, dado su especialísimo carácter, no parece fácilmente admitir la intervención -- de otras personas diversas de aquellas que resuelven, con---

3. Derecho Penal Mexicano, I, p. 404.

ciertan y acuerdan la comisión de uno o varios de los delitos contra la seguridad de la nación, puede arguirse, en contrario, con base en lo dispuesto en el artículo 142, que el que instigue, incite o invite a la ejecución del delito de conspiración (párrafo primero) y el que lo hiciera a militares en -- ejercicio (párrafo segundo) son sancionados con las penas establecidas en dichos preceptos. Sin embargo, como en todos -- los casos de inducción será necesario para la instigación, -- incitación o invitación sea punible que los inducidos hubieren resuelto por concierto la comisión del delito y acordado los -- medios para llevar a cabo su plural determinación. Mas dada -- la naturaleza plurisubjetiva del delito de conspiración, la -- instigación, incitación o invitación tendrá que ponerse en -- juego en torno a cada uno de los sujetos de la misma.

#### d) Concurso

El artículo 143- de aplicación común para todos los delitos contra la seguridad de la nación - establece que "Cuando en la comisión de los delitos a que se refiere el presente Título resultaren otros delitos , se estará a las reglas del -- concurso". Casi innecesario resulta decir que el anterior precepto se refiere a delitos diversos de aquellos que versan -- sobre la seguridad de la nación. Incompatibilidad manifiesta existe entre el delito de conspiración y los seis restantes -- del mismo. Título, habida cuenta que de cometerse por los --

propios sujetos de la conspiración alguno de aquellos delitos opera, por progresión, su consunción. Empero, el concurso -- puede presentarse con delitos diversos, como acontecería, por ejemplo, si los sujetos activos de la conspiración portaren o hicieran acopio de armas. Y en virtud de lo anteriormente expuesto, ni puede existir concurso con algunos delitos, v.g. con el de asociación delictuosa.

#### e) Penalidad

El delito de conspiración es sancionado en el artículo 141 "... de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos..." mas la pena adicional de suspensión de derechos políticos por un plazo hasta de diez años, establecida en el párrafo segundo del artículo 143.

Agravaciones de las penas se establecen en el párrafo segundo del artículo 142 para que el que instigue, incite o -- invite a militar en ejercicio a realizar el delito de conspiración; e igualmente en el 145 para los funcionarios que en el mismo se citan que incurran en el delito.

Es dable, por último, subrayar que cuando el delito -- de conspiración tuviere por fin la comisión de los delitos de rebelión, sedición y motín, con base en lo dispuesto en el -- artículo 144, tendrá el carácter de delito político.

Disposiciones Comunes para los Capítulos de este Título.

Artículo 142.- (Penalidad y tipos básicos de los delitos de instigación, incitación o invitación a la ejecución de los delitos previstos en este título). Al que instigue, incite o invite a la ejecución de los delitos previstos en este Título se le aplicará la misma penalidad señalada para el delito de que se trate, a excepción de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 130, en el segundo párrafo del artículo 131 y en la fracción I del artículo 135, que conservan su penalidad específica.

Al que instigue, incite o invite a militares en ejercicio a la ejecución de los delitos a que se refiere este Título, se le aplicará pena de cinco a cuarenta años.

Aquí se trata de una observación obvia por parte del legislador, Al instigador, al incitador o al invitador a la ejecución de un delito se le aplica, invariablemente, la misma penalidad señalada para el delito de que se trate.

La calificación de la instigación, incitación e invitación, corresponde al juez en uso de su prudente arbitrio ( C- y R).

Traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebe

lión, terrorismo y sabotaje. (C y R).

Penalidad agravada en virtud de que se trata de militares en ejercicio. La clasificación de la instigación, incitación e invitación, corresponde al juez en uso de su prudente-arbitrio.

V. arts. 203 a 205 del Código de Justicia Militar.

"Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda" (art. 13 in fine Const.). La jurisdicción es competente a virtud del fuero de guerra, para conocer de "los delitos y faltas contra la disciplina militar" tratándose de militares; pero no lo es con relación a personas que no pertenecen al ejército.

Artículo 143.- (Concurso y suspensión de derechos políticos). Cuando de la comisión de los delitos a que se refiere el presente Título resultaren otros delitos, se estará a las reglas del concurso.

