

756
20



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL DELITO
DE FRAUDE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FRANCISCO EMILIO TAPIA CABAÑAS



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.

PREAMBULO

Es en tanto que la aplicación del Derecho Penal en su esencia es de estricto Derecho, la configuración de un delito para su concepción y sanción no debe estar sujeta a criterios discrepantes entre sí; pues si por un lado algunos juristas, estudiosos del Derecho y litigantes entre los que podemos contemplar a los Jueces y Agentes del Ministerio Público consideran que se puede consignar un hecho delictivo sin importar que en él se contraponga el orden de prelación de los elementos del delito, por otro lado otros criterios señalan que debe existir una prioridad en el orden para que el delito se configure.

En un aspecto procesal estaríamos ante la situación de determinar la presunta responsabilidad del sujeto, así como de comprobar la existencia del cuerpo del delito, sin embargo este enfoque no podrá ser tratado toda vez, que si bien fue el motivo principal y conducente para la elaboración del presente estudio, no es el medio indicado para asentar las bases de una posible solución, pues sólo se referiría al caso concreto y esta no es la cuestión a tratar; por tal motivo enfocaremos la problemática al marco doctrinario penal, conducentemente al análisis sistemático del delito de fraude en orden a la conducta y al resultado.

INTRODUCCION.

Dos de las características fundamentales del Derecho Penal son; la de prescribir una determinada conducta y la posibilidad de sanción o acto coactivo por parte del Estado; razón por la cual la totalidad de las normas configuran un orden o sistema que tiene por objeto hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad. Sin embargo la Legislación Penal no describe en cada tipo un acto, sino a un ilícito al cual clasifica dentro del orden criminal, aludiendo para ello a todas las circunstancias, elementos y condiciones que le den ese carácter de ilicitud; "sus términos varían en torno al núcleo esencial, requiriendo a veces de un resultado, de una conducta o del establecimiento de las cualidades esenciales del agente, como condición indispensable para que se configure el delito"¹ propiamente requiere de las condiciones de tiempo, lugar y modo en la acción o en los caracteres particulares de los sujetos o en el objeto. Por tal virtud los juristas no están de acuerdo en expresar un concepto claro y universal del delito, por lo que sólo puede desprenderse una noción del mismo, del análisis efectuado de sus características esenciales; refiriendo a los elementos como fundamento o base que concurren para formar al delito. Conducentemente, los elementos son las notas esenciales o el requisito Sine Quanon para su existencia; y el orden que estos guardan no implica que se otorgue un rango preeminente sino una consecuencia de lo externo a lo interno del delito.

En la prioridad cronológica jamás puede darse un criterio determinante de la prelación lógica de los caracteres del delito, pues ellos deben coincidir en el momento de la realización de la conducta, sin que tenga relevancia alguna que hayan coincidido un instante antes o después. "En todo análisis del --

1.- Villalobos Ignacio Derecho Penal Mexicano p.217
Ed. Porrúa Méx. 1978.

delito debe darse primero el autor de la conducta como autor de la conducta típica, después como autor del injusto y más tarde - como autor culpable"2 esto es sin contravenir a lo dispuesto en los llamados delitos en orden al resultado, toda vez que en ellos el delito se integra precisamente por el resultado del acto, el cual tiene una influencia o significación en la estructura del delito.

El resultado es la total realización típica exterior, por ello comprende tanto a la conducta corporal del delito como el efecto externo causado por dicha conducta, por tanto ya no se lo trata al acto, sino comprende al acto mismo y a sus efectos; siendo entonces el resultado la realización típica del delito; - distinguiendo la actividad productora de un resultado material - (hecho), de aquella que solo trasmuta el orden jurídico (mera -- conducta), y que al aludir con relación al fraude se tiene la -- convicción de que esta figura delictiva del tipo requiere necesariamente un resultado material, que el artículo 386 del Código Penal precisa en los siguientes términos: "hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido", en tanto se revele la consumación instantánea del delito, toda vez que en el momento que el sujeto alcanza el lucro indebido el fraude se ha -- consumado "el fraude existirá condición sine quanon cuando como resultado del engaño o aprovechamiento del error el autor logra la entrega o apropiación de la cosa o derechos patrimoniales ajenos"3 por lo que no basta probar tan solo uno de los elementos, - indispensablemente se tiene que probar en reunión o en conjunto a los mismos, concluyendo que la constitución debe ser consecuencia de la falacia.

En ocasiones puede ocurrir que se llega a detentar un lucro indebido previo de la conducta, y del cual el sujeto para poder apropiárselo utilice los medios indicados en la conducta -

2.- Zafaronni Eugenio Teoría del Delito p.61 Ed. Ediar Arg. 1973.

3.- González de la Vega Fco. Derecho Penal Méx. p.252 Ed. Porrúa Méx. 1981.

típica del fraude como serían las maquinaciones o el aprovechamiento del error o el engaño, por lo que no se estaría en la hipótesis de que puede ocurrir primero el resultado y después el acto que conduzca a la consumación del delito para que este exista y se consume, por lo que la simple detentación, presupone a una conducta ilícita.

TEMA: ANALISIS SISTEMATICO DEL DELITO DE FRAUDE.

I N D I C E.

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS.

- 1.- CONCEPTO GENERAL DEL DELITO.
 - 1.1.- ESCUELA CLASICA.
 - 1.2.- ESCUELA POSITIVA.

- 2.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO.
 - 2.1.- LA NOCION DEL DELITO.
 - 2.2.- LA NOCION JURIDICA FORMAL Y SUSTANCIAL DEL DELITO.

- 3.- PRESUPUESTOS.
 - 3.1.- PRESUPUESTOS DEL DELITO.
 - 3.2.- PRESUPUESTOS DE LA CONDUCTA O DEL HECHO.

CAPITULO II LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

- 1.- CONDUCTA.
 - 1.1.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.
 - 1.2.- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.
 - 1.3.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

- 2.- TIPICIDAD.
 - 2.1.- ELEMENTOS DEL TIPO.
 - 2.2.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.
 - 2.3.- LA ATIPICIDAD.

- 3.- ANTIJURICIDAD.
 - 3.1.- CRITERIOS DE CLASIFICACION DE LA ANTIJURICIDAD.
 - 3.2.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

- 4.- IMPUTABILIDAD.
 - 4.1.- CONDICIONES DE IMPUTABILIDAD.
 - 4.2.- CAUSAS INIMPUTABILIDAD

5.- CULPABILIDAD.

5.1.- EL DOLO Y LA CULPA.

5.2.- INCULPABILIDAD.

6.- PUNIBILIDAD.

6.1.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

6.2.- AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

CAPITULO III EL DELITO DE FRAUDE.

1.- CONCEPTO.

1.1.- DIVERSAS DENOMINACIONES.

2.- EL HECHO EN EL FRAUDE.

2.1.- LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FRAUDE.

2.2.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO.

2.3.- EL TIEMPO DE COMISION DEL DELITO.

3.- LA TIPICIDAD EN EL FRAUDE.

3.1.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

3.2.- CASOS DE ATIPICIDAD EN EL FRAUDE.

4.- LA ANTIJURICIDAD DEL FRAUDE.

4.1.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

5.- LA CULPABILIDAD EN EL FRAUDE.

5.1.- LA INCULPABILIDAD EN EL FRAUDE.

6.- LA PUNIBILIDAD EN EL FRAUDE.

6.1.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

6.2.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.- CONCEPTO GENERAL DEL DELITO.

Su etimología deriva del verbo delinquer que significa abandonar o apartarse del buen camino; alejarse del sendero - marcado por la ley.

EL DELITO.

Siempre fué una valoración jurídica; como un acto externo ejecutado por el sujeto separado de los sentimientos.

Las formas más frecuentes de violarse una norma prohibitiva, es por medio de la actividad corporal que aunque puede integrarse con un solo acto, frecuentemente se presenta como un proceso, es decir como una serie o multiplicación de movimientos corporales. La comisión del hecho no es más que uno de los modos en que la conducta contradice a la norma.

Para Sebastian Soler el delito es una forma de conducta desenvolviéndose y fluyendo anteriormente a la realidad; la idea del delito nace unida a la del Estado y aparece influida -- por las concepciones en éste, imperantes hasta el extremo de que bien puede afirmarse que la Historia del concepto del delito marcha paralelo al concepto del Estado ya que ambos siguen la misma esencia.

En las agrupaciones antiguas eran comportamientos castigos de una reacción verbal, prohibiciones vigentes en la tribu unidas a supersticiones y costumbres ancestrales... sancionando cualquier acto atentativo a la soberanía del monarca o magestad, por lo que el delito era considerado como un triunfo del espíritu maligno sobre las bases benígnas del sujeto.

Platón lo plantea ya en referencia a la libertad y voluntad de las acciones humanas, es decir encuentra las primeras evaluaciones jurídicas de dichas acciones postulando que el delito es una desobediencia que se castiga ciegamente para afirmar el poder; al ir evolucionando las ideas penales, Carrara lo refiere como "la violación de una ley promulgada" agregando que es un ente jurídico porque su esencia debe consistir infaliblemente en la violación de un derecho; y Von Liszt lo estableció como un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad protegidos por una norma jurídica.

Al principio del presente siglo se insiste en destacar el contenido substancial o material que caracteriza al delito. Carnelutti así como otros expositores, tal es el caso de Bettiol, y Maurach lo consideran como una lesión de intereses o de un bien jurídico.

1.1.- ESCUELA CLASICA.

Para el estudio de la ciencia penal surgen las escuelas penales, las cuales pretenden encontrar la justificación del derecho a castigar así como ordenar y sistematizar el estudio de los conceptos penales, propiamente el precepto y la pena.

Surge la llamada escuela clásica con la aparición del libro "tratado de los delitos y de las penas" de Cesar Becaría, denominación que al parecer le fue asignada por el Maestro de Pisa Francesco Carrara al orientar el pensamiento expuesto por el Marqués de Boncasse a la corriente penal. Se caracterizó la escuela clásica por la falta de unidad de criterio en virtud de -- abarcar a todos los pensadores desde Platón, hasta Carrara quien resultó ser el principal precursor y exponente de la escuela y cuyas doctrinas fueron difundidas por juristas como Carmignani, Rossi, Romagnosi, partiendo de una evolución jurídica de sus pensamientos, señalando que todos los hombres están dotados del -- bien y del mal pudiendo optar o decir por la realización o el -- camino y sendero de alguno de esos valores; estableciendo el libre albedrío o sea que el sujeto en tanto tiene capacidad de discernir realiza la libre determinación de sus actos. También sostienen que el delito es un ente jurídico pues mientras no se halle contemplado por la ley carece de relevancia jurídica; lo considera como una injusticia constituida por dos fuerzas la moral y la física, que se configuran como la voluntad del agente, el movimiento corporal y el daño material causado, "para que el delito exista debe ser moralmente imputable, que el acto tenga un valor moral, que provenga un daño social de él y que se halle -- prohibido por una ley positiva"⁴ por lo que el hombre es responsable penalmente del delito que comete, concluyendo que la acción criminal no rebasa los límites fundamentales del hombre.

Carácteres básicos de la Escuela Clásica:

- a).- Existe una diversidad de criterios toda vez que abarcó a los autores propiamente desde Platón -- hasta Francesco Carrara.
- b).- Emplea un método lógico abstracto para su estudio concretamente un método jurídico para el análisis del delito.
- c).- Considera el delito como un ente jurídico consistente en la violación de una norma jurídico-penal; para su existencia se necesita que la conducta viole una norma preceptiva o prohibitiva.
- d).- La imputabilidad esta basada en el libre albedrío, por tanto la responsabilidad penal gira en torno a la libertad de expresión del sujeto activo de violar o no la norma jurídico penal refiriendo asimismo a la culpabilidad moral del sujeto.
- e).- La pena tiene un carácter retributivo surgiendo como un castigo al mal y teniendo diversas concepciones: por un lado podrá ser divina o vindicataria "purificadora del dolor, por otro expropiatoria moral o estética (como un criterio de juicio de la conducta) y por último podrá ser jurídica. Para ello la prevención se basaba en la intimidación, la coacción psíquica, advertencia o defensa."
- f).- Igualdad del hombre en sus derechos la cual se da desde su nacimiento, facultando al sujeto a elegir claramente en su manera de obrar y de actuar.

1.2.- ESCUELA POSITIVA.

Surge en la mitad del siglo pasado apareciendo como una reacción hacia lo abstracto. El positivismo se caracteriza por su tendencia hacia lo material refutando los preceptos idealistas que hasta entonces imperaban en el ámbito penal. El positivismo surge de la observancia y experimentación que tienen los pensadores de esta corriente.

La Escuela Positiva encuentra su principal exponente en Cesar Lombroso, en Rafael Garófalo y en Enrico Ferri, el primero de ellos le da un aspecto biológico al delito al señalar -- que el delincuente es un atávico, un anormal, un loco o un enfermo mental, para Lombroso el delincuente se encuentra predestinado a delinquir en razón de los factores biológicos hereditarios, asf nos habla de una clasificación del delincuente: delincuente nato, del habitual, del ocasional y del pasional.....

RAFAEL GAROFALO. Noble y jurista señala que si bien es cierto que delincuente es un anormal o un enfermo sujeto a -- los factores biológicos, también es cierto que se encuentra influenciado por factores del medio ambiente que lo rodean de ahí que también elabora un concepto sociológico del delito, el cual lo expresan ampliamente en su obra "Antropología del Delito" que lo señala como una violación de los sentimientos altruistas de -- prioridad y piedad de la medida indispensable para vivir en sociedad. Aunado a estos pensamientos Ferri advierte que además otro factor que interviene para la comisión del delito es el aspecto económico en tanto establecen que es el medio el que impulsa al sujeto a delinquir para satisfacer sus necesidades. Cabe aclarar que se le asigna a Enrico Ferri el haberle dado la denominación de Escuela Clásica a la opuesta Escuela del Positivismo, refiriéndolo a lo arcaico o caduco, sin embargo esto es discutible.

Caracteres básicos de la Escuela Positiva:

- a).- Nace una verdadera uniformidad de ideas, por lo que impera un carácter unitario. Tuvo una sistematización y estructuración para la integración de la Escuela.
- b).- Refiere a un método experimental o inductivo, -- propio de las ciencias prácticas y exactas.
- c).- El delito es un fenómeno social y natural, y los factores que imperan en el medio en que vive el sujeto lo impulsan o lo condicionan a la comisión del delito. Esto es referido en la teoría del determinismo, en tanto el individuo está sujeto a las condiciones biológicas, sociales o naturales para poder actuar.
- d).- La responsabilidad es social: el punto de vista de la justicia social es el delincuente ya que el delito solo es un síntoma de su peligrosidad, el infractor es responsable socialmente independiente de que lo sea o no moralmente por el hecho de vivir en sociedad, derivado de la temibilidad del sujeto.
- e).- Niega libre albedrío ya que el delincuente al -- ser un animal está predestinado a delinquir, la voluntad humana está determinada por factores ex ternos.
- f).- La pena tiene un carácter preventivo o eliminato río, basada en la defensa social.

Con la aparición de la Escuela Positiva que pugna en contra de las ideas sostenidas por la Escuela Clásica, también surgen otros pensadores y tratadistas quienes buscan conciliar las ideas y puntos antagónicos de estas Escuelas, es así como surge la corriente ecléctica dentro de la cual aparecen diversas Escuelas ya que algunos aceptan conceptos manejados por la Escuela Clásica y algo de la positiva y otros más aceptan principios diversos de ambas escuelas, así tenemos:

La Tercera Escuela o del positivismo crítico representada por Alimena y Carnevale, quienes admiten del positivismo la negación de libre albedrío, conciben al delito como un fenómeno individual y social y no como un ente jurídico, se inclinan por el estudio científico del delincuente y emplean el método inductivo para su estudio, de la Escuela Clásica aceptan el principio de responsabilidad moral al admitir que existen diferencias entre imputables e inimputables el cual deriva de la voluntad humana y tiene su base en la dirigibilidad de la conducta, así como la aptitud que tiene de percibir la coacción psicológica de la ley, también señala que la pena tiene como fin la defensa social.

La Escuela Sociológica surge en Alemania representada por Vont Liszt quien acepta al delito como resultado de factores individuales físicos o biológicos, sociales o económicos, señala que la pena es necesaria para la seguridad de la vida social por que su finalidad está en la conservación del orden social, caracterizándose por el dualismo de métodos ya que emplea tanto al inductivo como al deductivo.

La Escuela Ecléctica en Francia, representada por Garraud se destaca por el hecho de señalar que tanto el delito como la pena son fenómenos jurídicos y no sociales en virtud de que en tanto no estén regulados por una norma carecerán de relevancia jurídica. Considerando la imputabilidad como el conjunto de condiciones mínimas por las cuales las personas bienen a ser sujeto de la relación jurídico punitiva. La pena tiene como

fin la defensa social cuyo objeto es la preservación del orden jurídico.

La Dirección Técnico-Jurídica representada por Rocco, Massari, Manzinni, conciben al delito como una pura relación jurídica prescindiendo de su aspecto personal y social. Hace abstracción de libre albedrío como base de la imputabilidad y refiere a la pena como la reacción jurídica contra el delito, reserva contra los inimputables quienes quedan sometidos a medidas de seguridad.

2.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO.

2.1.- La noción del delito.

En el derecho más remoto existía la responsabilidad humana consecuencia del resultado anti-jurídico que resultaba de su actividad, por tal virtud un ente jurídico como es el delito solo es inculminable en cuanto una ley dictada con anterioridad lo define y lo sanciona. La esencia de la entidad delito se basa en el hecho de proteger la seguridad, aludiendo la naturaleza de la sociedad civil que requería frenar los deseos e impulsos del hombre. El delito como un acto o hecho en su origen emana de la pasión humana precisando Edmundo Mezger que "el acto es el soporte del delito la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad cuyas condiciones objetivas son adventicias e inconstantes"⁵ por tanto la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos como son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, constituyendo la penalidad en el tipo la nota esencial del delito.

Siguiendo la doctrina de Mezger podemos considerar -- el delito como: "la acción punible que es el conjunto de los presupuestos de la pena, la penalidad es una consecuencia del

5.- Jiménez de Asúa la ley y el delito p. 207 Ed. Hermes Méx. 1986.

mismo y no una característica⁶. Platón fundaba la pena en un principio de expiación moral toda vez que en su doctrina refería que el delito es un mal que requiere de una medicina, así denominó al delito como una enfermedad y a la sanción como una pena medicinal. Para los Romanos la pena se justificó a través de la intimidación que era el medio para evitar la comisión del acto delictivo; concluyendo Carrara al decir que el Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral preexistentes de los actos humanos que configuran un delito. En contra-mención, Garófalo establece como delito artificial o legal la actividad humana que contrariando a la ley penal es lesiva a los sentimientos fundados en las condiciones básicas indispensables para la vida social "la dirección de los sentimientos es la única que vale en la conducta humana" coincidiendo con el pensamiento de Vincent Lanza que expuso "todo lo que viola nuestros sentimientos morales es delito"⁷.

2.2.- NOCIÓN JURIDICO-FORMAL Y SUSTANCIAL DEL DELITO.

El delito en su esencia es una lesión de bienes o intereses jurídicos o un peligro para ellos, entendiéndose como bien jurídico todo aquello de naturaleza material que sirve como fuente de satisfacción de las necesidades humanas.

El contenido material del delito referido a la lesión o al peligro, señala como finalidad del ordenamiento punitivo la protección del bien jurídico en base de la sistematización de los delitos. En opinión de Baumann "se busca proteger con fuertes defensas los intereses sociales más importantes y regular el orden y la vida comunitaria".

El delito ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva cuyo fundamento se encuentra relacionado con el hecho humano contrario al orden social o legal.

6.- Jiménez de Asúa obra citada p. 206.
7.- Jiménez de Asúa obra citada p. 65.

Subjetivamente se busca regular la vida colectivamente valorando el hecho lesivo a limitar al hombre a la esfera de aplicación de la sanción, la cual es impuesta en razón de concevir a la conducta como antisocial o dañosa. Así, en consecuencia la concepción subjetiva del delito Garófalo lo refiere como "una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad o prioridad ---- según la medida mínima en que son poseídos por una comunidad y - que es indispensable para la adaptación del individuo en la sociedad"⁸ conducente a ello Enrique Ferri lo considera como un carácter principal del delito, su oposición a las condiciones fundamentales de la vida social y su pugna contra la moralidad media. Por su parte el Profesor Carrara lo refirió como "la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultando de un acto externo del hombre sea positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"⁹ perturbando la seguridad de los ciudadanos.

El concepto dogmático del delito es analizado por --- Beling quien lo describe como la "acción típica, anti-jurídica, culpable, sometido a una adecuada sanción penal que llena las -- condiciones objetivas de penalidad" deduciendo que para que pueda ser delito necesita reunir estos requisitos; Mezger solo alude de alguno de los elementos al señalar como delito al acto humano típicamente anti-jurídico y culpable, por su parte el Doctor --- Raúl Carranca y Rivas lo concibe como "el acto típicamente anti-jurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable y sancionado penalmente" entendido como una acción descriptiva de la ley (tipicidad), contraria al derecho - (antijuricidad) doloso o culposo (que medie culpabilidad) y sancionada con una pena (punibilidad).

8.- Pavón Vasconcelos Manual de Derecho Penal Mexicano. p. 153. 4a. Edición Porrúa Méx. 1978.

9.- Pavón Vasconcelos Obra Citada p. 156.

El término empleado en el Código Penal en relación al delito es bastante ambiguo, toda vez que en ocasiones emplea el término "acto" "conducta" o "hecho" soliendo caracterizarse como conducta punible. Por delito entendemos una conducta humana culpable que viola las normas del Estado y que las coloca bajo una pena.

En el sentido formal el Código Penal de 1971 lo refería como una infracción involuntaria de la Ley Penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de ejecutar lo que manda, constituyendo una acción o infracción de antijuricidad.

El Código Penal de 1948 lo establecía como las faltas por acciones u omisiones involuntarias penadas por la ley y los elementos son:

- a).- Acción u omisión que refiere la ejecución o no de los movimientos corporales.
- b).- Voluntariedad en torno a la ejecución libre consentimiento y voluntad propia de los actos.
- c).- Penados por la ley que se caracterizan por la amenaza de sanción.

El Código Penal vigente en su artículo séptimo lo refiere como la "acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena". Sus elementos son:

- a).- El delito como un acto humano o una acción, así que cualquier daño o mal son consecuencia del mismo acto.
- b).- El acto humano debe ser antijurídico en oposición con una norma jurídica; toda vez que una acción anti-jurídica no siempre constituye un deli

to, es preciso que corresponda a un tipo legal (acto típico).