Además de la penas señaladas en este Título, se impondrá a los responsables si fueren mexicanos, la suspensión de sus derechos políticos por un plazo hasta de diez años, que se computará a partir del cumplimiento de su condena. En los delitos comprendidos en los capítulos I y II del presente Título, se impondrá la suspensión de tales derechos, hasta por-

cuarenta años.

Como se sabe fue derogado el art. 145 c.p. donde se -- tipificaban los llamados delitos de disolución social. No -- obstante, y por su importancia, nos permitimos transcribir la nota 388 del profesor Carrancá y Trujillo, que reseña algunos antecedentes históricos sobre tales delitos.

"Los muy discutidos delitos de disolución social, discutidos aun en cuanto a su denominación, fueron incorporados al c.p. y no establecidos en una ley especial, como hubiera sido lo aconsejable, a iniciativa del Presidente Manuel Avila Camacho por decreto de oct. 30, 1941, del Congreso, reformado posteriormente a iniciativa del Presidente Miguel Alemán por decreto de dic. 29, 1950 (D.O., ene. 15, 1951), que estableció la redacción hoy vigente. Se impugna la tipificación de dichos delitos por atribuirse vaguedad a los términos empleados por el legislador contra el principio de la exacta aplicación de la ley penal consagrado en el art. 14, párr. III Const. y asimismo por atribuirse a los tipos delictivos el duplicar tipicidades previstas en distinto articulado del c.p. así como por pecar de inconstitucionalidad.

"La iniciativa de ley formulada por el Presidente Avila Camacho obedeció al peligro que entonces se cernía sobre todos los países democráticos, incluyendo a los del continen-

te americano, a virtud de las tácticas puestas en práctica -- por los gobiernos totalitarios nacional socialistas y fascistas, las que incluían el derrotismo, el quintacolumnista y el espionaje en el seno de potencias neutrales. El doctor Pedro Eduardo Coll formuló un proyecto de c.p. para la República Argentina (1937) cuyo art. 298 configuraba un nuevo tipo de delito: "Constituir comunidades o asociaciones extrnajeras con fisonomía o características porpias, representativas de sistemas o regímenes contrarios a los establecidos en cada país"; o sea de regímenes o sistemas totalitarios, no democráticos, como lo son los ya citados y el comunista chino-soviético. En el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Santiago Chile (ene., 1941)el propio doctor Coll propuso, y el Congreso acordó, la "reforma integral de las -- legislaciones penales de las repúblicas iberoamericanas, reforma que debe guardar armonía con los principios de la democracia" (Tema 1, núm. 4), votando además el Congreso la siguiente declaración: "Que se procure una rápida solución represiva o preventiva para el problema que plantean las actividades que conspiran contra la soberanía de los países, pretendiendo sustituir sis regímenes políticos basados en la democracia y en la libertad, por regímenes de fuerza; que deben -- considerarse actividades delictuosas, aquellas encaminadas -- a contituir comunidades o asociaciones extranjeras o nacionales, con fisonomía o características propias, representativas de sistemas o regímenes políticos contrarios a los estableci-

dos en cada país" (Tema 2, núms. 1 y 2). La defensa penal de la democracia contaba, pues, con el consenso de los penalistas iberoamericanos, unificados al respecto; y el Presidente Avila Camacho, en México, fue el primero en llevar ese criterio a la ley penal, preocupado, como lo expresó en la exposición de motivos elevada al Congreso con su iniciativa de ley por "la serie de actividades de franca disolución social que en otros continentes ha acarreado graves trastornos a diversas naciones, al grado de perder algunas de ellas su soberanía e independencia... pues los agresores se han aprovechado durante los años de paz para preparar la realización de sus designios, al amparo de las libertades que los países invadidos brindaban, y utilizaron a individuos y organizaciones -- y pusieron en juego toda clase de actividades, logrando así tener con anticipación a su acción guerrera informes, planos datos y secretos militares que les sirvieron de base para la ejecución de su acción dominadora". Al discutirse en la Cámara de Diputados la iniciativa de ley, el diputado Trueba Urbina argumentó que no se trataba de configurar un delito de opinión, pues "la libertad de expresión del pensamiento -- tiene por límites constitucionalmente los ataques a la moral, la provocación a delinquir y la perturbación del orden público... Se puede sancionar el abuso de la libre expresión del pensamiento cuando tienda a provocar delitos o a perturbar el orden y la paz públicos".