- c).- El acto debe ser culpable, imputable a dolo (intención) o a culpa (negligencia) puesta a cargo de una determinada persona.
- d).- Sancionada por una pena estableciendo al delito como una conducta punible.

Los artículos 8 y 9 Fracción II encuadran a los elementos de culpabilidad y el de punibilidad, sino se presenta una excusa absoluta a que alude la propia ley.

El artículo 15 define la adecuación del hecho al tipo, (tipicidad); la antijuricidad en tanto no haya obrado en resguardo a una causa delictiva; y de imputabilidad al no concurrir la excepción regla de no capacidad de obrar (Fracción II).

3.- PRESUPUESTOS.

3.- Presupuestos del Delito.

Son aquellas circunstancias constitutivas que le anteceden: como son los elementos, requisitos o factores jurídicos anteriores a la ejecución del hecho positivo o negativo, condicionando su existencia al título delictivo que trata (preexistentes al hecho material para que pueda configurarse el hecho delictivo).

Porte Petit lo traduce al expresarlos como "los antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hechos descritos por el tipo y cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo"¹⁰

10.- Porte Petit, Celestino Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal P. 258 Tomo I Sexta Edición - Méx. 1982.

Los presupuestos del delito se han dividido en generales y especiales en orden de los requerimientos particulares en cada figura delictiva.

- A) Norma Penal - que invoca al precepto de una determinada conducta bajo la amenaza de sanción.
- B) Sujetos (activo o pasivo).
- C) Bien jurídico tutelado.
- D) Instrumentos del delito.

Los presupuestos especiales refieren a la calidad específica en alguno de ellos, siendo una modificación del sujeto, del objeto del delito o del bien jurídico tutelado.

La ausencia del presupuesto repercute de acuerdo al caso presentado; la ausencia de la norma implica la ausencia del tipo o inexistencia del delito. Cuando falte alguno de los sujetos o el bien jurídico habrá una atipicidad y cuando falte la imputabilidad se dará la inimputabilidad; algunos autores consideran sin embargo que la falta de los presupuestos especiales del delito no implica la inexistencia del propio delito, sino que se traduce como la transposición o traslación del tipo delictivo.

3.2.- PRESUPUESTOS DE LA CONDUCTA O DEL HECHO.

Manzini lo refiere como "aquellos elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito"11 los cuales son condiciones para que constituya una figura delictiva material del acto ilícito.

11.- Porte Petit, Celestino obra citada P. 260.

Resumiendo que los presupuestos de la conducta o hecho son aquellos antecedentes jurídicos o materiales previos y necesarios para que se pueda analizar la conducta o los hechos típicos.

Sus consecuencias pueden catalogarse en dos aspectos:

- A) Antecedente jurídico o material previo a la realización de la conducta o del hecho.
- B) Necesario para la existencia de la conducta o hecho típico, su falta implica la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho.

Análogamente los presupuestos del delito y los de la conducta o hecho difieren en su naturaleza; los primeros son jurídicos y los segundos de carácter jurídico o material, así como que su ausencia implica por un lado la traslación del tipo, por el otro la imposibilidad de realización de la conducta y por tanto del delito, por lo consiguiente no es posible aceptar los llamados presupuestos del delito, toda vez que su ausencia implicaría lo mismo que la ausencia de los presupuestos de la conducta o hecho, puesto que cuando falte el presupuesto de carácter jurídico, no se puede realizar el tipo descrito en la norma, originándose un delito diverso y que cuando falte el presupuesto material, no se puede realizar la figura delictiva, originándose una tentativa imposible.

La ausencia equivale a la falta de una calidad en el sujeto activo o pasivo, o del objeto material, que versa en torno a los elementos del tipo: sujeto exigido por el tipo y objeto material.

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL DELITO

1.- LA CONDUCTA.

Conforme a la prelación lógica, la conducta o el hecho típico como elemento del delito ocupan el primer lugar dentro de la llamada teoría del delito, entendiéndose a la conducta como un conjunto de elementos materiales producidos por el comportamiento del agente, lo que supone una valoración judicial. En toda tipicidad existen elementos que se presumen, los llamados elementos normativos del hecho, y que exigen para ser comprobados una manera concreta de valoración que el Juez tomará en cuenta para determinar la gravedad y la entidad de la pena.

La conducta designa la acción u omisión y al resultado material que concurren para establecer los elementos objetivos -- del delito "primordialmente todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede tener por consecuencia una pena"¹² por lo que no se puede caracterizar la noción o concepto del delito - sin referir a la acción, toda vez que de no existir la acción, el delito es inconcebible. Bettiol sostiene que "el primer elemento-constitutivo del delito es suministrado por el hecho típico" como una descripción del complejo de elementos materiales que se traducen en la conducta del agente, Berner considera a la conducta como un esqueleto sobre el cual se configura el delito, razón por la cual concebiremos a la conducta como el elemento material generador del delito.

La terminología empleada para referir a la conducta ha constituido una problemática respecto a la connotación del actuar o no del sujeto para que se configure el delito. A veces los tratadistas están de acuerdo en el empleo de un vocablo, pero esto es discutible por otros juristas y estudiosos del derecho quienes consideran que se debe emplear diversos vocablos que designen a la conducta como el comportamiento del hombre o exteriorización de su voluntad cuyos efectos sean contrarios a la ley. El Código-

12. Porte Petit Celestino obra citada pp 207.

Penal vigente utiliza las voces acción y acto para abarcar el hacer o no hacer (expresión que comprende el aspecto negativo enfocado en una omisión). Otros vocablos empleados por los tratadistas son los que señalan a la conducta como un evento, acontecimiento o mutación, mismos que enfocaremos detenidamente para determinar el término más adecuado e idóneo para designar al actuar ilícito del sujeto.

Las expresiones que lo designan como un acontecimiento o mutación son inadecuadas toda vez que pueden referir a un hecho natural o físico y no concretamente traducirse en una conducta cometida con conciencia y voluntad. Antiguamente el Derecho Romano sancionaba los hechos provenientes de los animales al grado que en ocasiones se llevaban a cabo los juicios contra las bestias, quienes eran defendidos por abogados que buscaban persuadir la sanción que se les imponía.

El hecho típico es una expresión de carácter genérico en el sentido de que todo delito consta de un hecho, pero esto no excluye que en la esfera de tal concepto se pueda descender a las especificaciones del caso concreto.

La expresión acción implica invariablemente un hacer o un movimiento cuya naturaleza es contraria a la omisión que expresa una inactividad o un comportamiento negativo del sujeto activo; toda vez que los delitos determinan un comportamiento activo o negativo del que adquiere preponderancia del influjo de la anti-juricidad como un atributo del comportamiento. La acción fue comprendida dentro del pensamiento de la Escuela Clásica como la expresión de la voluntad que determina una lesión efectiva o potencial de un interés protegido, y dentro de la Escuela Positiva como el centro de peligrosidad que debe considerar al agente en cuanto constituye la expresión de una personalidad caracterizada.

El acto, al igual que la acción implica un comportamiento activo suponiendo la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejerce fundamentado de acuerdo al criterio expuesto.

por Jiménez de Asúa; el acto como elemento es una parte de la acción, pues para que se agote requiere de un solo movimiento corpóreo, que se puede producir de manera instintiva, automático o espontáneo al cuerpo humano y no como una manifestación de la voluntad.

El evento, se pronuncia como una modificación del mundo exterior, considerando al delito como un "acontecimiento" que tiene lugar, para traducir que no hay delito sin evento, porque desde un punto de vista natural la acción también se configura como un acontecimiento, el evento refiere al efecto de consecuencia de un comportamiento determinado, por la misma razón del evento no puede ser incluido en el concepto de acción entendido en sentido lato, la acción constituye causa (factor causal). Al afirmar que el delito es la alteración de un interés o una lesión de un bien se establece el evento lesivo sin el cual no se concibe la configuración de un delito, por lo que se presupone la "lesividad" como un atributo del hecho ya que ello es fruto de un juicio de reproche que atiende al hecho en cuanto éste se opone a la finalidad de tutela de una norma penal y por tanto al bien que protege. Este juicio equivale a admitir que todo delito es un hecho lesivo, pero no implica en realidad que todo delito deba presentarse como un evento lesivo, ya que puede hacerlo como acción lesiva distinguiéndose en torno de la acción, toda vez que el que actúa pone en movimiento una causalidad en sentido finalista y no mecánico. Es preciso aclarar que la noción del vocablo evento no es naturalista en cuanto prescinde de lesión efectiva o potencial de un bien tutelado, sino que es noción teleológica por cuanto a la consideración de la tipicidad legal, sin separar al conjunto de las consecuencias naturales que son figuras relevantes para el delito pudiendo definir al evento de acuerdo al criterio de Antolisei como el "efecto natural de la acción relevante para el Derecho Penal"¹³ fundada en el mundo de los valores en el sentido de que fuera del criterio ofrecido por la norma legal no es posible individualizar al evento por tanto no se puede dar una causa sin efecto o un efecto sin causa, concluyendo que es evento el efecto

de la acción relevante en cuanto existe un nexo causal que vincule a la acción.

En los delitos cuyo hecho se descompone en los elementos de acción y evento debe existir entre ellos dos términos, una relación de causalidad; sea que la acción halla ocasionado al --- evento, así como el propósito..... en suma la acción humana debe considerarse causa de un evento en todas las hipótesis.

La conducta consiste en un hacer voluntario o no voluntario (culpa) cuyo término comprende dos formas diversas: una positiva y una negativa las que pueden consistir en un hacer o acción (en sentido estricto o acción positiva) o en un no hacer u omisión (acción negativa que equivale a una actividad).

La realización de la conducta se puede precisar de --- acuerdo a tres hipótesis:

- a).- Cuando el sujeto es el autor material e inmediato, realiza totalmente la conducta.
- b).- Cuando el sujeto actúa impulsado por fuerzas naturales, sobrehumanas o fuera de su alcance, realiza parcialmente la conducta.
- c).- Cuando el sujeto solo es un instrumento para la realización de la conducta, forzado física o moralmente originándose la autonomía intelectual y la autonomía mediata.

La acción es una forma de la conducta consistente en la actividad o el hacer voluntario dirigido a la producción de un resultado típico o extra-típico dando lugar a un tipo de prohibición. La II. Suprema Corte de Justicia de la Nación establece la acción dentro del significado de la conducta como un comportamiento corporal voluntario. La acción es el movimiento corporal consciente y voluntario dirigido a producir un resultado consistente-

en la modificación del mundo exterior o el peligro de que esa modificación llegue a consumarse. Maggiore puntualiza que "la acción consiste simplemente en la manifestación voluntaria de una actividad positiva, dañosa o peligrosa, debido a las fuerzas personales del agente o a otras energías que el agente mismo determina" la acción es el centro de peligrosidad o perjuicio que debe considerar el agente en cuanto constituye la expresión de su personalidad, determinado por la lesión efectiva o potencial de un interés protegido.

"En el ámbito de las corrientes opuestas al positivismo penal, el problema de la acción adquiere una importancia diversa¹⁴ presentándose el evento lesivo como consecuencia de la acción, en cuanto atiende a un resultado (concepción objetiva) o -- una acción dirigida a una causación que atienda a la voluntad --- (criterio subjetivo). Es evidente que la acción adquiere importancia específica en un sistema penal inventado a la voluntad, pero su tendencia objetiva no obedece al evento, sino que atiende al resultado como a la voluntad.

Los límites de la acción son de carácter restrictivo o extensivo. Restrictivamente implica un movimiento muscular voluntario del sujeto con independencia de sus efectos naturales, mientras que en la concepción extensiva la acción comprende al evento como consecuencia del movimiento muscular y la serie causal que liga los dos términos de la relación. La determinación conceptual de la acción no puede realizarse con el solo auxilio de los criterios valoristas, pues solo proporciona una serie más o menos relevante de acontecimientos, de fenómenos o de situaciones concretas y una cadena de elementos de hecho. En el accionar del sujeto se refleja a la acción considerada dentro de sus límites como una -- violación a una obligación. Maggiore señala, "el principio de que los actos involuntarios están excluidos de las acciones no se --- aceptan sin reserva ni cautela, toda vez que no se puede separar-

14.- Interpretación del concepto de la acción expuesto por el Profesor Maggiore en relación del evento lesivo y de la acción.

la voluntad¹⁵ los actos son automáticos, instintivos, mecánicos, reflejos... determinados por la organización del sujeto, por la constitución hereditaria, por su personalidad, toda vez que esos actos involuntarios pueden ser controlados en orden a la atención y previsión, por lo que no se hallan fuera de los límites de la voluntad y que para indicar el funcionamiento de la voluntad como una fuerza de resistencia o como un freno de contención, saliendo a relucir los llamados delitos culposos que son producto de las faltas o insuficiencias de control de los actos habituales o automáticos.

La acción humana se distingue de todo coeficiente causal porque no es un coeficiente, sino un factor determinado por la inteligencia dirigida al fin o propósito que el agente pretende realizar. Para Mezger el concepto de acción es un concepto complejo, de naturaleza causal finalista y otras veces causal-materialista; Sin embargo el juicio de acción debe ser tratado en el aspecto de los valores basada en una realidad social como un concepto que debe examinarse sobre la base de criterios de valor que no permiten prescindir de un criterio finalista. Así, al hablar de la acción referiremos a los actos individuales o elementos objetivos en los cuales se pronuncia el proceso ejecutivo reduciendo a la unidad en virtud del fin que el agente se propone realizar "la acción es un concepto finalista, teleológico de valor" -- distinguiendo a la voluntad de su contenido, en torno a la intervención de querer un resultado (correspondiente a la teoría de la culpabilidad) toda vez que no puede decirse que la acción sea culpable, el dolo y la culpa refieren al contenido de la voluntad y no atienden a la noción propia de la acción. Bettiol define a la acción como "un movimiento muscular violento y consiente dirigido a la realización de un fin"¹⁶ y que para esa consecución requiera de 3 momentos para caracterizar la acción: sean los elementos objetivos, subjetivo y el teleológico lo que plasma la acción como una unidad distinguiéndolo de ser un factor causal para acreditarlo como una concepción mecánica.

- 15.- Maggiore G. Principio Derecho Penal. pp. 322. -- Ed. Temis Bolonia 56.
16.- Bettiol G. pp. 296. Obra Citada.

La expresión de que no existe delito sin acción o de los llamados delitos de pura posición, refiriendo al delincuente no en cuanto a su actuar, sino a su condición de delincuente, la acción no falta, sino que simplemente se presume, y no así la peligrosidad del delincuente. "El hombre no puede delinquir en cuanto es, sino en cuanto actúa"¹⁷ si esta falta el delito no puede surgir, por eso, hablar de la posibilidad de delitos sin comportamiento es un contrasentido. Si el delito es por su naturaleza un ilícito este supone la violación de una obligación y tal violación solo es posible en medida de que el sujeto está en pugna con las exigencias del orden jurídico, lo que implicaría un requisito de ejecutar un comportamiento activo o negativo, pero no porque se presente un modo determinado. Primordialmente todo delito es acción, pues únicamente la acción humana puede tener consecuencias en el ámbito legal para la aplicación de una pena concluyendo de acuerdo al pensamiento de Porte Petit, que "el delito ante todo es una acción humana".

En sentido doctrinario la acción está integrada por tres elementos:

- a) La manifestación de la voluntad como movimiento corporal voluntario.
- b) Resultado o mutación en el mundo exterior, que algunos autores lo traducen en cuanto sea provocado por un movimiento corporal, situación que es discutible como lo veremos en el estudio posterior en base de la relación causal y concretamente en el análisis precedente al Capítulo III (análisis del delito de fraude en orden a la conducta y al resultado), razón por la que solo referiremos al resultado.
- c) Relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado.

Porte Petit estima sin embargo que los elementos de la acción son:

17.- Porte Petit. pp. 304. Obra Citada.

- a) La voluntad o querer: que constituye el elemento -- subjetivo de la acción, como un factor psíquico, o a una autodeterminación del sujeto para manifestar su voluntad en un obrar.
- b) La actividad o movimiento corporal: constituido como la ejecución de la acción traducida en el elemento objetivo, sin embargo por si sola no avoca los actos puramente internos del sujeto, sino a los hechos que se realizan en el mundo exterior, sin abarcar a la intención (que por si sola no es punible).
- c) Deber Jurídico de abstenerse, de no obrar:

La omisión como expresión del hecho delictivo, en principio fue tratado como un juicio mental respecto a la falta de -- cumplimiento de una acción obligatoria.

La norma puede constituir una prohibición que se configura como un comportamiento negativo. La orden de acción equivale a la prohibición de toda acción que no se concibe como una actividad ordenada; considerar a la omisión como un NON FACERE o la no-realización de un acto ordenado, no comprendería en todo su extensión a la omisión, por lo que implica un ALIUD FACERE es decir hacer otra cosa en lugar de la ordenada en el sentido de que la omisión también puede ser presentada como una acción que se ha ejecutado en el lugar y tiempo de la acción que debió haber cumplido.

El concepto de omisión según Grispligni adquiere significado solo encontrado con la exigencia moral como una realidad natural en cumplimiento de un determinado comportamiento, representando una exigencia normativa que impone al sujeto el deber de actuar; la omisión supone un comportamiento que se contrapone a la norma en consecuencia solo adquiere relevancia en contacto con una exigencia jurídica, relacionada con los propósitos persegui-

dos por la norma al imponer al sujeto la obligación de actuar. La omisión es fundamentalmente un juicio que constituye un hecho subjetivo, por tanto es inegablemente una realidad temporal y especial.

La omisión como una forma de la conducta puede presentarse de dos maneras:

- a) Como un delito propiamente de omisión (omisión simple o pura).
- b) Como un delito impropio de omisión (sea el delito de comisión por omisión, denominado resultado material por omisión).

La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa) violatorio de la norma preceptiva y productor de un resultado típico. Para el estudio de la omisión se requiere del análisis de sus elementos constitutivos:

- a) Voluntad o no voluntad (culpa). Consistente en querer la no realización de la acción esperada y exigida, es decir querer la inactividad como un elemento psicológico consistente en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería ser realizado.
- b) Inactividad o no hacer. Como una abstención consciente y voluntaria o involuntaria (culpa) que viole -- una norma imperativa o preceptiva, implicando que -- no se actúa de forma debida "no se hace lo que se -- debe hacer"¹⁸.

18.- Expresión expuesta por Quintano A. Ripollés las omisiones a modo de acciones negativas. Derecho Penal de la Culpa p. 72. Ed. Bosch. Barc. 58.

- c) Deber jurídico de obrar. Mezger plantea que el acto se entiende dentro de la antijuricidad, que conjuntamente al pensamiento de Graf "la antijuricidad en los delitos de pura omisión no ofrece variantes con respecto a los delitos de comisión"¹⁹ imponiendo el cumplimiento bajo la amenaza de una pena salvo que incurra en un fundamento que así lo justifique. A este respecto Von Liszt advierte que "sólo cuando un deber jurídico obliga a impedir el resultado puede equiparse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo"²⁰.

La Comisión por Omisión: cuyos efectos producen un resultado típico material por omisión o por un no hacer voluntario o involuntario, violatorio de una norma preceptiva o prohibida. - Sus elementos son:

- a) La voluntad o no voluntad
- b) La inactividad.
- c) Deber de obrar (una acción expresada y exigida; incluyendo el deber de abstenerse).
- d) Resultado típico y material.

En cuanto al deber de obrar y al de abstención simplificaremos en los términos siguientes: da lugar a una imposición o mandamiento (que puede trasponer a una prohibición). El deber puede emanar de un precepto jurídico, del ordenamiento legal, por tanto su incumplimiento implica una violación a la norma que aun sin constituir delito se puede considerar como el medio para realizar el hecho previsto. El delito de comisión por omisión puede cometerse, violando una norma preceptiva de carácter no penal, deri

19.- Porte Petit, Celestino pp 308 obra citada.
20.- Porte Petit, Celestino pp 308 obra citada.

vado del deber jurídico de actuar sea en virtud de un negocio jurídico y especialmente sobre la base de un contrato, presentándose dos hipótesis: cuando lesione intereses jurídicos de terceros o aumente el peligro en que se encontraban obligando al sujeto a tomar las medidas conducentes para evitar el infortunio o cuando el deber sea impuesto por la moral o convicción social.

El hecho como elemento del delito, de acuerdo al concepto expuesto por Cavallo, es el conjunto de elementos materiales del mismo, productores de la lesión o del peligro a un interés penalmente protegido, por su parte Bataglini lo sintetiza como el hecho material integrado por la acción y el resultado. En otro sentido puede constituir la descripción del tipo en resultado material y su relación de causalidad. Sus elementos son:

- a) Una conducta que consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa).
- b) Un resultado material canalizado en su aspecto naturalístico y en su aspecto jurídico.
- c) La relación de causalidad entre la conducta y el resultado (entendido como una mutación en el mundo exterior).

El resultado constituye la modificación del mundo exterior por la acción positiva o negativa del agente, cuyos efectos son de diversa naturaleza sea física, fisiológica, económica, descrita en el tipo en cuanto verifiquen una realidad física o humana (material) formalmente el resultado se entiende como el cambio en el mundo jurídico, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico protegido. En opinión de Porte Petit concluye que "todos los delitos tienen resultado (jurídico)"²¹. En relación a la clasificación de los delitos que establece de los delitos en orden -

al resultado y a los delitos de mera conducta, los primeros tienen un resultado jurídico material, y los segundos un resultado puramente jurídico, razón por la que Jiménez de Asúa asevera que no hay delito sin resultado. Sin embargo tal afirmación constituye una problemática en orden al encuadramiento del resultado conforme al papel que desempeña dentro de la llamada teoría del delito, pudiendo establecer diversas teorías respecto del resultado:

- a) Como elemento del delito o no
- b) Como elemento de la acción
- c) Como consecuencia de la conducta
- d) Como elemento del hecho.

En opinión de Porte Petit "El resultado material es -- una consecuencia de la conducta, elemento constitutivo del hecho y elemento objetivo del delito"²².

En consideración de Welzel, la llamada acción finalista es el acto por el que se manifiesta la voluntad dirigida a un fin y a una meta. Surge como un suceso finalista y no causal, cuya finalidad "tiene su fundamento en el hecho de que el hombre -- puede prever hasta cierto punto, en virtud de su conocimiento causal, gobernando los distintos actos de su actividad en forma tal de conducir hacia la meta el suceso externo causal y dirigirlo -- así en forma final"²³.

Los delitos se dividen a propósito de las modalidades de su manifestación: a) de acción, b) omisión, c) comisión por omisión; sean de comportamiento activo o negativo, que es el presupuesto lógico necesario para constituir la noción de delito.

La omisión que no tan sólo refiere a la falta de cum--

22.- Porte Petit Celestino pp. 330. Obra Citada.