"La polémica acerca de la constitucionalidad de los -

delitos tipificados en el art. 145 c.p. (hoy 144) se refieren a las garantías consignadas en los arts. 6, 7, 9 y 14, párr - III Const.

"Argentina por ley núm. 13,985 de oct. 11, 1950 repri me el sabotaje el cual consiste en "cualquier medio, desorga nizar, destruir, deteriorar o utilizar en todo o en parte, - temporal a definitivamente, documentos, objetos, materiales, instalaciones, servicios o industrias de cualquier naturaleza con el propósito de perturbar, retardar o impedir el desa rrollo militar, económico, financiero, social, científico o industrial de la Nación", pudiendo estos actos ser realiza-- dos "al servicios o en beneficio de una potencia extranjera" (art. 7) o bien consiste en "por cualquier medio provocar -- pública alarma o la depresión del espíritu público, causando un daño a la Nación". Por su parte Uruguay sanciona el sabo taje en construcciones y pertrechos de guerra, consistente - en "destruir o inutilizar naves, aeroplanos, puertos, vías - férreas, fortalezas, arsenales o pertrechos de guerra desti naods a la defensa del Estado", si ello se hace "en conniven cia con un gobierno extranjero o con el objeto de secundar - sus planes" (art. 192, inciso V, c.p.). Por ley 9,604 de oct. 13, 1936, se niega la entrada al país de los extranjeros -- que no estén desvinculados "con toda especie de organismos - sociales o políticos que por medio de la violencia tiendan - a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad" (art.

1, inciso c) entendiéndose por tales organizaciones "a todos los núcleos, sociedades, comités a partidos nacionales o extranjeros que preconicen medios efectivos de violencia contra el régimen institucional democrático republicano" (art. 6). Y por ley núm. 10,279 de nov. 19, 1942, sobre actividades antinacionales, se sanciona al que "promueva, constituya organice o dirija aunque sea bajo falso nombre o en forma simulada, asociaciones, secciones, entes o instituciones contrarias al régimen democrático republicano establecido por la Constitución de la República" y al que participe en ellas: lo mismo que al que "promueva, constituya, organice o dirija asociaciones, entes, institutos o secciones tendientes a provocar o imponer la lcuha o el odio de razas" y al que participe en tales agrupaciones (art. 6, incisos i y j); e igualmente a "los que se reúnan en cualquier forma para recibir órdenes o instrucciones de carácter político o militar procedentes de un Estado extracontinental en guerra con un Estado americano agredido"

Jurisp.- Si bien es verdad que el delito de disolución social se creó a raíz de la Segunda Guerra Mundial, claramente dirigido contra los enemigos de las democracias, terminada la guerra hubo de enfrentarse el Estado Mexicano con una serie de donmociones que hubieran sido aprovechadas por los inconformes con el sistema político imperante, aspirando a darle estructura diversa de la que actualmente le --

confiere nuestra Constitución... Quien vive bajo un sistema determinado está en la obligación de respetar su estructura y si algún cambio pretende, tiene el camino legal para procurarlo, no pudiendo ser nunca legítima la alteración de la paz pública o la subversión del orden constitucional para lograrlo... A la Suprema Corte lo único que le compete es que la ley se aplique, por lo que mientras la ley sea tal y el régimen político subsista, el delito de disolución social seguirá siendo delito... No castiga el Código Penal la opinión que se tenga sino la actuación ilegítima que se ponga en ejecución en acción ilícita contra el Estado y contra las instituciones (S.C., Primera Sala, Informe 1961).

Ahora bien, en los términos del comentado art. 144 c.p. son delitos políticos únicamente: a) la rebelión; b) la sedición; c) el motín; y d) la conspiración para cometerlos.