23.- Edmundo Mezger pp. 91 Tratado de Derecho Penal

plimiento de una acción obligatoria, sino puede consistir en una prohibición o en una orden: la violación de la prohibición sólo es posible a través de un comportamiento activo, mientras que la violación a una orden sólo lo es mediante un comportamiento negativo. Para poder esclarecer el carácter normativo de la omisión es preciso distinguir dos categorías de los delitos omisivos: -- Los omisivos verdaderos propios y Los omisivos espúrios.

Omisiones verdaderos y propios: Se reducen a una omisión sin que sea necesario hallar un evento que derive de ella.

Omisiones espúrios.- El evento es consecuencia de la omisión.

El carácter físico de la omisión ha sido tratado de explicar a través de dos teorías, que ponen de manifiesto la violencia a la realidad como un proceso interno del agente de contener el mecanismo nervioso que lo impulse a la realización de la acción sin embargo este esfuerzo de contención no aparece en todas las omisiones, toda vez que no abarca a aquellas omisiones inconscientes o culposas, por tal virtud esta primera teoría que sólo refiere a los actos volitivos del sujeto en cuanto son exteriorizados no abarca la explicación de la característica física de la omisión.- La segunda teoría apoyada por Massari y Delitala, señala que la omisión equivale a la prohibición de toda acción que no se concibe con la actividad ordenada. "considerando a la omisión no como un simple Non Facere, sino como un no realizar el acto ordenado"²⁴ razón por la que Crispigni apegado a la realidad natural expresa que un comportamiento adquiere la calidad de omisión respecto de una exigencia de una norma impositiva (deber actuar); en consecuencia la omisión penal sólo adquiere valor jurídico en relación con el propósito perseguido por la norma al imponer al sujeto una obligación de actuar.

La Comisión.- Cuando el autor hace algo que no debe hacer puede incurrir:

- a) En un simple hacer.- Llamado delito de simple actividad con el cual la sola conducta corporal del sujeto realiza el tipo penal sin requerir de un resultado externo.
- b) En un hacer que produce un resultado.- Llamado delito de resultado, con el cual el tipo jurídico penal exige para su consumación además de la conducta del autor un resultado externo.

La omisión simple.- Cuando el autor no hace algo que debe hacer, infringe una norma preceptiva que se puede esquematizar como:

- a) Simple omisión u omisión propia.- El sujeto no actúa quedando solo lesionada la norma preceptiva.
- b) Omisión que produce el resultado u omisión impropia: La circunstancia de un no actuar debe producir un resultado, quedando infringida una norma prohibitiva y una preceptiva.

La comisión abarca: Un acto de voluntad como proceso psíquico interno expresado en un movimiento corporal externo, existiendo una relación de causalidad consistente entre el movimiento anímico y el movimiento corporal, distinguiendo de los movimientos reflejos que van condicionada a una transformación inconciente del estímulo en un movimiento; el actuar impulsivo constituye un suceso psíquico que elude la personalidad total pero no la conciencia. Los movimientos realizados -- bajo el influjo de una fuerza irresistible (vis absoluta) son movimientos corporales en los que el sujeto actúa como instrumento sin voluntad como consecuencia de la fuerza exterior ejercitada sobre ella, el agente se encuentra forzado en el actuar o expresión de su voluntad; en la vis compul---

siva la fuerza no obliga al coaccionado directamente, sino que lo determina actuando sobre su voluntad a realizar una conducta determinada.

EL NEXO CAUSAL:

Todo delito implica un resultado como conducta que es, facticamente manifestada y valorada por la norma; filosóficamente puede decirse resultado del desvalor creado y reconocido como tal, productor del daño objetivo en las cosas y subjetivo en las personas.

La punibilidad del hecho presupone la causalidad del acto de voluntad sea del movimiento corporal y del resultado posterior, lo que a su vez presupone que "no se puede suprimir un suceso determinado sin que con ello desaparezca también el efecto del mismo en forma concreta"²⁵ conducentemente el efecto en su forma concreta es "causa" y por lo tanto, causal con respecto a un "efecto" sin considerar al resultado en su forma abstracta; -- por consiguiente es "causal" todo suceso que no se puede suprimir sin que con ello desaparezca también el resultado. Sobre este punto existe diversas opiniones a tratar:

- 1).- La llamada teoría de la equivalencia que quiere aceptar sin modificaciones el concepto causal y considerarlo como fundamento de la responsabilidad jurídica penal. Estando todo evento determinado por cierto número de antecedentes causales, la causa no puede sino proporcionarla el conjunto de todas las condiciones que han contribuido a la producción del evento: La causa es el conjunto de todas las condiciones necesarias y suficientes para producir el evento, señalando la posibilidad de sobreponerse a todos los factores y de coordi-

25.- Confrontese Mezger Edmundo. pp 109 obra citada.

narlos en pos de un fin determinado.

II).- La llamada teoría de la adecuación, que limita al criterio causal en materia jurídico penal, justificada en cuanto al resultado; cree poder distinguir a la causa de la condición y de la ocasión, considerando causa a la acción humana cuando el actuar ha desarrollado una cantidad mayor de condiciones a la de otros efectos causales, especificando a la causa como lo que se produce, la condición lo que favorece y la ocasión lo que en determinado momento afecta el último obstáculo al actuar de la causa. El problema de la causalidad no es para la acción humana un problema de cantidad sino de calidad considerando sólo al antecedente que es normalmente adecuado para producirlo.

III).- La llamada teoría de la relevancia: el concepto causal es aceptado como fundamento de la responsabilidad jurídico penal y de sus otras consecuencias. Los resultados excepcionales del actor no pueden imputarse al agente, la acción humana tiene importancia causal en la medida de quien ha tenido presente todas las circunstancias concretas del obrar, determinando de una manera normal al evento. La relación causal existe sea que las condiciones preexistentes, concomitantes o subsiguientes dependen o no de la acción culpable, tratando de una derivación directa de la acción orientada al evento o sean independientes a ser calculadas por el agente.

La causalidad en los delitos cometidos mediante omisión se explica sólo en el terreno normativo, toda vez que no se puede admitir plenamente la violación a una obligación y la situación concreta de quien actúa, su falta de obrar debe considerarse necesariamente antijurídica, por lo que está sujeta a ser analizada por los criterios imperantes a la antijuricidad.

"Ferrer Samma expone que la esencia de la causación -- adecuada a diferencia de la teoría de la condición, consiste en - estimar como causa no toda condición del resultado, sino todo --- aquello que generalmente es apropiado para producir tal resultado". En consideración de Porte Petit "la relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta (resultado)"²⁶. Para los delitos - de comisión se da por cometido un delito de acuerdo al tiempo y - lugar de la actividad del agente y para los delitos de omisión se sustenta al tiempo y lugar en donde se exterioriza la conducta y - se produce el resultado.

"La relación causal debe hallarse por tanto en 'la omisión' misma, lo que significa que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción) o sea que la acción esperada sea además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se - produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y - el resultado acaecido"²⁷.

El Código Penal vigente establece la causalidad en su artículo 303 Fracciones I, II y III, así como el artículo 304 y - 305 del mismo ordenamiento.

Artículo 303 Fracción I. Establece la aplicación de -- las sanciones que corresponden al infringirse una lesión mortal, - cuando se deba a las alteraciones causadas por la lesión en los - órganos interesados.- Cuando se deba a una de sus consecuencias - inmediatas; o cuando la muerte se deba a alguna complicación de-- terminada por la lesión por ser incurable

La Fracción II establece que la muerte del ofendido -

26.- Carranra y Rivas pp 290 Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa Méx. 1986.

27.- Porte Petit pp 841 obra citada.

se verifique dentro de sesenta días contados desde que fue lesionado.

La Fracción III cuando el dictamen del peritaje sobre la autopsia determine que la lesión fue mortal.

El artículo 304 preceptúa que se tendrá como mortal -- una lesión cuando las circunstancias especiales del ofendido, en su condición física sean producto de la muerte.

El artículo 305 no considera mortal una lesión cuando halla influido una causa posterior o anterior...

1.1.- CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Atendiendo a la actividad o inactividad independiente del resultado material:

- I) ACCION
- II) OMISION
- III) OMISION MEDIANTE ACCION
- IV) MIXTO DE ACCION Y OMISION
- V) DELITO SIN CONDUCTA, DE POSICION O COMPORTAMIENTO
- VI) OMISION DE RESULTADO
- VII) DOBLEMENTE OMISIVOS
- VIII) UNISUBSISTENTE Y PLURISUBSISTENTE
- IX) HABITUAL.

La acción y la omisión fueron analizadas en el estudio precedente a la conducta.

La omisión mediante acción en cuanto implique no hacer lo que se debe, al realizar hechos positivos contrarios a los pre escritos por la norma jurídico penal, sin embargo esto resulta -- una contradicción toda vez que no se puede hacer, no haciendo.

Los delitos mixtos o de hecho complejo son delitos en que la conducta críminosa esté constituida en acción positiva y de omisión en virtud de que la figura legal requiere como elemento constitutivo más conductas consistentes en una omisión y una acción.

Los delitos de suposición o sospecha de acuerdo al pensamiento de Manzinni no son comisivos ni omisivos, en cuanto no consisten en un hecho ni positivo ni negativo, sino simplemente en un estado individual que no constituye infracción de ningún mandato, sino solamente despierta sospecha.

Omisión de Resultado. De acuerdo al criterio de Gris--pigni la conducta omisiva da lugar a tres formas de delitos, las de mera conducta omisiva, los de omisión de resultado y los delitos comisivos por omisión, siendo los omisivos de resultado aquellos en que además de ordenar una acción, se ordene un resultado, es decir el mandato establece que deba darse una modificación sin resultado material.

Delitos Doblemente Omisivos. Para Ranferi el sujeto -- viola un mandato de acción y de comisión, no haciendo lo que debe hacer; en cuanto este sujeto a un doble deber de obrar sea una acción esperada y exigida o por un resultado material esperado y -- exigido por lo que no se produce el resultado que está obligado a realizar.

Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes. En cuanto la consumación esté sujeta a uno o varios actos. Para Sebastian - Soler el delito plurisubsistente es la fusión de hechos y el complejo es la fusión de las figuras delictivas.

Delito Habitual.- existe cuando el elemento material -- está formado de acciones repetidas de la misma especie las cuales no constituyen delito por sí mismo.

1.2.- CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL RESULTADO.

I) DELITO INSTANTANEO.

- a) Con efectos permanentes ó delito permanente impropio.

II) DELITO PERMANENTE.

- a) Necesariamente.
- b) Eventualmente.
- c) Alternativamente.

III) DELITO DE SIMPLE CONDUCTA FORMAL O DE RESULTADO MATERIAL.

IV) DELITO DE DARO Y DE PELIGRO.

El delito instantáneo se funda en la consumación y se basa en la naturaleza del bien jurídico lesionado. Por lo que se define cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos.

Para la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, son delitos instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos, sin poder prolongarse

El delito instantáneo con efectos permanentes se entiende aquel que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos. (consecuencias nocivas).

Delito Permanente.- Jiménez de Asúa asienta que el delito continuo o sucesivo implica una persistencia en el resultado, la consumación es duradera. Beling advierte que estos delitos se manifiestan prolongándose a través de un espacio de tiempo durade

ro hasta que intervenga alguna causa y que lo haga cesar, tal como lo anota Maggiore.

Delito necesariamente permanente aquel que requiere para su existencia un resultado antijurídico permanente. Para Petrocelli son aquellos en los cuales la permanencia es indispensable para la existencia del delito.

Delito eventualmente y alternativamente permanentes -- son aquellos que siendo instantáneos pueden en ocasiones prolongarse la duración indefinidamente en algunas circunstancias.

Delito de simple conducta formales o de resultado material, en atención al concepto tenído del resultado, sea una mutación física en el mundo exterior o en el orden jurídico. Las formales se consuman con la realización de la conducta, y las materiales al producirse un cambio en el mundo exterior.

La corriente finalista clasifica a los delitos en orden a la conducta, de acuerdo al dolo existente en las mismas.

- 1.- Acción con dolo directo o indirecto.
- 2.- Acción con dolo eventual o indeterminado.
- 3.- Acción con culpa en representación o sin culpa.
- 4.- Acción con dolo intencional.
- 5.- Omisión con dolo eventual o indeterminado.
- 6.- Omisión con o sin culpa en representación.
- 7.- Omisión intencional.
- 8.- Omisión con dolo directo o indirecto.
- 9.- Comisión por omisión con dolo indirecto o directo.
- 10.- Comisión por omisión con dolo eventual o determinado.
- 11.- Comisión por omisión culpa o sin culpa en representación.
- 12.- Comisión por omisión con dolo intencional.

1.3.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

El primer aspecto negativo del delito abarca la ausencia del hecho y por ello del delito, y surge al faltar cualquiera de los elementos que la componen, como son: La conducta que entraña la actividad o inactividad no voluntaria; la inexistencia del resultado en los delitos materiales; y la falta o incomprobación de la relación de causalidad.

La conducta, consiste en el comportamiento humano derivado de una actividad o inactividad voluntaria que se especifica como la voluntad de ejercitar la acción o de no verificar la acción esperada (reducida en una abstención o en un no hacer). Pavón Vasconcelos sintetiza, que la ausencia de conducta enmarca la imposibilidad de la integración del delito "Cuando la acción u omisión son involuntarias o cuando el movimiento corporal o la inactividad no puede atribuirse al sujeto por faltar en ellos la voluntad"²⁸.

Los casos de ausencia de conducta se establecen en dos hipótesis:

I) La Vis Absoluta.- que de acuerdo al criterio de Jiménez de Asúa absorbe diversas categorías:

a) El sueño o sonambulismo que no incluye a la embriaguez del sueño ni al estado crepuscular hipnótico.

b) La sugestión, hipnósis y narcósis.

c) La fuerza irresistible (propiamente).

II) La Vis Maior.- proveniente de:

28.- Pavón Vasconcelos obra citada 254.-interpretación de su sentir, al establecer que toda ausencia de conducta presupone un resultado y una relación causal.

a) Una fuerza sub-humana

b) Un fenómeno natural

La Vis Absoluta.- producida por una fuerza física e -- irresistible y humana que obliga al sujeto a la realización de un hacer o un no hacer involuntarios "La fuerza irresistible supone una ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de la manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión" -- sino que el sujeto se convierte en el medio, artifice o instrumento por el cual se expresa una voluntad ajena, y a la cual el sujeto sometido no ha podido oponersele.

El precepto legal que enmarca a la vis absoluta queda anotado en el artículo 15 fracción I del Código Penal vigente, -- que la señala como una causa excluyente de responsabilidad en -- cuanto expresa "obrar el acusado impulsado por una fuerza exterior e irresistible"²⁹ por lo que el sujeto actúa impulsado y queda en manifiesto que un acto no es propio de su voluntad.

Sus elementos:

- a).- Una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria.
- b).- Motivada por una fuerza física exterior e irresistible.
- c).- Proveniente de otro hombre quien es el causante o sujeto impulsor; ejecutando una acción sobre el sujeto medio quien obra como instrumento por no haber resistido al impulso.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto "de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse

29.- Pavon Vasconcelos pp 255 obra citada.

que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella³⁰. "Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediablemente, lo que no ha podido ejecutar"³¹. Consistentemente en cuanto al sujeto que sufre la fuerza física e irresistible no la puede dominar y es vencido por ella, quitándole con ello la voluntad en la ejecución de los hechos.

II) La Vis Mayor, producida por la actuación sobre el cuerpo del sujeto de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible y que se origina en los fenómenos naturales o seres irracionales; procediendo la fuerza impulsiva de una energía sobrehumana o natural. La involuntariedad de actuar al impulso de la fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta por ello la vis mayor es inaludible al sujeto por ausencia de voluntad, siendo imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico. López Gayo advierte -- "La fuerza mayor es una energía no humana, física e irresistible padecida por un sujeto que se ve orillado en la producción de un hecho cuyo resultado no es posible atribuir al sujeto, por ser patente la ausencia de su conducta"³².

Los movimientos reflejos.- Son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que se genera un estímulo fisiológico de carácter corporal, en el cual no interviene la conciencia, sino que el impulso pasa de un centro sensorio a un motor, el cual produce el movimiento, por lo que existen movimientos corporales --

- 30.- Seminario Judicial de la Federación T.XCIII p.2018
H.S.C.J.N.
31.- Seminario Judicial de la Federación 84p. 175 ----
H.S.C.J.N.
32.- Pavón Vasconcelos pp.258 Obra Citada.

pero no así la voluntad necesaria para integrar la conducta, sin embargo sí puede mediar la culpabilidad por parte del sujeto, por no haber previsto el resultado.

Los movimientos fisiológicos.- Antolisei los coloca -- junto a los actos no espontáneos, motivados por la violencia física externa y verificados en los músculos en los que no pueda manifestarse el esfuerzo consciente, normalmente estos actos no producen consecuencia externa que se refleje en el ámbito del Derecho Penal.

El sueño.- Es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consistente durante su éxtasis, se pueden originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos, en tanto no sea previsible y evitable, representando una posibilidad de su no aparición, en caso contrario se estaría frente a una acción liberada in causa en la cual es responsable el durmiente por haber buscado el sueño intencionalmente o se aprovecha del mismo para realizar una conducta tipificada por la ley penal de acuerdo al artículo 15 fracción II y al artículo 7º del Código Penal, según se considere el sueño como causa inimputable o como ausencia de conducta. En principio el sueño destruye la responsabilidad criminal, en atención a que el sujeto no decide libre y espontáneamente, sino que es un sujeto o un instrumento de sus propios sueños. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado "si el reo configuró con su conducta una acción liberada in causa, ello de manera alguna le releva de culpabilidad, ya que realizó aquellas omisiones con las que establece la causa decisiva, en el momento en que le es imputable".

El Sonambulismo.- El sujeto deambula dormido, produciendo movimientos corporales inconscientes e involuntarios, sus actos son automáticos, manuales y no están dirigidos por una voluntad racional. Para Jiménez de Asúa "es una enfermedad nerviosa, o una manifestación parcial de otras neuropatías (como el histerismo) o la epilepsia"³³. El sonambulismo pasa por un estado de

sueño ordinario y por una situación confusional soñolienta de acción prolongada y es en razón de que el sueño siempre es una ilusión, por lo que se pronuncia como un acto involuntario el Código Penal en su artículo 15 fracción II lo considera como un trastorno mental transitorio, en virtud de que la ausencia de voluntad de los movimientos corporales impiden el nacimiento de una conducta.

El Hipnotismo.- Consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial, pudiendo ir desde un estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico pasando por diversas fases en las cuales se acentúa identificándose por la ausencia del dolor y la manifestación del olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico, en razón de que el sujeto obra en mandato del hipnotizador o por sugestión post-hipnótica.

El hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o cuando menos de su disminución a través de la sugestión, lo que establece una correspondencia psicológica entre el paciente y el hipnotizador en contravención se establece que el hipnotismo constituye una causa de imputabilidad porque el sujeto se encuentra privado temporalmente de la razón (aludido a su capacidad de discernir), quedando condicionada la responsabilidad del sujeto en cuanto el efecto hipnótico sea realizado con su consentimiento para llevar a cabo actos (tipificados por la ley penal) con fines delictuosos, siendo responsable de un delito culposo, con culpa con representación o sin ella.

2.- LA TIPICIDAD.

El tipo es el elemento primario de la norma que contiene la descripción legal hecha por el legislador de la conducta como de los elementos constitutivos del hecho, y que en un término y lugar determinado son considerados como delito. Precizando el carácter específico que reviste al delito es el modo y forma de fundamentación técnica y política del derecho; determinando a la antijuricidad en un esquema inequívoco: "El injusto descrito con-

cretamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada a la sanción penal"³⁴ describe al tipo como una conducta injusta que se declara punible.

El tipo es todo ordenamiento jurídico sustancial, preceptivo y sancionatorio, sintetizando Guarneri que "La antijuricidad penal se funda sobre el requisito de la tipicidad"³⁵. Jiménez de Asúa apunta que al irse independizando el tipo delictivo del concepto, se presenta el delito como la suma de todos los caracteres o elementos en su contenido; para Antolisei estaba constituida "no solamente por el conjunto de elementos materiales que se encuentran indicados en las diversas normas incriminadoras, sino por un complejo de elementos tanto objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de un determinado delito"³⁶. En su obra Bebing atribuye al tipo "La suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito, e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos"³⁷. Maurach lo clasifica comunmente como una acción antijurídica, culpable y sancionable con una pena, por su tendencia penal, atributo de donde debiene la forma fundamental del delito; el tipo penal describe los elementos materiales necesarios que caracterizan a la especie del delito, la idea de Bebing es precisar al tipo de la especie delictiva como un todo compuesto por una pluralidad de elementos ya sean de naturaleza objetiva o externa que caracterizan a la antijuricidad y a otros de naturaleza subjetiva que configuran a la culpabilidad, necesariamente la adecuación de la conducta al tipo, por lo que no es a la especie delictiva, sino a una figura delictiva que rige a toda la especie. Bettiol hace constar que la importancia del tipo penal no consiste básicamente en la interpretación al principio Nullum Crimen Sine Lege, porque un hecho que no se adecua perfectamente a un tipo delictivo, no puede ser susceptible de valoración penal, sino que muestra las bases jurídico penal y sustancial sobre las que descansa el delito, invocando la antijuricidad y a los llama-

- 34.- Mariano Jiménez Huerta. La Tipicidad p.14 Ed. Porrúa Méx. 55.
35.- Mariano Jiménez Huerta p. 21 Obra Citada.
36.- Mariano Jiménez Huerta p. 23 Obra Citada.
37.- Mariano Jiménez Huerta p. 24 Obra Citada.

dos elementos típicos subjetivos, es decir a la especial intención o finalidad ilícita de la conducta; la adecuación del tipo supone la conducta del hombre ajustada al tipo.

2.1.- ELEMENTOS DEL TIPO.

El tipo como un injusto recogido y descrito en la ley penal, requiere para su integración de:

- A) La concreción de la conducta antijurídica.- manifiesta a través del sujeto activo.
- B) La razón esencial del tipo.- de evitar con la amenaza de la pena que el hombre realice conductas externas lesivas al bien jurídico ajeno, resultando obvio la existencia de: Un sujeto activo, una conducta externa y un bien jurídico tutelado.

El sujeto activo es aquel que realiza una conducta u omite su resultado cuando una ley preceptiva o prohibitiva así lo establece; entendiéndose que no es el autor quien ha cooperado a la causación de un resultado lesivo, sino sólo aquel que ejecuta la conducta descrita en el tipo, la calidad personal del sujeto se objetiviza en la conducta antijurídica, tipificada y la calidad subjetiva se proyecta sobre el hecho constitutivo del delito reflejado en el bien o interés jurídico tutelado, representado por la valoración hecha por la norma de la posición en que el sujeto se encuentra respecto del bien tutelado.

La Conducta Externa.- Describe un comportamiento que se expresa en un resultado material y tangible como una referencia a su valoración. El comportamiento injusto que caracteriza el tipo es puntualizado más veces mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada, otras engloba a la valoración normativa de la conducta, emergiendo del ánimo del autor; en virtud de describir un estado o proceso de naturaleza ex-

.....

terna susceptible de ser determinado y preceptible por los sentidos objetivos figurados en la ley. La conducta aparece descrita a veces de modo transitivo habida cuenta de considerar jurídicamente al objeto de la conducta o de la acción o limitándose a describir simplemente la conducta del sujeto activo, sin hacer referencia alguna a la persona o cosa sobre la cual recae la conducta -- que puede presentarse como el objeto material de la acción.

Los Elementos Normativos.- Frente a estos dice Grispi ni "El Juez debe desenvolver una actividad comprobatoria y valoratoria, la cual debe realizar subjetivamente según la conciencia de la comunidad"³⁸. Los conceptos jurídicos son materia de reglamentación o de naturaleza normativa, toda vez que el legislador al tipificar utiliza toda clase de elementos: El comportamiento corporal, la situación vital de la cual proviene y el estado de cosas que el mismo ha creado. Beiling establece que los elementos del tipo son puramente descriptivos, "La pureza descriptiva del tipo aparece -- desvirtuada si se tiene en cuenta que el tipo ya contenía la valoración jurídica calificante de lo antijurídico"³⁹ frente a esta posición surge la de Mezger quien considera como elemento normativo del tipo todo aquel que para su determinado requiere una valoración previa, "En los elementos típicos normativos se trata de presupuestos del injusto típico que sólo puede ser determinado mediante una especial valoración de la situación del hecho"⁴⁰. Concluyendo Jiménez Huerta que los elementos típicos encarnan de un valor en que -- "los elementos normativos que contienen los tipos penales, son --- aquéllos, que por estar cargados de un desvalor jurídico especifican la antijuricidad de la conducta" y cuyo fundamento esta regulado en la legislación penal vigente que los clasifica como actos o hechos de naturaleza: indebida, sin causa legítima, sin motivo justificado, sin causa justificada, sin causa justa, acto arbitrario, sin derecho, vejación injusta, sin permiso de la autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permite.

- 38.- Mariano Jiménez Huerta p. 74 obra citada.
39.- Mariano Jiménez Huerta p. 74 obra citada.
40.- Mariano Jiménez Huerta p. 75 obra citada.

Elementos Subjetivos.- Una vez que se ha concluido que el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador al analizar las conductas penadas se basa en una determinada finalidad o sentido que el autor imprime a su conducta a modo específico de ser (psicosis de su conducta) para dejar constancia que la conducta típica es solamente aquella prevista de una finalidad o estado, los imperativos de una técnica legislativa proporciona la tendencia interna trascendente o al estado de conciencia del autor. Carnellutti opina en su teoría general del delito "que un determinado interés activo que determina el fenómeno jurídico penal, un daño no sería delito. En todo caso hay que reconocer que la existencia del delito depende de la naturaleza del interés activo, pues la ley penal, le atribuye una relevancia constitutiva"⁴¹. En todo caso el elemento subjetivo radica en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de casos o en el deseo, ánimo o intención que el agente conecta a su conducta.

La Objetividad Jurídica Tutelada.- El tipo delictivo emana del interés o valor de la vida social que específicamente es protegido y cuyo objeto es titular ese bien que expresa para ello una pena.

Partiendo de la connotación de que el delito es la lesión de un bien jurídico penalmente tutelado trasciende a la unidad delictiva a través del concepto de antijuricidad tipificada.- En los caracteres que integran al delito aparece el bien jurídico tutelado como un componente latente para la integración del tipo, virtualmente solo conociendo exactamente al bien jurídico tutelado destinado a una norma penal se podrá comprender el significado y alcance de esa norma.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación expone -- que "el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia -

41.- Carnellutti Francesco Tratado del Falso p. 110.
Ed. Padova. CEDHM Ita. 1935.

se liga una consecuencia jurídica que es una pena⁴². Bien sabido es que 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 sanción penal, de donde se sigue que una acción por el simple hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues solo hay ausencia de algunos de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a -- configurarse⁴³ advirtiendo con ello la atipicidad.

EL TIPO PENAL.

Es el precepto primario de la norma que contiene la -- descripción legal, hecha por el legislador tanto de la conducta -- como de los elementos constitutivos del hecho, que en un tiempo y en un lugar determinado son considerados como delito.

El tipo penal se encuentra integrado por una serie de elementos ya sean generales o esenciales y especiales o accidentales, los generales son aquellos que invariablemente se encuentran en toda descripción legal, y la falta de uno de ellos produciría la existencia del tipo penal, los especiales son aquellos que incluye el legislador a efecto de restringir el ámbito de aplicación de la norma y que también son considerados para atenuar o -- agravar la sanción; como elementos generales tendremos a los sujetos (activo y pasivo), al bien jurídico, el objeto material, a la conducta y al resultado, como elementos especiales se encuentran los medios de comisión, de referencia temporal y especial, el elemento subjetivo a dolo específico, el elemento normativo o antijurídica específica, la calidad de los sujetos y objeto material y la cantidad de los mismos.

El sujeto activo es la persona física que realiza la -- conducta a través de la cual se lesiona al bien jurídico protegido. Interviniendo en la realización del delito como autor.

42.- Seminario Judicial de la Federación CXIX. p.2887. Segunda parte 6a. Epoca.

43.- En seguimiento a la misma interpretación de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en otra de sus ejecutorias los establece CXVI. p. 2893.

El sujeto pasivo es la persona física o moral titular del bien jurídico y quien reciente la conducta del activo. Bettiol considera que "en todo delito existen dos sujetos: uno constante, esto es, el Estado-Administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se torna especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento a el derecho habiente, de la querrela, y de la acción civil que pueda hacerse valer en el curso del procedimiento penal"⁴⁴.

El bien jurídico protegido o tutelado es el interés social y jurídico que se pretende proteger a través de la norma y mediante la amenaza de la sanción.

El objeto material es el ente corporeo que ocupa un lugar en el tiempo y en el espacio y sobre el cual recae la conducta del sujeto activo.

La conducta como descripción típica consiste en el comportamiento prohibido o el ordenado por el legislador, el cual puede realizarse a través de movimientos corporeos o por la abstención de ellos.

El resultado consiste en la mutación del mundo exterior físico o jurídico que se produce como consecuencia lógica del comportamiento del sujeto activo.

Los elementos esenciales de la comisión, son los medios, formas, modos o maneras de como debe realizarse la conducta y que se describe de manera específica el tipo penal. Por ello, Jiménez de Asúa, expresa, que "podemos decir que, en principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los

44.- Bettiol Giuseppe Derecho Penal, Parte General. -- p. 600.

medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal"45.

Las referencias temporales.- Son las condiciones de tiempo dentro de las cuales o durante las cuales debe realizarse la conducta del sujeto activo para integrar al delito, y de no concurrir no se dará la tipicidad.

Las referencias espaciales.- Son los requisitos de lugar en donde debe realizarse la conducta por parte del sujeto activo. Mezger, a este respecto anota "Esto quiere decir, que la ley fija exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no recae bajo el tipo"46.

Las referencias de ocasión son aquellas circunstancias de oportunidad que debe aprovechar el sujeto activo para realizar la conducta y colocarse en el supuesto típico.

El elemento subjetivo o dolo específico consiste en la marcada intencionalidad que debe tener el sujeto para realizar la conducta o producir el resultado, o bien el conocimiento que debe tener el sujeto activo de algunas circunstancias que rodean al hecho.

Las exigencias en cuanto a los medios, originando los llamados delitos con medios determinados o limitados, por lo que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente, por lo que se produce el delito no por el resultado propiamente, sino por haberse consumado en la forma que la ley expresamente lo determina.

El elemento normativo o antijuricidad específica.- -- consiste en la valoración que debe hacerse con respecto de la --

45.- Porte Petit obra cit. p. 432.
46.- Porte Petit obra cit. p. 434.

conducta como contraria a derecho o bien el cumplimiento de algunos requisitos de carácter jurídico. La valoración podrá ser jurídica o cultural.

La calidad de los sujetos y del objeto son las características de orden cualitativo que deben satisfacerse para poder constituir al delito.

La cantidad de los sujetos.- Son los requisitos cuantitativos o de orden numérico que deben satisfacer, el sujeto activo, pasivo o el objeto material para constituirse en tales y además para poder configurar la descripción legal.

La tipicidad es la adecuación de la conducta penal al tipo o el encuadramiento de la conducta a la descripción legal.- Surgiendo cuando se concretizan todos y cada uno de los elementos exigidos o descritos en el tipo en particular. Castellanos Tena puntualiza "la tipicidad es la adecuación de una conducta con la descripción legal formulada en abstracto"⁴⁷. Para Jiménez de Asúa, "la tipicidad desempeña una función predominantemente -- descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las --- características del delito y se relaciona con la antijuricidad -- por concretarlas en el ámbito penal, la tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secuela- del principio legalista, garantía de la libertad"⁴⁸. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido "para que una conducta sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma- en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en -- la total consumación exterior del acto injusto, como causa de -- justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del re-

47.- Castellanos Tena Fernando Lineamientos Elementales de Derecho Penal p. 165 Ed. Porrúa 16° Edición Méx. 1981.

48.- Luis Jiménez de Asúa La Ley Y el Delito p.332 - Ed. Bello Caracas 1966.

sultado lesivo, enmarque dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose del homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuricidad del acto inculminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos; La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal⁴⁹. Es preciso advertir que la tipicidad como presupuesto del tipo define en forma general un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa, "El encuadramiento o la subsumión del hecho en la figura legal" de acuerdo a Soler, de tal forma que presupone al hecho tipificado como la adecuación típica, sin embargo no debe confundirse al tipo con la tipicidad, el tipo es el antecedente o presupuesto necesario del delito, en tanto que la tipicidad es un elemento constitutivo; el tipo es una creación legislativa, como descripción realizada por el Estado de una conducta en los preceptos penales y la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Las figuras típicas.

Típico es todo aquello que incluye en si la representación de otra cosa y a su vez la esquematiza.

El cuerpo del delito es la acción punible, es decir el hecho objetivo presentado como "la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción"⁵⁰ los cuales permiten establecer la esencia propia de un delito e integrar el núcleo del concepto. La actuación de la conducta al tipo,

49.- Seminario Judicial de la Federación CXVIII p.731. XXXIII p.183 6a. Época.

50.- Jiménez Huerta Mariano p.24 DERECHO PENAL Editorial Porrúa Méx. 1984.

no lo es a la especie delictiva, sino a la figura rectora o dominante "Es indudable —dice Rodríguez Muñoz— que el carácter delictivo de una conducta solo puede afinarse a condición de que el tipo de culpabilidad sea congruente con el tipo objetivo del injusto, y no es menos indudable que los diferentes tipos de delito que el Código contiene han sido concedidos por el legislador como tipos del injusto y de la culpabilidad congruente"⁵¹. "El concepto del tipo penal nos ministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descanza el delito, en primer término concretiza a los fines penales, la antijuricidad, concreción y dinámicamente realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley y estáticamente queda plasmado en ella como prevención general y garantía para los ciudadanos y como norte y guía del Juez"⁵². El tipo penal funciona como descripción que concretiza lo injusto, razón por la que se sujeta a una sanción. Rivera Silva apunta claramente que el cuerpo del delito no se define solo como una modificación del mundo exterior, sino que exige la presencia de elementos morales para que se produzca un cambio jurídico.

Las formas de integración fácticas se traducen en dos:

a) mediante un simple comportamiento en término; b) mediante la acción de un comportamiento externo y un resultado material; distinguiéndose así los delitos formales (aquellos en que por su propia índole es indispensable la conducta) y materiales (aquellos en que el resultado puede coincidir con la conducta al realizarse en un preciso instante o en un momento posterior). Penalistas como Sabatini, Pannain y Hippel siembran sus bases al considerar al delito de mera acción o formal sólo al que requiere en su esencia un resultado meramente jurídico inherente a la acción u omisión del culpable, en tanto que el delito de resultado material exige un resultado concreto como consecuencia de la acción u omisión. Por su parte Crispigni y Ranieri juzgan como delitos materiales aquellos para cuya consumación es indispensable que se haya realizado la intención del agente dirigida a produ-

51.- Jiménez Huerta Mariano p.27 obra citada.
52.- Jiménez Huerta Mariano p.28 obra citada.

cir un daño o peligro y formales aquellos para cuya consumación es indispensable que se haya realizado la intención del sujeto activo.

Podemos hablar del concurso aparente de tipos cuando la conducta antijurídica que es objeto de incriminación se presenta a primera vista como subsumible de dos o más tipos penales que se excluyen recíprocamente, pues su simultánea aplicación involucraría los principios lógicos y valorativos que norman el sistema y la interpretación del orden penalístico. Este aparente concurso de tipos depende de las relaciones lógicas y valorativas implícitamente existentes entre los diversos tipos penales, manifestadas en el sistema de la norma y en dinámica típica que crea el desarrollo y progresión de las conductas penalmente relevantes. "En la especialidad —dice Lent— los tipos están en una relación lógica determinable del concepto principal y concepto subordinado, en tanto que la consumación está confrontada sin ligamentos de subordinación, hasta que exista entre ella una principal cobertura"⁵³. Por ello se aplicará la regla que cuando un delito pueda ser contemplado bajo dos o más aspectos y bajo cuando cada uno de ellos merezca sanción diversa, se impondrá la mayor, en virtud de no desarticular o desorganizar la esencia propia del sistema penal.

2.2.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

Gira en torno a su composición (normales y anormales); a su ordenación metodológica (fundamentales o básicas, especiales y complementadas); en función de su autonomía; y en función a su alcance y dirección de la tutela penal o calidad del sujeto activo: El sujeto activo puede ser cualquiera estaremos frente a un delito común o indiferente, pero en ocasiones exige determinada categoría en el sujeto activo conceptualizando al delito especial, en cuanto se carezca de dicha calidad exigida tiene restrin

gida la posibilidad de ser autor del delito.

En orden al número de sujetos activos: sean individuales, monosubjetivos o de sujeto único y plurisubjetivos, colectivos concurso necesario o pluripersonal en cuanto requieran para realizarse la intervención de uno o más sujetos.

Por su composición: Son normales si requiere a situaciones puramente objetivas, y anormales si requiere de una valoración cultural o jurídica.

En orden a su ordenación metodológica: a) Básicos.- - aquel en que cualquier lesión al bien jurídico tutelado basta -- por sí sola para integrar el delito. b) Especial cuando tiene -- caracteres particulares o determinados circunstancias que aumentan o disminuyen la intensidad antijurídica de la conducta tipificada y c) Complementado, cuando se agregan a la norma circunstancias supletorias o peculiares, agravantes o privilegiadas.

En torno al alcance y sentido de la tutela penal: expresan la posibilidad de que el bien jurídico puede ser dañado - toda vez que la existencia de las conductas encausadas a un resultado dañoso "La tutela penal que en los tipos delictivos se otorga a los bienes jurídicos tiene pues un doble alcance y significando unas veces; el tipo tutela el bien jurídico frente al daño consistente en la destrucción o disminución; y otras el tipo protege especialmente al bien jurídico del peligro que la pueda amenazar"⁵⁴. Según la tutela jurídica del bien, los tipos pueden dividirse de Daño o de Peligro, sin embargo en ocasiones excepcionales puede proteger al bien jurídico del daño que le destruye y del peligro que le amenaze. Son de daño aquellos delitos para cuya protección jurídica es necesario que el bien jurídico sea destruido o disminuido y de peligro aquellos en que basta la simple amenaza o el riesgo al tipo protegido. A su vez los delitos de peligro se subdividen en: peligro específico, demostrando

la realidad del peligro de cada enjuiciado; peligro presunto, el riesgo es considerado supuesto a la conducta sin que admita prueba en contraria; peligro individual o comun, es cuando trate a la persona contra la que se dirige la conducta o verse en una pluralidad de personas determinadas.

La pluralidad o unidad del Bien Jurídico: a) simples que protegen un solo bien que pueda verse afectado, b) complejos, que va tutelando a varios derechos, sea el caso de tutelar al patrimonio y a la seguridad pública de los estragos que pueden causarseles; En tanto asume la función del delito base, absorbe a un delito circunstancia. A este respecto el delito puede ser objetivo cuando se manifiesta de forma externa radicando en el agente del delito, concurriendo la intención de ofender o el propósito lesivo con el aspecto antijurídico, o puede ser descriptivo cuya concurrencia solo puede ser establecida mediante una valoración.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo establece: -- "Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón --de su índole fundamental-- y por tener plena independencia: los especiales --suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva --existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial-- de tal manera que este --elimina al básico; por último los tipos complementarios --presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan--"55.

2.3.- LA ATIPICIDAD.

Aceptado el Dogma "Nullum Crimen Sine Lege" correlativamente no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción,

55.- Seminario Judicial de la Federación T. XV, p.68.
6º Epoca 2a. Parte.

afirmándose que la tipicidad es el elemento constitutivo del delito y sin ello no sería inculminable la acción. Consecuentemente si falta alguno de los diversos elementos contenidos por el tipo penal se estará en presencia de la atipicidad la cual en términos generales se presenta cuando falta al concretización de alguno de los elementos exigidos en el tipo como puede ser por falta de la calidad o cantidad ya sea del activo o del pasivo, por no concretarse el bien jurídico protegido o el objeto material, también habrá atipicidad cuando falte la conducta o el resultado o alguno de los elementos especiales como pueden ser los miembros de comisión, las referencias temporales, especiales o de ocasión, elemento subjetivo o dolo específico o el elemento normativo o antijuricidad específica.

La ausencia de tipicidad o atipicidad como aspecto negativo de la tipicidad, es el impedimento para la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo, "esta supone la falta de prevención en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad en cambio cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuadra perfectamente en el precepto por estar alguno de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es pues la ausencia de la conducta típica"⁵⁶. Distinguiéndola de la ausencia del tipo, que se presenta cuando el legislador deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que debería estar incluida como delito; el hecho no es típico por la falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, propiamente si no encuadra exactamente en el tipo descrito, pero se esta frente a una traslación del tipo. Jiménez de Asúa advierte que la ausencia de tipicidad en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad), o bien cuando la ley penal no ha descrito alguna conducta con carácter antijurídico, por lo que se observa la ausencia de la tipicidad.

La atipicidad puede ser: a) absoluta.- cuando la falta de alguno de los elementos descritos en el tipo trae como consecuencia que esa conducta no encuadre en un tipo penal y por tanto no resulta configurativa de delito alguno; b) relativa.- se presenta cuando la falta de la conducta no puede estimarse delictiva sino por el contrario va a caer o encuadrar en otro tipo penal y en este caso la falta de ese elemento provoca la traslación de la tipicidad y que esa conducta no es delictiva conforme al tipo general, pero sí lo es cuanto al tipo fundamental o básico. Por ello también la atipicidad relativa se le conoce como atipicidad traslativa del tipo.

Las consecuencias producidas por la atipicidad expresan: la integración del tipo; la traslación o variación de un tipo a otro; o la existencia de un delito imposible.

3.- LA ANTIJURICIDAD.

Su definición entraña un concepto negativo, aceptando como antijurídico lo contrario al derecho o aquello que viola una norma. La antijuricidad subraya Antolisei "no supone la prohibición explícita del hecho; no requiere que el hecho sea contemplado expresamente por la ley como ilícito; es suficiente que la prohibición pueda, incluso, deducirse de modo indirecto y mediato del sistema del derecho. El ordenamiento jurídico en su totalidad decide, pues sobre la conformidad al derecho de una conducta; de manera que, lejos de analizar el pobre esquema de la singular figura delictiva, debemos emprender un exámen profundo y atento de todo el sistema de apreciaciones ético-sociales, de que la ley es fundamental, pero ciertamente no única expresión"⁵⁷. Rocco, lo considera como una característica del delito, y no como un elemento "Comprende todo el delito, es decir, es un predicado de relación, es la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito"⁵⁸. La antijuricidad es el ele-

57.- Jiménez Huerta Mariano La Antijuricidad p. 18 Imprenta Universitaria Méx. 52

58.- Franco Guzmán Ricardo Delito e Injusto p. 74 -- Revista de Derecho Privado U.N.A.M. Méx. 50.

mento que forma el total del delito, requiriendo ser una atipicidad tipificada, es decir recogida en el tipo penal "La antijuricidad es la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta"⁵⁹. Una conducta típica y antijurídica es un injusto penal:

La antijuricidad es un juicio negativo de valor, que recae sobre la conducta humana, en tanto que injusta es la conducta humana desvalorada.

La teoría dualista afirma que el crimen en cuanto --- constituye una infracción, es como un delito civil, un acto contrario al derecho; en cuanto es transgresión a una norma establecida por el Estado de un mandato o prohibición de orden jurídico la lesión o riesgo de un bien jurídico solo es materialmente contrario al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico y por lo consiguiente a la misma convivencia humana. Vont Liszt confunde a la antijuricidad final, con la tipicidad, considerando lo valorativo a lo normativo y descriptivo a lo típico. Sólo la llamada antijuricidad material basada en la infracción a las normas. Jiménez de Asúa afirma que la única ilicitud es la llamada ilicitud jurídica penal material, distinguiendo entre ilicitud jurídica (penal) y daño o peligro, y no ilicitud jurídica formal o material. A este respecto señala Perocelli que es antijurídico la conducta que muestra las circunstancias de hecho especificadas de un delito legalmente determinado y que en dicho aspecto es injusta; equivaliendo la antijuricidad como una conducta típica. Bettiol concluye que un acto puede ser considerado como antijurídico solo si es lesivo de un bien jurídico y fuera de ese contenido la antijuricidad no existe.

Según Cuello Calón, la antijuricidad presupone un juicio o estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal, tal juicio es de carácter obje-

tivo pues recae en la acción ejecutada. El objeto de la valoración no es propiamente el resultado, sino la acción que lo produce, pues un juicio de valor o desvalor de una conducta no puede formularse sin tener presente el resultado realmente acaecido o cuya producción se dirige la acción.