En su nota 397 el derogado art. 145 bis c.p. el profesor Carnacá y Trujillo hizo algunos comentarios, que ahora--transcribimos, sobre los delitos políticos:

"Ya Lombroso hizo hincapié, en el primer Congreso de Antropología Criminal (Roma, nov. 1885), sobre que, si jurídicamente el delincuente político es tal delincuente, no lo es casi nunca desde el punto de vista moral y social; y que sólo una necesidad de carácter técnico obliga a llamarlo delincuente

te. Desde el punto de vista de los principios absolutos, Carrara consideró indefinible el delito político: "La exposición de los delitos políticos no puede ser, por tanto, mas que una historia" (Programma, núm 2929). El fundamento jurídico de la incriminación del delito político es, por el contrario, sostenido por Eugenio Florián: "Consiste en la violación de las leyes de la mayoría. No es ilícito al individuo, se dice, imponer violentamente la propia voluntad; no es lícito a los menos mudar violentamente aquella forma de organización y de gobierno que la mayoría de los ciudadanos, con explícito o tácito consencio, ha querido darse. En esta ley de la mayoría, que es el centro de gravedad de la organización política de un Estado, reside justamente la razón de elevar a delitos los hechos dirigidos contra esa organización" (Delitos contra la seguridad del Estado, op. cit., pág. 82). Es obvio que tal fundamento jurídico tiene por presupuesto un régimen de verdadera y auténtica libertad, pues sin él cabe el derecho a la revolución.

"objetivamente, atendiendo al derecho o interés lesionado, delito político es el considerado como tal por la ley penal; lo es el enumerado como tal en el art. 144 c.p. Subjetivamente es el móvil o motivo determinante lo que caracteriza al delincuente político: "Son delitos político-sociales aquellos cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo" (Proyecto Ferri de c.p., 1921, art. 13).

El regicidio por venganza personal no es, por tanto, delito político subjetivamente considerado. Por "exclusivamente" se entiende "que los motivos determinantes sean de naturaleza política o social y, por tanto, altruista, sin desconocer que en los actos humanos el egoísmo como base personal del que actúa no es nunca menos extraño ni siquiera al más puro altruismo, p.e. el amor materno; de donde es necesario distinguir -- el egoísmo social, es decir, no contrario a la utilidad general, del egoísmo que tiene en el delito común la expresión -- propia más grave. Por eso en los delitos políticos existe -- siempre algún móvil egoísta, aunque no se a otro que la satisfacción de un ideal: pero el hecho cometido pierde su característica generosa y excusable cuando el interés o a la ventaja egoísta sea el móvil y la apariencia de un ideal político no sea sino la bandera para cubrir la mercancía de contrabando, o sea el objeto de venganza, etc" (Enrique Ferri, Relación sobre el proyecto de c.p. italiano de 1921).

"Constancio Bernaldo de Quiroz define el delito político como "aquel cuya motivación y cuya acción se dirigen a la conquista y ejercicio del poder público". Puede ser "ascendente, descendente o lateral". El primero va de abajo arriba, de los individuos y grupos contra el Estado; el segundo de -- arriba abajo, del Estado y sus autoridades contra los individuos y los grupos sociales; y el tercero de los organismos -- dependientes del Estado o situados a su lado -- Ejército, Igle

sia- contra el Estado. (Lecciones de Derecho Penitenciario, --- México, 1953, págs. 207 y sigs.).

"Sobre la penalidad del delito político v. art. 22 --- párr. último Const.: "Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos". No es aplicable al delincuente político la reincidencia (art. 23 c.p.). Cabe que el Ejecutivo conmute las sanciones (art. 72 c.p.) y que dicte amnistías (art. 97 c.p.).

En Carrara, con su incomparable talento jurídico, quien ofrece argumentos de primera magnitud en contra de la catalogación de los llamados delitos políticos. Lo horroriza, por ejemplo, comprobar como vegeta la Justicia, aún bajo los regímenes libres, cuando la política la aprisiona entre sus garras; y -- cree en la posible existencia de un Derecho Penal filosófico y ordenado sobre principios absolutos al tratar de los llamados delitos políticos, pero sospecha que éstos guardan íntima relación con la que llama doctrina política, "mudable con el mudar de los caprichos humanos (& 3924). Luego añade, entre otras, - las siguientes ideas (habida cuenta de que la octava y última clase de Programa, sobre delitos políticos, lleva el significativo título de Por qué no se expone esta clase). "Dictar enseñanzas en una materia que carece de principios absolutos es -- una empresa no sólo ardua sino imposible, y sería locura intentarla... Uno sólo es el principio que merece el carácter de -- absoluto, o sea, que el gobierno es legítimo únicamente cuando con él la voluntad de la mayoría. Pero éste es un principio ---

abstracto, que siempre resulta clástico y variable cuando se le quiere concretar en una aplicación práctica.... Al cabo de pocos años se ve que asumen el gobierno de una nación, que dictan leyes, y que son reverenciados como autoridades legítimas, precisamente aquellos mismos individuos que pocos años antes habrían sido juzgados como malhechores y bandidos, condenados a trabajos forzosos y aun a pena de muerte... Estas vicisitudes, hoy demasiado frecuentes, serían una alternación de injusticias si no se apoyaran en aquel principio abstracto, que como abstracto es absoluto, pero como concreto no lo es ni lo será nunca".