Para Sebastian Soler se requiere de verificar si el -- hecho examinado, se adecua tanto al aspecto externo, como a la -- contradicción o violación del Derecho. Estimando que "una conducta es antijurídica cuando siendo típica no esta protegida por -- una causa de justificación"⁶⁰ radicando la antijuricidad en la -- violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Se presenta cuando la conducta siendo típica no se halla amparada por alguna causa de justificación. En virtud -- de tal aseveración concluimos que no existen dos conceptos de antijuricidad, es siempre material en el sentido de que implican -- una efectiva afectación al Bien Jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que concretarse a pautas sociales de conducta. La antijuricidad siempre es formal porque su fundamento no puede partir más que del texto legal.

3.1.- CRITERIOS DE CLASIFICACION DE LA ANTIJURICIDAD.

Podemos decir que la acción es antijurídica cuando -- contradice las normas del Derecho; el objeto de valoración versa en la acción y no en el acontecimiento, toda vez que el acontecimiento en principio no tiene relevancia en el Derecho. Así pues -- si por antijurídico se entiende lo contrario a Derecho debe afirmarse que la antijuricidad se compone de los siguientes elementos..

- a) La violación del deber jurídico implícito en la -- norma.
- b) La lesión del bien jurídico protegido.

60.- Castellanos Tena obra cit. p. 176.

La técnica objetiva afirma la posibilidad de hacer caer el juicio de ilicitud en presencia del comportamiento humano. Bettiol sostiene que "la anti-juricidad consiste en la valoración que hace el Juez acerca del carácter lesivo de todo comportamiento humano; se trata en verdad de poner en relación el hecho y su valor"⁶¹. Mezger considera que "un acto es anti-jurídico cuando contradice las normas objetivas del Derecho" concibe a -- éste "Como un ordenamiento objetivo de vida y el injusto consiguientemente como la lesión de dicho ordenamiento"⁶² dicha determinación tiene lugar en virtud de que las normas del Derecho son juicios sobre determinados acontecimientos.

La teoría subjetiva afirma que no puede existir la -- ilicitud de la conducta sino se contrasta el Derecho en su propia esencia de mandato, en relación con el hecho dentro de la -- conciencia del sujeto; consiste en una valoración anímica y espiritual de la conducta que recae sobre la norma, por tal virtud no se puede llegar a la norma sino pasando a través de la obligación, que expresa el modo concreto de la violación. Aldo Moro -- establece que "El Derecho es presentado por los imperativistas -- según es sabido, como voluntad que se impone a la voluntad del sujeto, motivándole, de manera que el acatamiento lo mismo que -- la violación son necesariamente procesos de voluntad. No existe -- por eso anti-juricidad para los subjetivistas de los estados ni -- del comportamiento humano, el cual, para que se integre lo ilícito debe ser expresión de una personalidad imputable y en concreto culpable"⁶³. Solo puede ser anti-jurídico un hecho de relación hacia los demás hombres que de alguna forma les lesiona, sin que importe la subjetividad de los móviles, sino la objetividad de -- la lesión social que se produjo. Primordialmente de acuerdo al -- criterio de Jiménez de Asúa "la anti-juricidad objetiva liga el -- acto con un Estado, es decir con la sociedad, por eso, como ver-

61.- Franco Guzman	Obra Citada	p. 82
62.- Franco Guzman	Obra Citada	p. 82
63.- Franco Guzman	Obra Citada	p. 86

mos, no es lo antijurídico lo que se capta el dolo, sino el deber de no violar las normas"64.

El elemento subjetivo del injusto es clasificado como antijurídico por la simple observación de su resultado dañoso. - "El propósito, la intención reprobable del autor tiene un tipo incoloro, o incluso el ejercicio de un derecho por parte del sujeto, de tal suerte que este complejo de hechos que nace a la -- vista es desaprobado por el ordenamiento jurídico a causa del -- propósito que guiaba a su causante, es decir que con frecuencia -- aunque no necesariamente, momentos subjetivos cooperan en la formación de la antijuricidad"65. La determinación de lo antijurídico puede depender en ciertos casos de determinados momentos subjetivos, que según Mezger "solo el Derecho Positivo puede enseñarnos los casos de existencia de los elementos subjetivos del -- injusto"66 los grupos de tipos de delitos en tales elementos son:

- a) Los delitos de intención en la forma de los llamados delitos mutilados de dos actos, en donde el agto es referido por el agente como medio subjetivo de un actuar posterior del mismo sujeto.
- b) Los delitos de tendencia o delitos de resultado -- cortado, en donde la gente hace algo con objeto de que se produzca una consecuencia ulterior.
- c) Los delitos de expresión como característica de esta aparece la acción reflejada en una expresión -- del proceso anímico del agente.

Beling explica los elementos subjetivos del delito tipó como "las características de la figura delictiva misma y no -- de su esquema, que es inseparable de ella"67. Jiménez de Asúa ci

64.- Jiménez de Asúa LA LEY Y EL DELITO obra cit. p.331

65.- Franco Guzman obra citada p. 90

66.- Mezger Edmundo TRATADO DEL DERECHO PENAL cit. p.336

67.- Franco Gúzman obra citada p. 99

ta que "en numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ellas otros elementos que refieren a estados anímicos del autor, en orden al injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a esta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto con ambas características del delito. El legislador, las incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos del injusto que han sido valoradas de distintos modos"⁶⁸. En los delitos de resultado la desaprobación jurídica se extiende tanto a la acción como al resultado producido o propuesto; en los delitos de simple acción el comportamiento no se plasma en ningún resultado material, la valoración jurídica debe proyectarse sobre la dinámica del acaecimiento o suceder humano.

El criterio de la antijuricidad penal es sustentado - por Petrocelli quien argumenta "Denotando la antijuricidad una relación de contradicción entre un hecho y una norma jurídica, - la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una norma determinada y, consiguientemente, pertenece a una determinada norma del derecho. No es posible hablar de una antijuricidad general, sino solo de una antijuricidad penal, civil o administrativa, etc. Si el hecho, por sus diversos aspectos y efectos, está en contradicción con normas pertinentes a diversas formas del derecho, tendremos, a la vez, una antijuricidad penal o civil, o penal y civil administrativa, pero nunca una antijuricidad simplemente referible al derecho en general"⁶⁹.

Respecto de la antijuricidad especial tipificada debe entenderse a saber, en determinados casos cuando una conducta o hecho son antijurídicos, estando expresamente mencionado, y en caso contrario la realización del hecho es ilícito y excepcionalmente justificado.

68.- Jiménez Asúa
69.- Porte Petit

LA LEY Y EL DELITO: cit. p.320
obra citada p. 488.

3.2.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Dentro del aspecto negativo de este elemento se encuentran las llamadas causas de justificación o de licitud, cuyo fundamento es la salvaguardia del interés preponderante, es decir - en vías de salvar el bien de mayor jerarquía, pudiendo sacrificar el de menor jerarquía. Antón Oneca expresa que son la manifestación negativa de la antijuricidad "Es decir, la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado".

La esencia y sustancia propia de lo antijurídico es - toda conducta descrita en la ley no amparada por alguna de las causas de justificación enumeradas en la propia ley. "Si el juicio que sobre la acción se formula, no arroja un resultado desvalorativo, la conducta enjuiciada carece de esencia antijurídica, tanto en los casos de ser subsumible en algunas de las causas de justificación que los Códigos describen y detallan"⁷⁰. Von Liszt hizo concreta mención tanto de la legitimidad del acto que es -- "el medio adecuado para la consecución de un fin reconocido por el legislador, como la justificación de aquel que es conveniente en relación al fin de la convivencia regulada por el Estado, esto es, del que salvaguarda un interés superior a costa del sacrificio de uno de menor importancia"⁷¹. En consecuencia, una conducta es antijurídica en el sentido del Código Penal, cuando presenta los elementos constitutivos especiales de un delito legalmente determinado; el delito por tanto es una acción que contradice a la norma jurídica y a la norma de cultura, en consecuencia debe considerarse delictiva toda lesión o puesta en peligro de un bien garantizado o del poder estatal, siempre que no sea posible garantizarla de otra manera que mediante la amenaza penal. - Romagnusi introduce la idea del daño, el cual Carrara lo distin

70.- Mariano Jiménez Huerta LA ANTIJURICIDAD cit. p56.

71.- Jiménez Huerta obra cit. p. 56.

que entre la turbación del orden externo, es decir la violación de los derechos de los demás, y la existencia de un daño inmediato o derecho que consiste en el mal que el delito produce al violar el derecho atacado. "La antijuricidad de la acción debe ser establecida —dice Petrucci— valorando el carácter y los fines de la acción misma en relación a la dirección general del ordenamiento jurídico, cual resulta del conjunto de sus normas armónicamente y del espíritu que lo domina"⁷².

Entendiendo que la antijuricidad se concretiza conceptualmente en una lesión de intereses jurídicos y en una ofensa de los ideales valorativos de la comunidad, es obvio que no pueden juzgarse antijurídicas las acciones que no lesionan un bien jurídico o que no ofenden a los ideales de la comunidad. "Son -- circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuricidad, -- tanto que el titular del interés protegido penalmente, conciente válidamente en la acción que sin su voluntad implicaría una lesión o un bien jurídico como la acción lesiva de un bien jurídico. Se considere al ser juzgada y valorada en las circunstancias en que se realizó, como no ofensiva para los ideales de la comunidad, habida cuenta de que si bien lesiona bienes o intereses jurídicos ajenos, salvaguarda bienes e intereses preferentes desde el punto de vista social"⁷³. Las circunstancias que impiden el nacimiento del ilícito proclaman la inexistencia de lesionar un bien jurídico o de ofender los ideales valorativos de la comunidad.

EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO.- Afirma Grispigni "es la autorización dada por el titular de un bien jurídico a otra persona, facultada para lesionar o poner en peligro el bien de ese titular"⁷⁴. Ranieri considera que el consentimiento del titular del derecho es una manifestación unilateral de voluntad por medio de la cual aquel que es capaz de obrar renuncia a un interés jurídicamente protegido del que puede válidamente disponer"⁷⁵.

72.- Jiménez Huerta	Obra Citada	p. 111
73.- Jiménez Huerta	Obra Citada	p. 117
74.- Jiménez Huerta	Obra Citada	p. 117
75.- Jiménez Huerta	Obra Citada	p. 130

La inexistencia de la ofensa en base al principio del interés social preponderante que señala que la licitud de la conducta que lesiona un interés humano al propio tiempo que consagra otro de superior valor tiene que ser proclamado.

Son causas de inexistencia de la antijuricidad por -- inexistencia de la ofensa.

- I) EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.
- II) EL EJERCICIO DE UN DERECHO.
- III) LA LEGITIMA DEFENSA.
- IV) EL ESTADO DE NECESIDAD.

I) EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.- Impuesto por la ley, bien en atención a los cargos públicos que ostentan o en consideración a la cualidad del Ciudadano, se puede traducir en que al lesionar bienes jurídicos vitales de la colectividad o Derechos-Subjetivos, no se pueden valorar como antijurídico las conductas realizadas para su cumplimiento, toda vez que el interés social-preponderante son deberes que la ley estima como necesarios dentro de la vida social.

El artículo 15 fracción V del Código Penal vigente establece como causas excluyentes de responsabilidad: "obrar en -- forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer derecho". En tanto se actúa en cumplimiento de un deber consignado en la ley no procede la antijuricidad.

Dentro de los deberes que la ley impone es necesario distinguir los que son inherentes a determinadas funciones públicas (deberes a cargo o servicio) y aquellos deberes que le son impuestos al individuo en su condición de tal (Ciudadano).

- a) Los deberes inherentes a determinadas funciones públicas, son impuestas en forma imperativa por la ley a un hombre, en tanto desempeña determinadas funciones públicas; regulándose en cuanto a su existencia por el derecho administrativo y otras ramas extrapenales. Equiparándose al ejercicio de funciones públicas las prestaciones personales obligatorias que en tiempo de excepción suelen las leyes imponer a determinados individuos.

Otro aspecto es el atributo del Estado de ejercer la coacción cuando, para conservar el orden público y alcanzar sus fines, encuentra resistencia en sus súbditos, pues el Estado debe superar incluso por la fuerza, todo obstáculo que se opongan al ejercicio de su autoridad, inspirada en el bienestar social y el orden público, limitándolo a "Cumplir sus deberes de exigir respeto y obediencia a la ley y de reprimir todo acto que perturbe o ponga en peligro a la vida y a la propiedad de los individuos, el orden dentro de la sociedad y la seguridad del Estado"⁷⁶.

b) Deberes impuestos al individuo, en su simple condición de tal, sea: el de prestar auxilio a las personas que se hallan en peligro; a quien ejersa alguna violencia sobre alguna persona que sorprenda cometiendo un delito. Señalando en el Artículo 340 del Código Penal: "Al que encuentra abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse asimismo o a una persona herfda, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos, si no diese aviso inmediato a la autoridad o omitiera prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal". Ni a la persona que examinada en juicio en carácter de testigo narre sucesos que puedan perjudicar la reputación de otra persona. Artículo 400 fracción I del Código Penal en relación al encubrimiento y al Artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales que los obliga a declarar, que el-

artículo 182 del Código Penal que sanciona el incumplimiento de la obligación: "El que, debiendo ser examinado en juicio y sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar..."77.

II) EJERCICIO DE UN DERECHO.- Se presenta cuando el sujeto teniendo la facultad de ejercer un derecho derivado de la norma o de una relación contractual, quede predispuesto legalmente a lesionar un bien jurídico, considerándose como lícita dicha lesión si el bien afectado es el de menor jerarquía que el tutelado. Son otorgados por un ordenamiento jurídico en relación a la simple condición de una persona, o en atención a las profesiones, cargos u oficios que desempeñan y regula al mismo tiempo el ejercicio de estos Derechos. La Fracción V del Artículo 15 del Código Penal establece esta circunstancia excluyente de responsabilidad; implicando la previa existencia de un resultado de obrar o poder de voluntad establecido por el Derecho Objetivo para satisfacer un legítimo interés. Es así como las acciones ejecutadas en virtud de un permiso, concesión o autorización otorgadas conforme a derecho, dentro de la competencia de las autoridades correspondientes, no puede ser antijurídico, pues implica el ejercicio de un derecho, que sin estar consignado en la ley, surge de un acto administrativo crecidos de un derecho subjetivo individualizado. Carrancá y Trujillo afirma que "Esta excluyente requiere la relación inmediata entre la ley y un sujeto que obre en amparo de ella; y que cuando entre la ley y la persona se interponga un superior jerárquico, entonces podrá estar en aplicación otra excluyente distinta y no la que examinamos"78.

En ocasiones en el análisis del ejercicio de un Derecho, es preciso separar los actos que constituyen la propia esencia y base de resultado típico que puede producirse. Quien se hace justicia por propia mano no ejerce un Derecho, sino que rea

77.- Confrontese el Código Penal para el Distrito Federal pp. 61, 115 y 12 Ed. Porrúa Méx. 1986.

78.- Carrancá y Trujillo Obra Citada p. 354.

liza una conducta antijurídica, pues ofende el interés que tiene la sociedad. Toda conducta que trate de hacerse justicia por la violencia o la arbitrariedad, substituyéndola con la acción directa o en vías de hecho, la administración de justicia del Estado, ofende un interés de la sociedad entera, agotando estos comportamientos antijurídicos mediante la creación de delitos contra la administración de justicia.

El ejercicio de un Derecho puede aludir a los Derechos Profesionales, los cuales les son otorgados a los particulares en cuanto han acreditado su suficiencia y capacidad del título pertinente que le autoriza para el ejercicio de una profesión creando a favor del titular del Derecho la capacidad de realizar todos aquellos actos que sean necesarios para alcanzar el fin a que cada profesión se dirige. El artículo 2º de la Ley Relativa de Profesiones lo reafirma; El artículo 250 fracción II del Código Penal establece y sanciona al que "Sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada expedidos por autoridades u organismos legalmente capacitados para ello..." Conforme a lo dispuesto en el artículo 40 constitucional, cualquier intervención realizada por persona desprovista de habilitación profesional es antijurídica, pues el ordenamiento jurídico impone el deber a quien de ella carece, de abstenerse de ejercitar actos propios de una actividad profesional. En ocasiones el ejercicio de algunas profesiones confiere a sus titulares la facultad de adoptar concretas determinaciones que pueden ofender intereses humanos jurídicamente protegidos. No actúa antijurídicamente quien ofende un interés ajeno en el ejercicio de un derecho inherente a una función o legítimamente le corresponde desempeñar, revistiendo particular interés el exámen de los derechos disciplinarios y correctivos:

- a) Derechos Disciplinarios. Surgen como medidas aplicadas para el desenvolvimiento de la actividad administrativa o el desarrollo interno de determinada asociación de Derecho Público o Privado y medidas

que recaen sobre individuos ligados jerárquicamente a las personas que las adopta por una relación de subordinación o dependencia, o sobre los individuos que integran las asociaciones y que al formarlas voluntariamente se comprometen a no realizar conductas que les puedan perjudicar. En consecuencia no comete un abuso de autoridad quien tiene facultades legales para imponer la medida disciplinaria.

- b) Derecho de Corrección. Son inherentes a toda actividad educativa concediendo potestad para corregir o castigar con violencia, otorgando esa facultad en virtud de los lazos consanguíneos o de afecto. - El Código Civil así lo dispone en su artículo 423. El ejercicio de esa facultad solo puede ofender el Bien Jurídico del menor sobre el que recae el castigo al inferirle lesiones materializadas a través de la violencia y de los golpes. El interés educacional colectivo es siempre prevalente sobre aquellos otros del menor que por medio del castigo pudieran lesionarlo en cuanto dichas lesiones pongan en peligro su vida o tarden en sanar más de 15 días, tal como lo reglamenta el Código Penal en sus artículos 289 y 294 respectivamente; además de que el autor no abuse de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia.

Las conductas más relevantes de autosocorro que el hombre tiene derecho a ejercitar, son aquellas que realiza en virtud de especiales derechos de necesidad establecidos en su favor por el ordenamiento jurídico punitivo "Debido a la extraordinaria importancia que reviste el ejercicio de estos especiales derechos de necesidad, las situaciones que las crean han adquirido propia autonomía y han nutrido de rica savia a dos importantísimas Instituciones jurídicas penales, la legítima Defensa y el Estado de Necesidad"⁷⁹.

III) LEGITIMA DEFENSA.

Las conductas más relevantes de auto-auxilio son derivadas de un especial derecho de necesidad establecido por el ordenamiento jurídico para resolver situaciones concretas que ante el imperativo de la vida, el hombre está impedido para impetrar el auxilio de la justicia pública, y en virtud de estas situaciones, el ordenamiento jurídico reconoce especiales derechos de necesidad.

La autodefensa es una forma de reacción contra el ataque injusto, cuya naturaleza humana impulsa al individuo a repeler los ataques a que es sometido a través de una agresión, por esta razón es que Manzinni afirma que "el Instituto de la legítima defensa implica una delegación hipotética y condicionada de la potestad de policía que el Estado hace preventivamente al individuo por razones de necesidad, para los casos en que no puede --- efectivamente prestar la protección necesaria"⁸⁰. En este orden se le otorga al hombre a través de la legítima defensa una facilidad especial para que los actos propios afirmen el derecho --- frente a los ataques injustos que tratan de ofenderle.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal proclama la licitud de la conducta de quien rechaza por su propia mano un ataque antijurídico, actual o inminente: "repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propio o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende", estatuyendo a la legítima defensa como aquella que resulta necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico.

Toda defensa presupone conceptualmente una ofensa que se traduce como el ataque o agresión a cualquier interés jurídico.

camente protegido, proveniente de actos humanos. La conducta o--
fensiva reviste un positivo, sin embargo puede presentarse algu-
na excepción en el caso de una comisión omisiva que constituya -
la agresión. El fundamento de la legítima defensa pone en mani-
fiesto que la ofensa que sirve de base a la defensa privada en--
gendra una situación de peligro inminente; sin que toda ofensa -
origine una situación de peligro, sino aquella que va destinada-
a atacar la propia existencia de un interés vital.

El Código Penal considera que la ofensa ha de ser una
agresión de carácter violenta producto de la fuerza física, cuyo
vocablo expresa un acto material de acometimiento- impetuoso del
que reviste la agresión. González de la Vega considera que "La -
violencia puede ser física sea fuerza material en el cuerpo de -
las penas o cosas objeto de la agresión; --o moral-- amagos, amena-
zas a las personas de un mal presente o inmediato, capaz de inti-
midar"^{B1} es preciso puntualizar que no toda amenaza de un mal --
pueda considerarse como agresión violenta, sino que debe ir acom-
pañada de la inminencia de un peligro, por lo que la simple pro-
vocación o el reto al desafío o a la riña no constituye una agre-
sión y no crea por sí sola una situación de peligro.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha decla-
rado que existe "la excluyente de legítima defensa, si se demues-
tra que el acusado tras de haber rehuído prudentemente reñir con
el que le injuriaba, fue seguido por este y sufrió una agresión,
estando su atacante armado y para repelerla y obrando solo en de-
fensa y no atacando hirió a su agresor"^{B2} prosiguiendo su texto-
al suponer que la agresión se prolongue "si aparece que el homi-
cida fue provocado y agredido para repeler la agresión se defen-
dió, es preciso definir si tales condiciones de la contienda, de
generó en riña o siguió conservando las características de la --

B1.- González de la Vega p. 92 Obra Citada.

B2.- Seminario Judicial de la Federación Tomo IXVIII.
p. 882.

legítima defensa, en tanto opera el ánimo defensivo solamente"⁸³

Sobre el peligro actual inminente; interroga Sodi que es el que de presente nos amenaza, de tal modo grave, con riesgo cercano cierto e indubitable que nos llena de temor. El peligro que engendra la agresión puede ser instantáneo o duradero y subsistente. Liszt subraya que "puede ser repelida la agresión cometida cuando continúa"⁸⁴. Maggiore en el mismo sentido expresa -- "que el peligro pasado es irrelevante, salvo cuando la violencia sufrida es indicio de ulteriores violencias, en tal caso la reacción defensiva es legítima"⁸⁵. Siendo posible la defensa contra la injusta agresión, resultando evidente "defenderse contra el que empezó a defenderse, pero que se excedió pues el exceso es ilegítimo; el provocador no pierde el derecho de defenderse ante una reacción desmedida y arbitraria, salvo que la plena responsabilidad corresponda al hecho inicial"⁸⁶ ello significa que siempre que haya habido provocación debe juzgarse que no puede haber legítima defensa, será necesario que, como dice la ley, sea suficiente, no para justificar la reacción, sino para excusarla; --- pues es bien sabido que en los delitos impetuosos la provocación excusante debe ser cierta entidad y la reacción absolutamente -- desproporcionada no es excusable. El que provocó no puede invocar la legítima defensa, aun cuando la reacción motivada sea injusta.

Lo que en verdad tiene trascendencia es que la agresión sea inminente y que emerja de una situación de peligro, en

83.- Precizando el concepto claro de la H. Suprema -- Corte de Justicia de la Nación, se puede interpretar lo establecido en el tomo IXXIV p. 4681 y el tomo LXXVII p. 2327 advirtiendo que la acción de defensa puede prolongarse tanto como dure el ataque con el objeto de procurar conjurarlo ---- (Seminarío Judicial de la Federación, tomos anotados).

84.- Von Liszt Tratado Cit. Tomo VI p. 334.

85.- Maggiore Obra Citada p. 278.

86.- Sebastian EL DERECHO PENAL ARGENTINO p. 412 -- Ed. Tipográfica B Aires 1956.

tendido como la probabilidad de un daño o una situación objetiva que permita formular un juicio sobre la posibilidad de sufrir -- una lesión. No se ha actuado en legítima defensa cuando ha cesado totalmente el peligro que origina la agresión, ya que al desaparecer la situación de necesidad, el agente carece de derecho para actuar por sí. No es necesario que la ofensa o la agresión constituya un delito tipificado en el Código, es suficiente que la injusticia de la conducta agresiva surja de una relación de contradicción con cualquier norma objetiva trascendente para el Derecho; la agresión puede proceder de un menor o de un loco o ser producto del error del agresor; no es posible la legítima defensa para quien reacciona violentamente contra el titular del derecho de corrección o quien actúa en cumplimiento de un deber, salvo por un pacto arbitrario de autoridad.

La defensa puede ser: Necesario, Privilegiada o excesiva. En primer término, la defensa necesaria repele las ofensas peligrosas, expresando una reacción que aun lesionando intereses humanos jurídicamente protegidos, tiende a eliminar el peligro y surge de una injusta agresión. La defensa privada de un bien es solo ilícita cuando es necesaria, implicando la imperiosidad en que se haya el agente de reaccionar por sí para con su derecho. La necesidad a juzgarse en orden al bien jurídico y al tipo del delito que se realiza sin la intrínseca justificación del acto. A este respecto Sebastian Soler indica que la defensa se -- ejerce con medios moderados en relación al ataque y a la calidad del bien defendido "la ley no mira el momento en que la defensa es preordenada, sino a aquel en la cual obra, ya que a este momento debe referirse la necesidad"⁸⁷ el problema surge en cuanto la necesidad sea racional. Si la persona aparentemente -- agredida reacciona contra su agresor, no es posible afirmar la existencia de una legítima defensa verdadera y propia; la defensa solo es legítima cuando concurren todos los requisitos a que hace referencia el artículo 15 fracción III del Código Penal. Si

falta una agresión creadora de una situación de peligro y un estado de necesidad que obliga al agredido a actuar por si mismo - para salvaguardar los derechos propios o ajenos en la forma racional impuesta por la naturaleza de la agresión y la importancia de los bienes es conflicto, no exista legítimas defensa y -- por tanto, la conducta es antijurídica pues lesiona los intereses ajenos y ofende al mismo tiempo los ideales valorativos de la comunidad.

La defensa excesiva, puede acontecer que existiendo - una agresión creadora de una situación de privilegio y un estado de necesidad que obligue al agredido a actuar por si mismo para salvar los derechos propios o ajenos, se hubiera rebasado los límites que el ordenamiento jurídico considera legítimos en el derecho de defensa. Cuando esto acontece, la defensa es antijurídica. El artículo 16 del Código Penal dispone: "El que exceda en la legítima defensa por intervenir la tercera--que no hubo necesidad del medio empleado en la defensa o cuarta reparable después por otros medio legales, o esa notoriamente de poca importancia-comparado con el que causó la defensa, será penado como delincuente por imprudencia" engendrando de la agresión, el uso de medios defensivos exhuberantes que inciden en una valoración exagerada de la irreparabilidad del daño. La excesiva defensa se inspira por un fin defensivo y no vengativo. Concretamente no incurre en dolo, sino que existe un error vencible, toda vez que el sujeto ha caído en la necesidad de obrar más halla de cierto límite, error que pudo haber sido evitado con un mayor grado de -- atención y esfuerzo.

La defensa privilegiada, deroga el principio rector - preponderante por la expresa disposición de "cualquier daño causado al agresor" proclamando un derecho ilimitado de la defensa.

IV) ESTADO DE NECESIDAD.

El peligro actual o inmediato para los bienes jurfidi-

camente protegidos que sólo pueden evitarse lesionando otros bienes jurídicamente protegidos configuran al llamado estado de necesidad. Hippel lo define como "una situación de peligro actual-para intereses jurídicamente reconocidos, que sólo puede eliminar por la lesión de otros intereses igualmente reconocidos"⁸⁸.- El problema jurídico especial que presenta, es poder determinar-cuando y en que medida es ilícito lesionar intereses ajenos para eliminar el peligro. En el sentido de necesidad el hecho proviene de la naturaleza o de un acto humano de carácter accidental o fortuito, y la acción necesaria recae siempre sobre los intereses de quien es ajeno al peligro.

El Código Penal en su segunda parte fracción IV del artículo 15, expresa como circunstancia excluyente de responsabilidad "la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o a la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave o inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial". La naturaleza jurídica del estado de necesidad es siempre una circunstancia que excluye la licitud y legítima al derecho.- La licitud de la conducta que salva un bien jurídico de valor social prevalente mediante el sacrificio de otro bien jurídico de inferior valor, emerge a la esencia misma del derecho, precisando que compete a la autoridad estatal resolver estos conflictos-conforme al principio de interés social preponderante; la situación agobiante de necesidad en que el sujeto se encuentra y la impotencia de la autoridad pública para prevenirlos y resolverlos. "Cuando el Estado -dice Manzinni- no puede intervenir con su función de Asistencia Pública, porque la urgencia de peligro a la persona no lo consiente, permite que el particular mismo --prevea directamente, incluso con hechos que la ley contempla como delitos, a salvarse o salvar a otro"⁸⁹. El influjo ejercido por el orden jurídico no se ajusta, existen situaciones en que la necesidad del sujeto que actúa intracidentalmente para impe-

88.- Mariano Jiménez Huerta La Antijuricidad cit. -- p. 307.

89.- Jiménez Huerta obra citada p. 317.

dir el nacimiento y la existencia de la antijuricidad de acuerdo al pensamiento de Berner: Cuando existe colisión entre derechos desiguales, el Estado debe proteger el derecho superior; por tanto el que sacrifica un derecho inferior para salvar otro de mayor valor no será castigado, por lo contrario, cuando los intereses del conflicto son de igual valor, la necesidad no implica -- por si sola el ejercicio de un derecho y sólo influye sobre la motivación normal del que sufre el peligro, la acción que el sujeto realiza puede ser rechazada en legítima defensa y sólo puede favorecer en forma personal a quien, por sufrir la mutación anormal debido al peligro, no se le puede exigir un comportamiento diferente por vía de excepción, esta mutación anormal impide proporcionar un juicio de reprochabilidad sobre el autor.

El estado de necesidad como causa impositiva del nacimiento del injusto se integra por los siguientes elementos:

- a) Peligro actual de daño grave para el bien jurídico, no voluntariamente causado, en una situación en -- que aparece inminente o fácilmente verificable. La gravedad ha de ser establecida por el Juez, de --- acuerdo a criterios objetivos deducidos a juicios-valorativos ejercidos sobre el ordenamiento jurídico penal "El daño grave consiste en alguna lesión de los bienes primarios que tienen por objeto a la persona"90.
- b) Inevitabilidad de la acción realizada para salvarse, ante la situación de peligro, el sujeto queda obligado a realizar una acción lesiva para salvarse, en tanto sea necesaria para salvar el bien jurídico del que se trata, es decir que no exista --

90.- Antolisei MANUAL DE DERECHO PENAL Edit. UTEHA -- B. ARG.1966 p. 124, en su opinión el agente no puede convertir en grave un peligro que no sea tal; el peligro ha de recaer sobre el Bien Jurídico de la persona.

otro medio practicable menos perjudicial o no tenga el deber legal de sufrir el peligro. El juicio de la inevitabilidad debe ser valorada por el Juzgador atendiendo a las circunstancias del ánimo -- del necesitado envuelto en el peligro, eximiendo -- de esta excluyente a quien tiene un particular peligro de exponerse a un peligro.

c) Proporcionalidad entre el mal que amenaza y el -- bien que se sacrifica. En cuanto al mal amenazador sea cuantitativamente mayor que el que se origina, y cuando fuera de calidad diversa se requiere que el bien jurídico salvado tenga un valor social preponderante. Si este último es el más importante -- por su calidad o cuantía-- la lesión emprendida para salvar a aquel es antijurídica en virtud del principio que invoca "El daño ocasionado no debe ser más grande que el evitado" González de la Vega cree que "la categoría del daño que puede causar el agente en estado de necesidad no se menciona ni límites en la ley, es preciso establecer un criterio de proporcionalidad o de valoración o de que el mal causado sea mayor, igual o menor que el -- que se tiende a evitar"⁹¹. Carranca y Trujillo -- añade al respecto que "haya desproporcionalidad entre el bien que se trata de salvar y el que se haya de sacrificar, corresponde al primero jerarquía de más alto valor"⁹².

La legítima defensa y el estado de necesidad como causas impeditorias del nacimiento del injusto, tienen una misma razón de ser, la necesidad; y una misma causa, el interés preponderante.

91.- González de la Vega El Código Penal Comentado -- Ed. Porrúa Méx. 1982 p. 89.

92.- Carranca y Trujillo Obra Citada p. 328.

4.- LA IMPUTABILIDAD.

Las leyes determinan de un modo típico negativo que personas no son capaces o lo son restringidamente de obrar de modo culpable. La legislación italiana define a la imputabilidad como la capacidad de querer y entender. "conocer el deber y comprender el carácter ilícito de la conducta, inhibir los impulsos delictivos o aptitud de la persona para determinar de manera autónoma resistiendo sus impulsos"⁹³. Por ser la imputabilidad un atributo del sujeto activo, se considera como un presupuesto del delito y no de la culpabilidad. Hay individuos cuyo poder de inhibición, si bien no puede negarse, si es cuantitativamente inferior en poder al normal ya sea por no ser bastante por deficiencias patológicas o fisiológicas que debilitan el poder de resistencia; tales personas son plenamente imputables y penalmente responsables, y solamente puede verse disminuida la imputabilidad en los casos de que el estado de enfermedad de la mente disminuye notablemente en el hecho de la capacidad de percibir lo no permitido del hecho o de obrar este con sentido.

La situación de imputabilidad puede analizarse en relación con el dolo, la culpa, la perintención y el caso fortuito; las acciones libres de causa, pero determinadas en su resultado no son la excepción de la capacidad de querer y entender, porque no significa la exclusión de la responsabilidad para los casos en que no sea provocada intencionalmente. Si en efecto el estado de capacidad es referible a la voluntad del sujeto, cabría suponer que toda causa de exclusión de la capacidad de entender el deber y de conducirse autónomamente conforme a la inteligencia, constituiría una excluyente de imputabilidad.

4.1.- CONDICIONES DE IMPUTABILIDAD.

El concepto de imputabilidad jurídico-penal se centra

93.- García Ramírez Sergio La Imputabilidad en el Derecho Penal U.N.A.M. Revista del Instituto Investigaciones Jurídicas México 1968 p. 14.

en la idea de capacidad, como estado, condición o cualidad del sujeto, cuya repercusión en la sistemática general será inmediata. Su atribuibilidad se comprende como una capacidad de reproche, distinguiendo al objeto de valoración (tipo de injusto) del juicio de valoración (culpabilidad), de modo que la voluntad del autor queda transportada al concepto de acción, configurandola finalísticamente como acción injusta y quedando la culpabilidad liberada de todo ingrediente psicológico para convertirse en puro juicio de valor. Esto quiere decir que la imputabilidad es la capacidad de reproche, de culpabilidad y que su potencial psicológico (actuación libre y consciente de la voluntad) quedará librado a la teoría del acto.

La imputabilidad se identifica como la capacidad de acción, tal como lo apuntan autores como Binding, Gerland, Hippel, Bunster ... suprimiendo como consecuencia la capacidad de actuar; también se expresa como capacidad jurídica de deber, teoría sustentada por Merkel y Frerneck, como capacidad de culpabilidad que en opinión de Maurach, Welzel, Mayer y Beling, se admite como una capacidad de reproche; como capacidad de pena así es establecida por Radbroch, Liszt y Feuerbach, tesis debatida por Mezger a razón de que la imputabilidad es coetáneo con el acto y no con la pena. Finalmente se sustenta como capacidad jurídico-penal, sea capacidad de derecho y de obrar, que para Manzinni, Vannini y Petrocelli la imputabilidad es un estado, condición o capacidad general del sujeto para concebir toda clase de delito. Concluye Jiménez de Asúa a establecer que la imputabilidad es "la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente"⁹⁴.

Entendido que la consecuencia del delito emana de la responsabilidad, tratándose de conductas violatorias de los pre-

94.- Díaz Palos Fernando Teoría General de la Imputabilidad Ed. Seis Barcelano 1965 p. 39 concluye diciendo que es el conjunto de condiciones psico-somáticas exigidas por la ley para que las acciones u omisiones penadas en la misma puedan ser atribuidas al que las ejecuto como causa voluntaria.

ceptos penales que hayan sido ejecutados por personas de las características a que se refieren los artículos 67 y 68 no podrá haber responsabilidad por la inexistencia del delito.

La imputabilidad es la capacidad de autodeterminación para actuar conforme al sentido y teniendo la facultad que debe reconocerse normalmente, de comprender el carácter antijurídico de la conducta. El Sistema Legislativo Mexicano ha considerado a los mayores de 18 años como aquellos sujetos que tienen la facultad de comprensión.

La II. Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que a efecto de poder considerar imputable a una persona, es necesario que tenga la capacidad suficiente de conocer y valorar su conducta en cuanto al contenido de la antijuricidad. En el caso de los menores la finalidad es puramente educativa, son características de afluencia quedando el menor fuera del ámbito represivo de la ley penal.

4.2.- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad tiene relevancia en la integración del delito en razón de que el juicio de reproche determina la culpabilidad solamente pueda realizarse respecto de un sujeto imputable.

Las causas de inimputabilidad se dividen en:

- A) FALTA DE DESARROLLO MENTAL.
- B) MINORIA.
- C) SORDOMUDOS.
- D) TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.
- E) FALTA DE SALUD MENTAL (PERMANENTE).

La falta de desarrollo mental existe cuando el sujeto carece de la capacidad de autodeterminarse conforme al sentido o de la facultad de comprensión de la antijuricidad de su con

ducta, sea porque la ley le niega esa facultad de comprensión o por que al producirse el resultado típico era incapaz de autode-terminarse- genéricamente la ley penal establece un tratamiento especial para los sujetos de las conductas que las producen, excluyéndolos de la calidad de delinquentes.

La enajenación o inconciencia.- Refutando actos sin discernimiento, cuando se trata de actos de dementes "que no fueran practicados en intervalos lucidos" o de los que por cualquier accidente estan sin uso de razón. El Artículo 921, 1070 y 1076 del Código Civil así lo determina. El término demencia se aplica a las enfermedades mentales que alteran profundamente el ser razonable del sujeto privándolo de su capacidad de juicio. - La enajenación quedó limitada en tres criterios para establecer la inimputabilidad jurídica de los insanos:

- a) El biológico psiquiátrico para.- Comprobando el estado anormal del agente.
- b) El psicológico para.- Presta atención a las consecuencias o efectos en la psiques del sujeto, de la anormalidad en relación al acto concreto que realizó.
- c) El Psiquiátrico-Psicológico Jurídico.- Abarca las llamadas condiciones biológicas, asimismo las consecuencias de ellas (excluye la libre determinación de la voluntad).

El intervalo lúcido.- No refuta involuntario el acto ilícito practicado por dementes, aun cuando hubieran sido así de clarados en juicio.

La minoría.- O falta de desarrollo psíquico, caracterizado por la infantilidad que impide al sujeto discernir el carácter de la conducta e inhibir el impulso delictivo, aceptando solamente el criterio biológico puro (a menos de que se contemplen situaciones de inimputabilidad disminuida o condicionada);-

las consideraciones psicológicas deben proceder a la formulación normativa y estar fundadas científicamente.

El Código Penal en su artículo 119 (Derogado) señalaba que las conductas realizadas por los menores de 18 años que - objetivamente tienen la apariencia de delito, no lo son por no haber sido ejecutados por sujetos inimputables y por ello no medía la culpabilidad. Los menores infractores pueden sus ilícitos generar la responsabilidad de reparar el daño que hayan causado, en los términos de los artículos 29 y 32 aun cuando sea como simple responsabilidad civil.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación indica - que "el ámbito de eficacia personal de la ley penal no incluye - a los menores de 18 años (edad límite) a quienes solo puede aplicarse medidas tutelares y educativas"⁹⁵ las medidas aplicables - a los menores quedan enmarcados en el artículo 120 . P., pudiendo ser el apercibimiento (art. 42 C. P.) e internamiento (frac. I a VI) aludiendo las medidas a las condiciones especiales del - menor, según la gravedad del hecho que realizó.

La responsabilidad de los representantes.- Cuando almenor le es imputable el acto ilícito, además de su responsabilidad personal puede agregarse la de su padre o tutor, o personas encargadas en la guarda o vigilancia; pudiendo excusar su responsabilidad si probaran que les ha sido imposible impedir el acto-perjudicial del menor, con la salvedad de que esta imposibilidad no resulte de la mera inconstancia de haber sucedido el hecho -- fuera de su presencia atendiendo la prueba de su inculpabilidad - a los representantes y no a la víctima por la falta de la vigilancia activa.

La Sordomudez.- Se traduce por el deficiente desarrollo mental del sordomudo, cabalmente en la incomprensión del de

ber; en la falta de capacidad de entender el carácter ilícito en determinadas conductas. Cabe distinguir al sordomudo por nacimiento de aquel que perdió las cualidades a edad avanzada, así como el sordomudo instruido. Carranca y Trujillo señala que "el problema de la imputabilidad del sordomudo se debe analizar a la luz de las siguientes consideraciones: el defecto formulativo, e instructivo a la vez, producido por el deficiente medio de captación de conocimientos, que representa el sordomudo comparado con la amplia panorámica informativa del ser normal, habrá de refluir en la imputabilidad. Y si esta es un género de duda, la conciencia y la libertad de decir, se verán eliminadas en personas aquejadas de ese defecto, que tanta repercusión tiene en las facultades volitivas e intelectuales, ya que buena parte de actores estiman que la sordomudez obedece a una lesión cerebral... - la imputabilidad del sordomudo proviene por tanto de la deficiente inteligencia"⁹⁶.

El artículo 67 del Código Penal establecía en su párrafo anterior, que a los sordomudos contraventores se les recluía en establecimientos especiales para que sean educados o instruidos, teniendo en consideración su estado de sordomudez. - (Artículo derogado).

La inimputabilidad en el sordomudo es causa de inexistencia del delito porque falta el presupuesto necesario para la formulación del juicio de reproche relativo a la culpabilidad, - sin embargo los ilícitos cometidos pueden motivar la acción tendiendo a la reparación del daño causado en los términos del artículo 29 del Código Penal que relacionado con la fracción II -- del artículo 32, establece la obligación de reparar a cargo de los autores o custodios de los incapaces por los hechos ilícitos que ellos realicen.

El Trastorno Mental Transitorio.- O Alteración psíquica de la salud se analiza en la enajenación mental o alienación-

96.- Carranca y Rivas Raúl. El Código Penal anotado.- Ed. Porrúa Méx. 1984. pp. 222.

(estudiados en la falta de desarrollo mental) y en la falta de salud psíquica que impide al sujeto definir el carácter antijurídico de la conducta e inhibir sus impulsos delictivos, psicológicamente cabe como inerte limitación al trastorno patológico. En suma para la inimputabilidad del actor de un acto objetivamente, por razón de insanidad mental son necesarias: la comprobación de un estado habitual o no de perturbación morbosa de las facultades intelectivas con referencia a un acto determinado, y una condición de carácter jurídico consistente en la apreciación de que aquel estado de enajenación ha tenido por efecto privar al sujeto de comprender la ilicitud de su acto o de dirigir sus acciones.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que "La libre determinación de la voluntad del autor se halla excluida al tiempo del acto, para que pueda tener por comprobada su inimputabilidad, por ello es preciso que se compruebe que en el momento del hecho el agente no posea la salud o el desarrollo mental exigido abstracta e indeterminablemente por el legislador para comportarse en el mundo del derecho penal"⁹⁷. El Código Penal lo anota en el Artículo 15 fracción II cuya transcripción avoca: "padecer el inculpaado, al cometer la infracción, --- trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de --- acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente". La causa de la pérdida deja de tener eficacia en cuanto el sujeto vuelve a la normalidad anterior.

EL TRASTORNO MENTAL PERMANENTE.- La pérdida de las facultades intelectuales desde un punto de vista jurídico se entiende como el trastorno que perturba o abole las facultades mentales superiores, como el raciocinio, la inteligencia --- y la voluntad. Se carece de pensamiento (no hay congruencia--

97.- Seminario Judicial de la Federación 5a. época -- Tomo CXVII Volumen III p. 145.

entre lo ideado y lo ejecutado). Es importante declarar inimputable el enajenado para acordar las medidas asegurativas que prevengan ulteriores conductas delictivas; sin duda el delincuente enajenado debe quedar sujeto a medidas de seguridad, en tal virtud el Juez recurrirá a la pericia médico-legal para designar el trastorno mental

Los estados de inconciencia.- La ira como expresión de pasión no puede constituir un trastorno mental y no puede ser considerado como una alteración psíquica, legalmente no es determinante ese estado, pero si puede devenir de una anomalía mental; el artículo 68 del Código Penal señala las circunstancias que impiden conocer y valorar el hecho que se ejecuta: -- El empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes ... Artículo 15 fracción II produciendo en este estado un resultado típico y antijurídico, en cuanto fue adquirido en forma accidental e involuntaria, el cual provino sin intención o culpa por haberse omitido las precauciones prevesibles realizables.

El miedo grave es la perturbación del ánimo originada de la aprensión de algún peligro o riesgo que nos amenaza.- El Artículo 15 fracción IV lo señala como excluyente de responsabilidad en cuanto la perturbación o alteración anímica presuponene en el ser que la padece la existencia de un sistema nervioso y, además la de un factor externo estimulante que actúa sobre el propio sistema; significa ello que únicamente podrá haber miedo cuando cierto estímulo actuando sobre el sistema nervioso produzca la reacción.

El temor fundado provoca que el sujeto pierda su inteleción y sensibilidad, así como su potencial racional, quedando en un estado inerte suspendido y sustraído del mundo exterior; la capacidad para reconocer el injusto y actuar correspondientemente, presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de la persona.