Para nosotros los mexicanos, por cierto, es de especial relieve la siguiente meditación que ocupa a Carrera. "No habrá ningún alumno -escribe- que con un libro en la mano, por profundo que sea, de la misma manera que se presenta ante un juez a decirle que no puede condenar a un individuo como reo de hurto calificado, porque no lo es, pretenda presentarse ante Juárez, con la espefanza de ser atendido, para decirle: -- "Tú no puedes darle muerte a Maximiliano, porque tu gobierno es de hecho no de Derecho", o viceversa, ¿ De qué servirá trabajar para tejer una tela jurídica que en cualquier momento -- puede ser destruida por el cañón o por la espada?" Más adelante Carrera opina, con evidente acierto, que "las condiciones de la ciencia demuestran que el delito político no es definible mediante principios absolutos, pues se vacila al tratar de definir cuál es el criterio que constituye su culpabilidad, an

te el perpetuo conflicto de la agresión a un estado jurídico, - por una parte, y la mira del bien de la patria, por la otra, - que es siempre la meta que toman como bandera todos los partidos en las luchas civiles" (§ 3928). Algunas de estas dudas, a mi juicio, son las que han llevado al eminente profesor Eduardo Novoa Monreal a escribir su libro El Derecho como obstáculo al cambio social (Siglo XXI Editores, S.A., México 1975). Aunque pienso, en principio, que el llamado "estado jurídico" no es una entidad fija, inmutable, sino dinámica y en constante transformación. El problema dependerá, en última instancia, de quién define los alcances de esa transformación. De allí que el "estado jurídico" se deba identificar con "el bien de la patria". Es útil la consulta, en la especie, del libro Etica de la revolución, de Herbert Marcuse.

ARTICULO 145.- (Penalidad agravada). Se aplicará pena - de cinco a cuarenta años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos al funcionario o empleado de los Gobiernos Federal o Estatales, o de los Municipios, de organismos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal o de -- servicios públicos, federales o locales, que incurran en alguno de los delitos previstos por este título.

## OPINIONES PERSONALES

Primera: De acuerdo con el Diccionario. Conspirar es:-- "Unirse algunos contra su superior o soberano". Conspiración-- es: acción y efecto de conspirar.

"Hay conspiración siempre que dos o más personas resuelvan, de concierto, cometer alguno de los delitos que tratan -- los dos capítulos anteriores o el I y II del Título siguiente-- acordando los medios de llevar a efecto su determinación. La sanción aplicable será hasta de un año a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, más la sospección adicional de derechos políticos por diez años.

Segunda: El precepto presenta dos hipótesis de conspiración: 1a).- Contra la seguridad exterior de la Nación 2a).- - Contra la seguridad interior de la Nación.

Tercero: El elemento material del delito consiste en el acuerdo, en la resolución por concierto, entre dos o más personas, de cometer algún delito contra la seguridad exterior o interior de la Nación, acordando los medios de llevar a efecto -- su determinación. Es decir, en el concierto de dos o más voluntades para la consecución de un fin común.

Es elemento material del delito el objeto de la conspiración, o sea, atacar la seguridad exterior o interior de la -- Nación.

Cuarta: Elemento subjetivo está constituido por el fin-común por el propósito de la conspiración.

No importa que los conspiradores pongan o no en práctica las medidas acordadas para llevar a efecto su propósito. El delito se consuma, por el acuerdo entre dos o más voluntades.

Quinta: Si los conspiradores llevan a cabo las medidas acordadas por ellos, cometerán otro delito: contra la seguridad exterior o interior de la Nación, según se afecte a una u otra.