Son enfermos mentales los incapaces de comunicarse o expresar sus pensamientos, o comprenderlo debido a su deficiente desarrollo mental. La locura no es una deficiencia mental, aun cuando si es una enfermedad mental, solamente podrá ser comprendida como una perturbación psíquica debida a causas congénitas o adquiridas que provocan una diferente concepción del mundo exterior, entendido en este sentido a la locura como una enfermedad y por tanto una anomalía que corresponde a la mediana -- legal, y cuyas consecuencias presentadas son la adaptación a las normas del medio, respectivamente el loco no puede percibir y comprender el carácter antijurídico de su conducta, y su valoración no corresponde a una valoración normal.

5.- LA CULPABILIDAD

Como elemento subjetivo del delito, se refiere al sujeto determinado, autor de una conducta típica y antijurídica, y esencialmente, al contenido psíquico de esa propia conducta. En su acepción Mezger precisa a la culpabilidad como -- "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de una conducta antijurídica"⁹⁸ entendido como la suma de condiciones de la coacción penal (ajenas a la pena y a su supuesta condicionante), es decir la suma de condiciones que han de ser satisfactorias para que el supuesto penal quede a cargo de determinado sujeto sobre el que, en consecuencia, debe recaer la sanción, esta relación causal constituye la llamada imputación física del delito, que expresa a la sanción aplicada en cuanto exista relación de causa o efecto entre un delito y el hombre; surge así la idea de responsabilidad por hecho propio, sea por voluntad o por su negligente falta de previsión. La imputación moral consiste en la referencia psíquica del hecho al agente.

La culpabilidad empero se proyecta en la aptitud de

98.- Klein Julio Teoría de la Culpa U.N.A.M. Méx. 1941 p. 41.

comprender la naturaleza del acto y dirigir la conducta, avocando la relación que existe entre el querer del agente y su acto, este querer es culpable cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias normalmente previsibles o desdeña la adopción de medidas necesarias para prevenirlas (culpa en sentido estricto) definiendo a la culpabilidad como "una conducta espiritual del agente desaprobada por la ley"⁹⁹.

Conforme al normatismo, la culpabilidad es "el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable de haber realizado un comportamiento típico y antijurídico cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma"¹⁰⁰. En el Código de Procedimientos Penales los artículos 336, 346, 369 y 391 la culpabilidad, no es un juicio, sino el resultado de un juicio realizado por el Juez quien lo declara sobre la persona. En esta situación en cada caso particular que conozca el Juez deberá resolver si respecto del sujeto, también particular, al que se le atribuye la conducta casualmente típica, había exigibilidad específica, es decir si tenía que cumplir con el deber de imponer a su conducta un sentido determinado, y sobre todo, si ese sentido era suficiente para romper el proceso causal que produjo finalmente el resultado.

En materia de responsabilidad por actos ilícitos, - el daño material o moral causado ilícitamente a otro, determina la obligación de repararlo, si además, fue causado culpablemente.

El sujeto es físicamente autor del daño (relación de causalidad) y también moralmente (culpa), esto es, como ser capaz de conductas o actos que se traduce su esencia espiritual.

99.- Orgaz Alfred LA CULPA Ed. Lerner B. Aires -- 1970. p. 4.

100.- Vela Treviño Culpabilidad e Inculpabilidad Ed. Trillas 3a. Méx. 1985 p. 201.

5.1.- EL DOLO Y LA CULPA.

La Culpabilidad reviste dos formas: I) De la voluntad que consagra el concepto de dolo, y II) La imprevisión que configura la culpa.

EL DOLO.- Se caracteriza porque el autor del acto - contrario a Derecho lo rebasa a sabiendas y con intención de dañar los derechos de otro. Artículo 1072 Código Civil, teniendo el autor conciencia de la ilicitud o tratarse de actos y -- omisiones contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Al dolo se le da la idea de maldad, de intención éticamente perversa; Ferrí añade es la expresión de la naturaleza antijurídica del agente, presentado como la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho estimado por la ley como delito, cuyos elementos sean:

- a) La conciencia de la antijuricidad del acto delictivo.
- b) La intención de violar el derecho, caracterizado por su fin antisocial.

En los delitos dolosos concurre la representación - (que es una visión interior de la cual surge alguna percepción o significado de un fenómeno imaginario como posible derivación de un hecho de la conducta), y la previsión (no sólo como fenómeno ideativo, sino como un juicio de posibilidad o certeza acerca de una derivación causal, respecto de acciones particulares), aplicando estos criterios, los delitos se agrupan en dos categorías:

A) Delitos con resultado representado:

- 1) Dolo determinado o directo.
- 2) Acto indeterminado o eventual.
- 3) Dolo superado por el resultado.
- 4) Dolo con resultado esperado.

El Dolo Directo.- Advierte un resultado cierto, -- existiendo una proyección anticipada de la conciencia previniendo las consecuencias, ejerciendo un juicio propio fundado en un desarrollo causal; el resultado alcanzado es el mismo -- que concretamente se propuso el agente del delito. Es decir -- que el mundo externo debe aparecer en la conciencia en su modificación deseada. Von Liszt señala que se tiene como dolo "el resultado previsto como cierto, representado como posible, si se persigue como deseado e indiferente, y el resultado representado como posible aunque no sea deseado, si el sujeto lo prefiere a la renuncia o al logro del fin que se había propuesto"¹⁰¹ en cambio Von Hippel advierte que "si el resultado fue previsto como posible, pero el sujeto ha obrado porque esperaba que no se realizara dicho resultado, se tiene culpa conciente"¹⁰².

El Dolo Eventual.- La intención se dirige indiferentemente a varios resultados, pudiendo ser el dolo indiferente o preferente en atención al resultado, previendo el resultado como posible pero uno espera que no se realice, pero si no es querido el resultado se hablará de culpa agravada por la previsión.

El Dolo Separado Por el Resultado.- Es cuando se -- exceden las consecuencias intentadas, pudiendo permanecer dentro de los límites de la figura delictiva querida, que constituye una circunstancia agravante, o que configure por si misma un tipo penal diferente al querido, al cual se suma un resultado efectivamente producido (dolo preterintencional) - requiriendo que el bien jurídico lesionado por el mayor resultado sea del mismo género que el bien contra el que se dirigió el acto inicial de la -secuela, en el supuesto contrario el delito esculposo; o que el delito excedente de la intención no era previsible como consecuencia del delito directamente querido, es-

101.- Von Liszt Obra Citada p. 1914.

102.- Altavilla Enrico La Culpa Ed. Bog. 1959 p.114.

tableciendo responsabilidad por este último. Hippel propone como criterio de distinción para considerar doloso al resultado "que el ánimo del agente se decida por la posible producción de este y para estimarlo culposo que el agente se decida a --- obrar con la esperanza de que no produzca el resultado previsto"103. Mezger por su parte aplica la tesis del consentimiento "para el caso en que el resultado haya representado con el ánimo del agente como dependiente de su voluntad"104. Si la representación se dio en sentido de que el resultado era indepen--- diente a la voluntad, es doloso en cuanto se consideró proba--- ble. Berlin afirmó que el dolo es "el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad de todas las circunstancias del hecho previsto en la ley"105.

El dolo existe con la sola voluntad de causar un daño, independientemente de que exista representación cuantitativa del mismo, consistiendo en la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso, técnicamente, el dolo no puede entenderse únicamente como la voluntad de un resultado concreto, debe existir una voluntad inicial de contenido típico, por lo que se distinguen defectos de voluntad en sentido propio (dolo) -- "que son aquellas que siempre presuponen una voluntad positivamente activa, es decir, una deliberación de realizar un resultado prohibido o de no ejecutar una acción mandada, de la mala voluntad negativa, es decir, la falta de un buen propósito de considerar y de poner la capacidad y atención requeridas para evitar acciones ilegales"106.

LA CULPA.- Representa la suma de condiciones que -- concurren en la aparición no querida de un hecho dañoso, considerado como delito por la ley, para que su autor sea penalmente responsable de él. Su concepto puede emanar de una obra sin

103.- Klein Julio Obra Citada p. 57.

104.- Mezger Edmundo Obra Citada pp.684 en cuanto a haya consentido su producción el delito así configurado es doloso.

105.- Vent Liszt Obra Citada p. 397.

106.- Vela Treviño Obra Citada p. 235.

sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso y previsto en la ley. Para determinar su naturaleza surgen diversas teorías que a saber la explican:

- a) De la previsibilidad.
- b) De la evitabilidad.
- c) Del defecto de la atención.

La primera fue sustentada por Carrara para quien la esencia de la culpa dimana de la previsibilidad de un resultado no querido, entendida como defecto de la inteligencia del actor o de la voluntad. La culpa consiste esencialmente en la no previsión de un resultado, por la falta de reflexión y cuidado en la realización del acto. La segunda acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, por lo que no da lugar al juicio de reproche en virtud de un resultado inevitable.

La tercera sostenida por Angliolini, la interpreta como una deficiencia en la asociación de ideas y en la atención de un deber impuesto por la ley, se caracteriza negativamente por la falta de propósito o voluntad de dañar, y positivamente para el agente o si lo previo, por la omisión de las diligencias necesarias para evitarlo.

La culpa requiere por parte del sujeto activo un comportamiento irreflexivo, negligente, descuidado, omisivo de cautela y precauciones exigidas por el Estado para hacer posible la vida común. Los actos culposos no deben identificarse con los actos negativos. En los delitos de omisión el cuerpo esta inactivo, pero el ánimo esta activo, porque para el fin que tiende, no requiere imponer la inactividad del cuerpo. En los delitos culposos puede estar activo para realizar actos de los que nace el efecto dañoso, pero el ánimo esta siempre inactivo porque lleva un cálculo a la previsión de esos efectos.

La culpa se define como la voluntaria omisión de diligencias en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. En los delitos culposos es imprevisible demostrar la existencia de un estado subjetivo en que el agente del delito incurra en falta de previsión de lo que es previsible; un estado objetivo o sea la comprobación de los daños causados a consecuencia de que el agente del delito dejó de observar un deber de cuidado que personalmente le incumbía para evitar la producción del daño y una relación de causalidad que vincula el estado subjetivo con el resultado dañoso.

La previsión significa proyectar un juicio en el porvenir, pronosticando que de nuestra conducta se seguirá determinando un resultado con relación a causa y efecto, que consiste en la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un lugar dado y en un momento determinado tiene que prever el resultado que a su vez debe referirse a una situación concreta de la conciencia del agente en el momento del delito.

La culpa sin previsión tiene características graves, el agente ha previsto como posible el mal que se ha realizado, pero sin haberlo querido, aunque debía prevenirlo, tomando las precauciones necesarias para evitarlo o absteniéndose de la acción; asimilándose al dolo pero no recayendo en ser doloso por no haber tenido el autor del mal la intención de producirlo.

La clasificación de la culpa radica en el criterio de mayor o menor posibilidad de previsión del resultado dañoso especificándose como: lata (grave), leve y levísima - (le corresponde una sanción civil, siendo esta la reparación del daño).

La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los diligentes.

Causas en las que mera la culpabilidad.

La Negligencia.- Compete al que viola un deber de atención que le atañe estando en grado de prever el resultado, consiste en una conducta omisiva contraria a las normas -- que imponen determinada conducta, atenta y sagaz encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso y peligroso. El artículo 40 del Código Penal advierte "que no impedir un resultado que hay obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo" entendiéndose a la negligencia no sólo por el dejar de -- hacer, sino por el modus operandi, esto es por el descuido de la conducta, en cuanto se obra de manera distinta a como se debería.

La imprudencia.- Consiste en una acción de la cual habría de abstenerse, por ser capaz de ocasionar determinado evento de daño o peligro o que ha sido realizado de manera no adecuada, por lo tanto es una forma ligera de obrar sin precauciones, distinguiendo la precipitación de la desatención, pudiendo ser posible por el descuido del derecho ajeno o el escaso colorido con otro que acompañe a la previsión del resultado.

La impericia.- Consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, fundada en el -- error, la ignorancia y la inhabilidad.

* EL ERROR.- Consiste en un juicio inexacto que puede derivarse de un fenómeno ilusorio, es decir de una perfección inexacta, o el equivocarse al interpretar el desarrollo del concepto.

* LA INHABILIDAD.- Proviene de la escasa práctica o falta de habilidad. Manzinni cree "la impericia para constituir culpa debe resultar como una condición conocida por el agente y como un obstáculo

voluntariamente descuidado"107.

* LA IGNORANCIA.- Es el completo desconocimiento de la actividad practicada.

El hecho configura un delito culposo cuando incurre:

A) En un exceso excusable.

B) En un error culposo (será estudio de la inculpa-
bilidad).

EL EXCESO EXCUSABLE.- Surge en cuanto no exista proporción entre la necesidad y la conducta que para ella se impone. El ejercicio de un derecho debe entenderse en sentido lato, como comprensividad de toda facultad de obrar. Gallo al igual que De Marcicó opinan: "si la apreciación objetiva del agente debe ser tenida en consideración cuando reviste su acción desde el principio introduciéndolo erróneamente a creer que se halla en condición eximente (como en la legítima defensa putativa) con mayor razón debe ser considerada como apreciación, cuando, a pesar de hallarse el agente desde el principio en real situación eximente, cambió la acción en un tiempo posterior, haciéndola también por error una acción excesiva"108 - en consecuencia cuando la desproporción se refiere a la gravedad de la causa de legitimación o de justificación, la apreciación subjetiva recae sobre la conducta del primer momento, entant que si refiere a la ejecución recae sobre el segundo momento. Por eso "el exceso es un abuso del derecho, abuso consistente en que falta la apreciación en orden a la proposición entre el peligro y la reacción que se pone en movimiento con el fin de rechazarlo"109 el exceso por ser de naturaleza condicionada al delito su realización está subordinada a un resulta

107.- Altavilla Enrico Obra Citada p. 11.

108.- Altavilla Enrico Obra Citada p. 176.

109.- Altavilla Enrico Obra Citada p. 181 Tal --
opinión realiza Battaglini como argumento contra la naturaleza culposa del exceso.

do, es decir tendremos un delito culposo en el que intencionalmente se ha ocasionado el peligro.

CAUSAS DONDE HERRA LA CULPADILIDAD.

EL CASO FORTUITO.- No es causa de inculpadilidad, - sino la falta de relación causal entre el acto del agente y el daño. El caso fortuito es el suceso extraño al presunto responsable que no pudo prevenirlo ni evitarlo; el daño es la obra de un tercero por quien no debe responder el agente culpable, - en torno a esto no es penalmente culpable ni responsable más - que cuando ceda la imputación moral del delito por dolo o por culpa, la responsabilidad resulta dañosa igual al causado por un delito intencional si el agente no tenía, respecto a ese resultado el deber de prever su aparición.

El artículo 15 Fracción X, lo señala como circunstancia excluyente de responsabilidad, en virtud de provenir como un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas. El Estado no puede pedir la previsión de lo humanamente imprevisible. En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías, sea la conducta del agente precavida y lícita y una fuerza extraña a él. El caso fortuito se presenta cuando el sujeto realiza una conducta lícita dentro de los límites de la prudencia.

5.2.- INCULPADILIDAD.

Su definición se traduce como la ausencia de culpabilidad, consistente en la absolución del sujeto a un juicio de reproche. Esta ausencia no impide que la conducta externa encaje en el tipo o descripción legal, pero el hecho de que no se consigne como circunstancia que impide la incriminación, no significa que no pueda dictarse sentencia absolutoria, la cual puede dictarse partiendo del principio que del mismo se des---

prende y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito.

LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Surgen a propósito: de un acto ilícito; de un autor imputable; de un daño causado por aquel acto; o del obrar del autor sin conocimiento de la licitud de su acción o sin libertad para dirigir sus acciones. Por lo que únicamente son causas de inculpabilidad:

I) El error.

II) La fuerza intimidatoria.

EL ERROR.- Es el insuficiente o defectuoso conocimiento acerca del objeto, como la falta completa de su conocimiento. Considerado como un vicio del intelecto, consistente en una apreciación errónea o falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto material, en suma el error es el falto conocimiento de la verdad.

Para su mayor comprensión y análisis, el error se divide en: a) error de hecho el cual recae sobre la existencia material, y que a su vez se subdivide en: esencial (cuando recae sobre la naturaleza ilícita o ilícita del acto y no solamente sobre los efectos); accidental (falta de noción que no incide sobre la naturaleza del acto, sino sobre las circunstancias esenciales del hecho); excusable (cuando no ha existido ni motivo o razón para error); e inexcusable (proveniente de una negligencia culpable, en donde no basta la incertidumbre o duda sobre las condiciones del hecho, sino las circunstancias que permitan e impongan una información más cuidadosa a la abstención del hecho). b) el error de derecho no exime la responsabilidad, en virtud de que la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha, recayendo sobre la existencia o significación jurídica de un precepto legal, del que resulta ilícita la acción o omisión del agente.

A propósito de la ignorancia, se distingue el error por ser un acto voluntario ilícito, obra de un sujeto capaz -- con discernimiento, que versa en el insuficiente o defectuoso conocimiento de un objeto, y la ignorancia es la falta completa de convencimiento.

El error esencial de hecho debe ser invencible, de lo contrario deja subsistente a la culpa, de acuerdo a Vannini "el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado -- con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal"¹¹⁰. En concreto, en el error esencial el sujeto actúa ilícitamente creyendo actuar jurídicamente.

El error de hecho nunca es esencial y excusable, -- constituye una causa de inculpabilidad; se trata de un acto -- sin intención (artículo 922) aplicado a un acto concreto.

El error accidental recae sobre las circunstancias secundarias al hecho, sean: a) En el golpe.- Cuando el resultado no es el propiamente querido; b) En el uso de los medios de ejecución.- O por otra causa se ocasiona un resultado distinto del que se buscaba involuntario, cuando el hecho está -- previsto por la ley como delito culposo. Y si es culpable ocasionase también el resultado voluntario, se aplicarán las normas sobre concursos de delitos, por consiguiente trata de verdadera culpa y no de un caso de responsabilidad objetiva y que la violación intencional de la ley se rebela una conducta imprudente en sus relaciones con otros; c) En la persona.- Versa en una persona diferente a quien iba dirigida la ofensa, no resta responsabilidad, en cuyo caso el culpable será sancionado como si hubiera cometido el delito en contra de la persona a quien pretendía ofender; d) En el delito.- Ocasionando un suceso diferente al deseado, por creer que hay circunstancias

que excluyen la pena, o al excederse de los límites establecidos por la ley o impuestos por la necesidad.

Cuando el error fue provocado dolosamente por otra persona, para que ese error deba considerarse excusable, es preciso que el dolo haya sido "grave" en relación del acto ilícito, en sentido de que los artificios empleados induzcan en el engaño del agente, la excusabilidad del error resultará de las diversas circunstancias que induzcan la razonable imposibilidad o falta de necesidad del errante para conocer o verificar el nuevo estado de las cosas.

LA FUERZA INTIMIDATORIA.

EL TERROR.- Atendiendo al agente la causa de inculpabilidad es el miedo; el acto es impugnabile por falta de libertad, los demás terminos aluden los diversos medios externos -- con que se puede causar miedo: Sea por la fuerza física, moral (amenazas) que genéricamente invocan a los conceptos de violencia, intimidación (esto es causar miedo). El miedo es el resultado último e invariable de los diversos medios por lo que el agente puede ser constreñido a obrar sin libertad.

LA VIOLENCIA FISICA.- Es cuanto el violentado ha sido mero instrumento material para la causación del daño, ha obrado con voluntad psíquica pero sin libertad sus formas son:

--Vis Absoluta-- se caracteriza porque la persona es mero elemento pasivo de la fuerza humana o natural, que produce el daño. Es este caso, el agente inmediato del perjuicio no es solo culpable, sino que tampoco es el autor material de el; es solo un instrumento humano, por lo que el daño deberá imputarse al factor humano o natural que lo produjo.

--Vis Compulsiva-- fuerza empleada contra una persona que cede conscientemente y acepta realizar el acto-

ilícito que de otro modo no habría realizado, la víctima cede ante la violencia física o moral por temor a que se prolongue. Pudiendo consistir en el constreñimiento corporal, cuando alguien hubiere obligado al agente a practicar el acto, ya sea por medio de cualquier ofensa física en su persona, -- por malos tratos o por la privación de su libertad, por persona sin autorización para hacerlo.

La fuerza o violencia física requiere ser irresistible, si no tiene el carácter no podrá ser causa determinante del acto ilícito del agente.

La intimidación provocada por amenazas (violencia moral) debe ser injusta en cuanto se realiza sin derecho o de un modo contrario al derecho; el cual objeto de la amenaza debe ser, inminente y grave, la gravedad significa que debe existir una razonable proporción entre el daño previsible y el que pueda ocasionar el amenazado cediendo a la intimidación.

El carácter de inminente se produce de modo que no da tiempo al amenazado para recurrir al auxilio de la autoridad pública o de otras personas.

Las amenazas deben tener el efecto real de producir un temor fundado, excluyente de responsabilidad, el temor debe ser actual, es decir concomitante con el acto obligado, aunque el mal que amenaza pueda estar suspendido un cierto tiempo. En definitiva se trata de una cuestión a decidir de acuerdo a las circunstancias del caso, precisando con respecto al amenazado sus condiciones o caracteres habituales, de suerte que pueda juzgarse que la amenaza ha debido hacerla racionalmente una -- fuerte impresión.

6.- PUNIBILIDAD

Consistente en el merecimiento de una pena en fun--

ción de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena (o a la aplicación de la sanción).

La punibilidad puede significar la imposición concreta de una pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

De su cuestionamiento como elemento del delito emergen diversos criterios: uno que dice que es elemento esencial del delito partiendo del principio general NULLUM CRIMEN SINE POENA, es decir, no hay delito sin pena, de ahí que se afirma que una conducta tendrá el carácter de delito siempre y cuando se halle sancionada. Por otra parte hay quienes señalan que la punibilidad es una consecuencia del delito, la cual surge con la presencia del delito integrado por los elementos descriptivos, ya antes estudiados, y que al concurrir surge la necesidad de la sanción. Lo cierto es que los autores coinciden de manera alguna al señalar su concepto como la amenaza existente por parte de la ley de imponer una sanción a quien viole la norma.

CASTELLANOS TENA resume la punibilidad en: a) El merecimiento de penas; b) La amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) La aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley¹¹¹.