Sexta: Este delito mantiene estrecha relación con los más delicados asuntos de la problemática política. "Por un lado dice Carrara-, si se intenta definir el llamado delito de conspiración, no bastan los principios racionales. Según los preceptos del Derecho público moderno, ilustres contemporáneos enseñan que la mayoría constituye el criterio de lo justo y de lo injusto. Por lo tanto, habrá que contar uno por uno a los supuestos conspiradores; y si resulta que suman quinientos diez, sobre una población de mil ciudadanos, no se les podrá llamar ni conspiradores ni delincuentes, y en cambio serán delincuentes y rebeldes los cuatrocientos noventa que se les oponen". A este criterio cuantitativo, por supuesto, se opone otro cualitativo ya que "muchos se niegan abiertamente a reconocer como legitimo el predominio de la mayoría y afirman que-

esta es el gobierno de la ignorancia... es ley providencial el que el hombre sobresalga a causa de su inteligencia ; no por razón del número... En consecuencia, hay que reconocer como rectores de los Estados, no a los mayores en número, sino a los - mayores en ingenio". La verdad es que la ciencia política, -- teniendo su raíz en el Derecho público, no se puede desligar - de todos estos problemas. Por lo mismo es muy delicada la in-- tromisión de los delitos en terreno tan escabroso; aunque es-- innegable que, desde el punto de vista formal, al Estado le - asiste todo el Derecho para defenderse. ( C y R).

Septima: El c.p italiano (art. 304) configura este tipo delictivo con los elementos: a) acuerdo con el fin de cometer el delito de instigación a delinquir contra la personalidad in ternacional o la interna del Estado; y b) siempre que el delito no se haya cometido. Es decir, que cabe una extensa gama de actos externos, preparatorios de la ejecución. Por su parte el art. 141 c.p. reduce el tipo al solo concierto de voluntades - para delinquir y al solo acuerdo sobre los medios para llevar a efecto esa resolución; es decir, que la conspiración constituye el primer grado de la fase externa del iter criminis y no requiere siquiera la existencia de actos preparatorios en senti do estricto, aunque sea en sí misma un acto preparatorio en -- sentido lato.

Octava: El Código de Justicia Militar sanciona con pena de muerte el delito de conspiración "para cometer el delito de

conspiración "para cometer el delito de traición", considerándolo como "traición a la Patria" (art. 205).

El objeto jurídico del delito es la integridad física y jurídica de la Nación mexicana y la seguridad interna del Estado. Delito doloso, de mera conducta, en el que no es configurable la tentativa. Sujeto activo: puede serlo cualquiera. Pasivo: la Nación.

Elementos:

a) Que dos o más personas resuelvan cometer alguno de los delitos tipificados en el presente Título (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje).

b) Que asimismo establezcan entre sí un acuerdo consistente en los medios idóneos para ejecutar su delito:

c) Que con su conducta quieran lesionar el objeto jurídico propio del delito examinado.

Desde un punto de vista subjetivo, confuso por extensísimo, por delito político podría entenderse cualesquiera de -- los catalogados en el C. P. realizados con un móvil más o menos cercano, más o menos indefinido e impreciso, destinado a -- alterar el orden público o las instituciones que rigen el estado.

Cuarta: En México, se ha limitado legalmente el concepto de delito político en forma objetiva limitándolos a los delitos contra la seguridad interior de la nación; rebelión, sedición, motín y conspiración para cometer estos delitos.

Ya el C. P. de 1871 en su redacción original prescribía: "Para todos los efectos legales, solamente se considerarán como de carácter político los delitos consignados en este Título (rebelión, sedición y otros desórdenes públicos).

Véase art. 22 de la Const. que prohíbe la pena de muerte por delitos políticos. Otras consecuencias de calificar como político el delito es que no le es aplicable la reincidencia (art. 23, C. P.) y la facultad al Ejecutivo para conmutar las sanciones y dictar amnistias (arts. 72 y 97 del C.P.)

En la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la -- extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional, en su artículo segundo se estableció: "Para los efectos -

de esta Convención, se consideran delitos comunes de trascen--  
dencia internacional cualquiera que sea su móvil, el secuestro  
el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad--  
de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender  
protección especial conforme al derecho internacional, así co-  
mo la extorsión conexas con estos delitos".

## CONCLUSIONES

Primera: El delito existe desde los más remotos orígenes de la humanidad tanto el delito como el derecho son conna turales al hombre.

Segundo.- Los regímenes especiales que establece la -- ley obedecen razones de orden cultural, incorporados por el le gislador.

Tercera.- Aunque en forma aislado se habían observado- este tipo de conductas, que resaltan como ajeno a nuestras -- tradiciones por ser conductas delictivas que con su ejecución perturbaban la paz pública y la nación mexicana se ve amenazado y vulnerada en su autoridad de Estado, el legislador ha plas- mado en nuestra ley penal esta medida represiva que el Estado adopta para conservar su propia integridad y la paz y seguri dad sociales.

Cuartá.- La actitud de gobernantes y gobernados debe - ser de firme rechazo frente a este tipo de delitos y necesaa- rio además que el Estado para evitar la comisión de tales he- chos delictuosos, respeten los derechos y se haga conciente - de sus obligaciones a los miembros de la sociedad importante también como medidas preventivas, un permanente dialogo en-- tre gobernantes y gobernados, que es la vía legal única para-

Septima.- El delito de conspiración (art. 141), nues--tra consideración deberá estar al inicio de los delitos como--traición a la patria terrorismo, sabotaje, etc. ya que es el--antecedente el la Comisión de los mismos.

Octava.- El tipo penal deberá contener a una penalidad más elevada ya que el delito de conspiración (art. 141), es--la antesala para desajustar la paz social de la nación.

Novena.- En el Código penal militar se toma la pena de muerte para los que cometen delitos contra la seguridad de la nación.

Decima.- El precepto asume dos hipótesis de conspira--ción: 1a).- Contra la seguridad exterior de la nación; 2da).- Contra la seguridad interior de la nación.

Undecima.- El elemento material del delito consiste, - en el acuerdo, en la resolución por concierto, o sea, atacar--la seguridad exterior o interior de la nación.

Duodecima.- Cuando los conspiradores llevan a cabo las medidas acordadas por ellos, además cometen otro delito como--lo pueden ser el sabotaje, la traición a la patria, rebelión, sedición, motín, terrorismo, espionaje.

la resolución de cualquier inconformidad.

Quinta.- Doctrinariamente, la conspiración sería apenas el grado inconsumado, inferior, de un delito contra la seguridad de la nación ( art. 141), pero por su importancia y - peligros públicos y por la necesidad de prevenirla energicamente, la legislación la eleva a la categoría de delito completo, formal, sancionable aún cuando no se consumen los daños políticos deseados.

Sexta.- El análisis del precepto revela:

1.- La conspiración o complot requiere una actividad plural, es decir, la conjunta participación de dos o más personas.

2.- La acción delictiva consiste en una resolución en concierto; la plural actividad de los protagonistas se finca en un acuerdo definido de obrar, sin que sea menester un principio de ejecución. Por eso la conspiración, doctrinariamente es un grado inconsumado de delito, de carácter preparatorio.

3.- El concierto debe tener por objeto la comisión de delitos contra la seguridad de la Nación: Traición, espionaje, rebelión, sedición, asonada, motín, terrorismo y sabotaje.

Decima Tercera.- El sujeto activo puede serlo qualquiera, el sujeto pasivo la nación.

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

- ANTOLISEI FRANCISCO.- Estudio Analítico del Delito, traducción Dr. Ricardo Franco Guzmán, México 1954.
- CARRARA FRANCISCO.- Programa del Curso de Derecho Criminal, Prefacio a la 5a. edición, Buenos Aires 1944.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 3a. edición, México 1965.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.- Editorial Porrúa, México 1970.
- DE P. MORENO ANTONIO.- Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Delitos en Particular, México 1944.
- FONTAN BALESTRA CARLOS.- Misión de Garantía de Derecho Penal- Buenos Aires 1957.
- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, 8a. edición, México 1966.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.- La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, 5a. edición, Buenos Aires 1967. Tratado de Derecho Penal, tomo III, El Delito, Buenos Aires 1965.

MSZGER EDMUNDO.- Tratado de Derecho Penal, traducción José --  
Rodríguez Muñoz, tomos I y II, Madrid 1955-57.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexica-  
no, 2a. edición, México 1967.

PARTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- Problemática de la Defensa-  
Legítima o Real, Revista Jurídica Veracruzana XIII. --  
Apuntamientos de la Parte General del Derecho, Vol. I,-  
México 1969.

SOLER SEBASTIAN.- Derecho Penal Argentino, tomo I, Buenos Ai-  
res 1963.

**RESISTANCE**

Tel. 658-70-48