Porte Petit añade al respecto del artículo 7º del Código Penal la definición del delito como "El acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía penal NULLA POENA SINE LEGE, pues tal afirmación es innecesaria, ya que la otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garan-

111.- Confrontese Obra Citada del Profesor Castellanos Tena F. p. 267.

ta penal, tampoco vale negar a la penalidad el rango o carácter de delito, con base a la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la condena ejecutada por el beneficio de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y -- culpable y, por tanto, constitutiva del delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena"112. Carranca y Trujillo expresa, que las excusas absolutorias dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena, por tanto no es un elemento sino una consecuencia del delito.

6.1.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Con este respecto, la teoría no se pone de acuerdo y existen diversos criterios en cuanto a la naturaleza jurídica, y así tenemos que hay quienes señalan que son elementos -- esenciales del delito porque se requiere de su existencia para su integración, siendo comprendidos en la descripción legal. En contraposición a esta idea se dice que las condiciones objetivas de punibilidad no tienen el carácter de elemento -- esencial, en virtud de no ser encontradas en toda descripción legal sino tan sólo en algunas, por tanto más bien resultan -- excepciones que elementos esenciales. Traducidos como requisitos de procedibilidad y que en su existencia depende ya el inicio del procedimiento penal o la persecución o continuación -- del mismo, por lo tanto influyen en el procedimiento y no en la constitución del delito. Son aquellas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Por lo que hace a su aspecto negativo, estas se presentan cuando en la realidad no concurren y se seguirá la tra-

vectoria atendiendo a la naturaleza jurídica que se le dé.

6.2.- AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

Son aquellas causas que dejan subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impidiendo la aplicación de la pena, en virtud de que el Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad.

Como aspecto negativo de la punibilidad se establecen como el perdón legal definido como la remisión expresa por parte de la ley de imponer una sanción, dejando subsistente el carácter de delito de la conducta.

En las excusas absolutorias falta sólo la punibilidad de la acción; son causas que dejan subsistir el carácter delictivo de la acción, causas personales que excluyen solo la pena, pues por las circunstancias que concurren en la persona del autor, el Estado no establece para tales hechos sanción alguna, definiéndolas como "circunstancias en las que a pesar de subsistir la antijuricidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor"¹¹³.

El fundamento de la existencia de las excusas absolutivas es iniciado, entre las que destacan:

- a) Los móviles afectivos revelados (protección de interés preponderante).
- b) La copropiedad familiar (robo entre ascendientes y descendientes, Artículo 177 y 362 del Código Penal actualmente derogados).
- c) La Patria Potestad o tutela (golpes dados por -- violencias simples en ejercicio del derecho de -

corrección Artículo 289 del Código Penal derogado).

- d) La maternidad conciente (cuando se ocasiona el aborto por imprudencia de la mujer Artículo 319 del Código Penal, o cuando es producto de una -- violación Artículo 333 del Código Penal).
- e) La temibilidad específica mínima revelada (dañando un interés social vinculado al Derecho Profesional o al uso de una función pública, siendo -- inculminable el no proceder por los medios lícitos que están al alcance del sujeto el impedir -- la consumación de los delitos que sepa van a cometerse Artículo 400, 211 y 199 del Código Penal).

La acción desarrollada por el sujeto acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es noble, sea por razones de familia o lazos consanguíneos (Artículo 375, 377 del Código Penal que versan la restitución espontánea con arrepentimiento y a la conservación del núcleo familiar), al afecto de palabra, respecto a la opinión pública, en cierto modo justificar al infractor (Artículo 280 Fracción II y 273 Fracción II, Artículo 151 y 15 del Código Penal) llevando al Estado al perdón legal de la pena.

CAPITULO III

EL DELITO DE FRAUDE.

1.- CONCEPTO.

El fraude es un delito patrimonial consistente en obtener mediante falacia o engaño, o por medio de maquinaciones o falsos artículos la usurpación de cosas o derechos ajenos. El engaño es una mutación o alteración de la verdad, la maquinación es el procedimiento empleado para apropiarse de lo ajeno. Para Meskel "es la antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin compensación y mediante engaño"¹¹⁴. --- Mientras Sebastian Soler lo considera una "Disposición Patrimonial, perjudicial tomada por error determinado mediante ardid - des tendientes a obtener un beneficio indebido"¹¹⁵, al decir del propio Maggiore, "Consiste en el hecho de quien al inducir a otro a errar por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio -- ajeno"¹¹⁶. Su naturaleza jurídica expresa un daño, es decir un peligro inferido a la comunidad o a otro individuo. Grisignia a este respecto advierte que tiende a constituirse mediante -- aquellos elementos que ofrece el propio ordenamiento legal. El daño es aquello que primeramente queda de relieve en el delito sea la pérdida actual o probable de un bien jurídico tutelado o su agresión prevaeciente; Distinguiendo entre el resultado del delito jurídicamente encausado y aquella que corresponde a la acción, entre lesión de interés y acontecimiento exterior -- del daño objetivo real o potencial, los daños se limitan al me ro atentado patrimonial sin que exista prolongación contra la seguridad, libertad o integridad.

Para su debida concepción, es preciso analizar las posiciones que adoptaban los Códigos Penales al reglamentarlo: El Código Penal de 1871 lo establecía en su Artículo 43 como -

114.- Derecho Penal V. pp. 122 Ed. Temis, Bogotá - 1956.

115.- Sebastian Soler Obra Citada p. 332.

116.- Maggiore Obra Citada p. 122.

"Siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se haya se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel"; El Código Penal de 1929 lo definía como una estafa en relación con la figura francesa del Scroquiere que expresa "hacerse de lo ajeno por medio de maquinaciones o artificios que no constituyen un delito de falsedad", esencialmente lo expresa como "el empleo de artificios o engaños para inducir al error a fin de provocarse para sí o para terceros un provecho injusto en perjuicio de -- terceros". El Código Penal Vigente en su Artículo 386, lo define, en su acepción genérica simple diciendo: "Comete el delito de fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido" concentrándose el hecho ilícito en -- virtud del medio empleado.

1.1.- DIVERSAS DENOMINACIONES.

Partiendo de sus antecedentes, el Código de Manú, - castigaba al que vendía grano bueno por malo, considerandolo - causa vil por fragante; El Código de Hammurabi sancionaba al - que falsificaba pesas o medidas; las leyes Hebreicas a los comerciantes hábidos de abusar de los compradores necesitados; - El Código de Corán a los que se aprovechaban de las condiciones del comprador o vendedor para enajenar la mercancía a menor o mayor valor del precio justo.

Surge el fraude a propósito de la oportunidad o necesidad para trabar las relaciones comerciales. El Derecho Romano hablaba de difusos crímenes de fraude:

- a) Stellationato: Delitos cometidos en perjuicio de - la propiedad ajena que fluctuaban entre la falsedad y el hurto. Era una impostura encaminada a - la obtención de un lucro indebido vfa del engaño; comprendiendo los fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad, sea la doble venta

de una misma cosa.

- b) Escroquerie o Stafa: Se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en un error por medio de -- una maquinación o artificio para obtener la entrega de la cosa, empleando asechanza artificiosa oculta y dirigida a la consecución de un mal fin.
- c) Truffa: Consiste en el hecho de inducir al error por medio de artificios o patrañas para obtener algún provecho injusto en perjuicio ajeno.
- d) De Fallere o Fortum: Quien engañaba usando un -- nombre ajeno o simulando determinada calidad personal para alcanzar un provecho, emulando o fingiendo en su actuar.

Las 7 partidas enuncian que comete el delito de --- fraude el que sorprendiendo la buena fe ajena con artificios, -manobras o ardides diversos de los específicamente mencionados, obtiene una ganancia injusta en contra de otro. El Código Alemán consideró culpable a quien con intención de procurarse una ventaja pecunaria ilícita perjudique el patrimonio de --- otro ya sea provocando o manteniéndolo en su error, sea presentando como cierto los hechos erróneos o deformando y disimulando los hechos verdaderos.

2.- EL HECHO EN EL FRAUDE.

La verdadera esencia antijurídica del delito de --- fraude radica en los engaños, ardides, artificios o maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarle a realizar un acto de disposición patrimonial.

El hecho como elemento objetivo del delito está ---

compuesto por la conducta, el resultado y la relación causal; distinguiendo la actividad productiva de un resultado material (Hecho), de aquella que sólo transmuta el orden jurídico (mera-conducta). En el hecho en relación con el fraude genérico simple, el tipo requiere necesariamente de un resultado material- que el Artículo 386 del Código Penal precisa en los siguientes términos: hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.

El hecho se expresa en el fraude, en todos aquellos actos tendientes a producir mediante el engaño, un estado subjetivo de error en el sujeto del delito o a aprovecharse del mismo para hacerse ilícitamente de una cosa o de obtener un lucro indebido.

Como un acto omisivo, reviste una inactividad voluntaria, existiendo violación de un mandato de hacer del que deriva un deber jurídico de obrar, por tanto el no hacer produce un resultado puramente jurídico, consistente en la mutación - originada por la violación de la norma.

En la comisión por omisión se produce un resultado-material prohibido a través de una inactividad o un no hacer - voluntario violatorio tanto de una norma prohibitiva como preceptiva. El aprovechamiento de un error para hacerse ilícitamente de una cosa o para obtener un lucro indebido, admite una actitud negativa, un no hacer del sujeto con violación del deber - jurídico de obrar, mediante el cual se llega al enriquecimiento indebido, en tal caso la conducta reviste la ilicitud consistente en una omisión y no en un actuar positivo. Por consiguiente, la conducta es el engaño o aprovechamiento del error - en que se encuentra, con voluntad de realizar los actos necesarios para colocar al sujeto en un estado subjetivo de error, - sea bien por callar el error o aprovecharse de él. La integración del Hecho, no solo se configura con la existencia de la - conducta y la producción del resultado acaecido, sino requiere que ambos estén vinculados por un nexo de causalidad, de mane

ra que si el resultado no es consecuencia de la acción u omisión comisiva del sujeto, no puede configurarse el fraude. El nexo causal se puede diseminar en la conexión psicológica existente entre la conducta engañosa y la causación del error, y en la conexión material que debe existir entre el error causado y el acto de disposición patrimonial que el sujeto realiza. Para González de la Vega, "el fraude existirá condición Sine Quanon cuando como resultado del engaño o aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de cosas o derechos patrimoniales ajenos"¹¹⁷. La obtención debe ser consecuencia de la falacia.

2.1.- LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FRAUDE.

- I) CONDUCTA FALAZ.
- II) ACTO DE DISPOSICION.
- III) DAÑO Y LUCRO PATRIMONIAL.

1) La Conducta Falaz.- Va relacionada con la densidad antijurídica, siendo trascendente en orden a la pena, se manifiesta a través del engaño o vfa las maquinaciones y artificios:

Las maquinaciones y artificios empleados para obtener la entrega de la cosa, ha de tener la suficiente transigibilidad para confundir los sentidos ilusoriamente, haciendo -- que aparezca una mentira como una contrastada realidad o para engendrar en la mente del sujeto una alteración de la verdad -- que devenga como presupuesto erróneo de la determinación de su voluntad.

El artificio requiere no tan sólo ser elocuente, mg ditado y persuasivo, sino que se compruebe la afirmación sea -- por medio del ejemplo, acompañada de ellos, patentes, marcas o

117.- González de la Vega Obra Citada pp. 225.

nombres comerciales falsificados o ficticios. El fraude existe cuando las maniobras o artificios van dirigidos a conmovir los sentidos humanos, operando el engaño tanto en la inteligencia como en el sentimiento de caridad del sujeto, provocando astutamente esa reacción. En estos casos las maquinaciones o artificios constituyan o no falsedad, son los medios necesarios para llegar al resultado típico que presupone el autor y por consecuencia no deben tener relevancia legal alguna en virtud del principio que estipula que ante un concurso aparente de normas debe sancionarse al delito fin y no el delito medio; en cuyo caso la penalidad se aumentará con prisión de tres días a dos años.

En el Fraude Calificado las maquinaciones o artificios son tendientes a robustecer la fuerza del engaño y así lograr el resultado ilícito. Las maquinaciones expresan una asechancia artificiosa y los artificios al aparato o máquina como medios que complementan la convicción de la falacia o mentirandiente a producir en el sujeto el error que propicie al resultado expresado como la entrega de la cosa (acontecimiento material).

El engaño como sinónimo de ardid o trampa, es la alteración de la verdad, debe entenderse según Maggiore como "un artificio acompañado de maquinación dolosa, para inducir al error, de manera más fácil. Precisamente se diferencia del artificio por la característica de ser siempre positivo o sea por consistir en una acción"¹¹⁸. En su estudio respecto del engaño Puig Peña precisa que dentro del engaño existe un elemento objetivo y otro subjetivo, consistente el primero en que debe ser suficiente para mover la voluntad de la víctima, y el segundo por la circunstancia de susceptibilidad para producir error en los sujetos, llevándolos a desprenderse de una parte de su patrimonio, del que no se hubieran desprendido de no ocu

rrir la equivocada confianza del estado subjetivo acaecido pro ducto de la malicia.

El engaño normalmente invoca la falta de verdad en lo que se dice, hace o piensa, por ello se entiende como el medio de que se vale el agente para inducir a otro a creer lo -- que no es; actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño, mutua^oción o alteración de la verdad es -- una acción falaz positiva. Si el engaño determinó el error y -- el sujeto pasivo hizo la entrega requerida por el agente induciéndola a tal error, el delito se juzgará consumado.

"Los engaños deben estar apoyados en hechos materia les, exteriores, tangibles o perceptibles que den forma precisa y suficiente a la mentira para hacerla creible"119.

En el aprovechamiento del error el agente no causa el falso concepto en que se encuentra el sujeto pasivo, simple mente se vale de esa situación para llegar al fin que se propo ne, absteniéndose de hacer saber la falsedad de su creencia a la víctima. El fraude en este caso se integra si la persona mo ral ofendida continúa con la acción hasta obtener el lucro indebido, "asumiendo una actitud pasiva, pues solo disimula ma-- liciosamente el error en que incurre la parte ofendida, para -- lograr indebidamente la cosa o el lucro. En consecuencia, es -- irrelevante lo alegado por el inculpado si afirma que no existi ó engaño de su parte, porque este elemento no es configurati vo del fraude que se le imputa"120.

11) ACTO DE DISPOSICION.

El delito de fraude es un delito material o de re--

119.- Seminario Judicial de la Federación. Amparo - Directo 2560/74 7a. Epoca Vol. 63 2a.parte. p. 21 y 25.

120.- Amparo Directo 3262//74 7a. Epoca Vol. 40 - 2a. parte p. 32 H.S.C.J.N.

sullado, pues su integración conceptual presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición de el sujeto pasivo del engaño, quien hace voluntaria entrega al estafador de la cosa objeto del delito, consistiendo en aquella resolución de la voluntad que determina al sujeto de hacer o no hacer y puede recaer sobre cualquier elemento de su patrimonio.

El hacerse ilícitamente de una cosa y obtener un lucro indebido pueden ser objeto del delito de fraude en cuyo caso el patrimonio en cuanto se proyecta y refleja en un interés jurídico se desarrolla el engaño o las maquinaciones que inducen al error.

"El lucro que se obtuvo era indebido pues las gestiones y trámites no requerían erogación, existiendo relación de causa a efecto en tales maniobras engañosas y el resultado consistente en un lucro indebido, dado que de no darse dicha conducta no se hubiera logrado el enriquecimiento ilícito"¹²¹.

Para la configuración del fraude "es irrelevante si el activo llega o no a disfrutar del dinero recibido, debido a su conducta dolosa, por cuanto que desde el momento en que lo tuvo materialmente en su poder, alcanza un lucro indebido con detrimento - del patrimonio de los pasivos y si estuvo en la posibilidad fáctica de disponer a su libre albedrío de ese numerario, ello no es indicativo de que no hubiera alcanzado lucro indebido"¹²².

La disposición es lograr ilícitamente alguna cosa, es decir de bienes corporales, de naturaleza física, tanto mug

121.- Amparo Directo 3478/64 Sala Auxiliar p. 23.

122.- Pues no es elemento configurativo de la infracción que nos ocupa la circunstancia objetiva de que el activo puede usar libremente del lucro alcanzado por el engaño, sino simplemente se requiere la obtención del mismo.- Informe 1980. Tribunal Colegiado del Décimo-Primer Circuito No. 7 p. 302 Amparo 36/80.

bles como inmuebles o alcanzar un lucro indebido sea cualquier beneficio ilícito, utilidad o ganancia económica que se obtiene explotando a la última.

III) DANO O LUCRO PATRIMONIAL.

La disposición que hace el engañador presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y correlativamente una ventaja para el estafador. El daño consiste en una disminución apreciable en dinero o valor económico correspondiente a una persona (daño patrimonial), entendiéndose que el delito se consuma cuando el sujeto activo obtiene una ganancia o beneficio que disminuye en su conjunto el patrimonio del sujeto activo. El lucro existe tan pronto como el agente obtiene la entrega de la cosa mueble o inmueble o la firma del crédito que obliga al sujeto, o del documento que contiene su renuncia a un derecho y en las cosas en que el daño patrimonial consiste en una privación injusta de un derecho, en el momento de lograr el servicio o beneficio que se propuso alcanzar.

2.2.- Clasificación en Orden a la Conducta y al Resultado.

Por cuanto a la conducta, el fraude es un delito comisivo (de acción), de comisión por omisión unisubsistente o plurisubsistente.

El engaño, como medio comisivo del delito, supone necesariamente la actividad del agente; el aprovechamiento de un error, como medio comisivo, implica por lo general una actividad cuyo efecto sea reforzar el estado subjetivo de la víctima, pero en ocasiones puede consistir en una inactividad para la obtención de la cosa o del lucro indebido.

Si la actividad delictuosa se configura en una unidad de actos o en la similitud o pluralidad de los mismos, el fraude será un delito unisubsistente o plurisubsistente cuando

la acción que lo constituye requiere de varios actos, ya que - el tipo penal aludido en el fraude calificado exige no sólo al engaño sino al empleo de maquinaciones o artificios para obtener la entrega de la cosa, por lo que la conducta no puede agotarse con un sólo acto sino con un conjunto de actos, de movimientos corporales o de actividades físicas ideadas para llegar al resultado señalado.

En orden al resultado el fraude es un delito instantáneo, material y de daño; es instantáneo en virtud de que se consume y agota en el acto de la entrega de la cosa o alcanza el lucro indebido, implicando la disminución del bien jurídico "El delito se consume en el momento mismo de su omisión y no puede en forma alguna estimarse que por el sólo hecho de pagar lo defraudado al o los ofendidos, deje de existir el delito"¹²³.

Es un delito material dado que la norma descriptiva establece conjunto a la conducta una mutación concreta en el mundo externo (la entrega de la cosa y del daño patrimonial -- concurrente en ella, así como la obtención del lucro indebido), el resultado es la efectiva disminución en el patrimonio protegido por la norma penal.

Es un delito de daño en razón de que la actividad - del agente se traduce en una efectiva lesión al bien jurídico ajeno (patrimonio), contrariamente de aquellos delitos que sólo amenazan con probabilidad de lesionar el bien tutelado (delitos de peligro).

En el fraude no pueden presentarse casos que den lugar al aspecto negativo del hecho ya que la aptitud mentirosa supone la plena conciencia del agente para llegar a la obtención de la cosa o del lucro, la exigencia típica de que la entrega de la cosa se realice no sólo en virtud de engaños o del

empleo de maquinaciones o artificios, hace que sea imposible la consumación del hecho fraudulento en los estados de sueño, somnambulismo, hipnósis... que avoquen ausencia de conducta.

2.3.- Tiempo de Comisión del Delito.

En el fraude genérico calificado como en delito material, se puede presentar el problema de la determinación del tiempo de su comisión. La hipótesis de que exista un lapso considerable entre la ejecución de la acción típica y la producción del evento, puede originar un proceso ejecutivo en diversidad de momentos, en tales casos debe atenderse al criterio de la consumación del delito, pues tratándose de un delito material en que el resultado tiene una realidad tangible, sólo puede hablarse de consumación del fraude cuando se realiza la entrega de la cosa, siendo aplicable la ley al momento que dicho resultado tenga ocasión de realizarse.

3.- LA TIPICIDAD EN EL FRAUDE.

El tipo comprendido en el Artículo 386 del Código Penal no establece calidad especial alguna en los sujetos activo o pasivo del delito, por lo que cualquier persona puede quedar comprendida dentro del supuesto legal, con la única excepción de que el sujeto debe ser plenamente capaz e imputable, pues sólo así podrá responder del ilícito que comete.

El sujeto activo es el que engaña o se aprovecha del error para hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro indebido, además de emplear las maquinaciones o artificios.

El sujeto pasivo es la persona que hace entrega de la cosa, resintiéndose el daño patrimonial a virtud de los medios empleados por el activo.

El objeto Jurídico del delito queda identificado

con el bien tutelado por la norma prohibitiva que es el patrimonio. La lesión patrimonial es normalmente correlativa al lucro indebido obtenido por el autor del hecho, concepto de claro contenido económico atendiendo al valor que lesiona al patrimonio.

3.1.- CLASIFICACION DEL FRAUDE EN ORDEN AL TIPO.

El Artículo 386 constituye un tipo básico, en razón a sus elementos se origina otro tipo penal, complementado o circunstanciado, subordinado y cualificado respecto de la sanción.

Con relación al tipo es complementado respecto del hecho descriptivo de una figura básica; es subordinado al agravarse la pena, su existencia jurídica esta condicionada al engaño, requiriendo de la maquinación o artificio para que el agente logre la entrega de la cosa. Es un tipo anormal pues entre sus elementos constitutivos figura la naturaleza descriptiva y la normativa (se hace "Ilícitamente" de una cosa o alcanza un lucro "Indebido") para implicar un juicio valorativo por el juzgador. Es un tipo de formulación, casuística, y alternativa por incluir en su descripción los medios comisivos de engaño y aprovechamiento de un error, así como hacer referencia al resultado exigido consistente en la entrega de la cosa. Es un tipo simple por proteger únicamente un bien jurídico (patrimonio):

Con relación a los sujetos: Es un delito de sujeto activo común o indiferente pues no requiere calidad alguna en los sujetos; es un delito individual, unisubjetivo o plurisubjetivo, la concurrencia de los sujetos no esta determinada legalmente, de modo que una pluralidad de agentes da origen a la participación delictuosa; es un delito ocasional pues el tipo no exige un conjunto de conductas idénticas cuya reiteración dé nacimiento al delito; es un delito personal o impersonal --refiriendo a que el sujeto pasivo pueda ser una persona física o una moral.

3.2.- CAUSAS DE ATIPICIDAD EN EL FRAUDE.

El tipo de fraude al no describir calidad en los sujetos, ni describir circunstancias de tiempo o de lugar de comisión, ni elementos subjetivos por exclusión, se establecen como causas de atipicidad:

- a) La ausencia de los medio comisivos: Sea del engaño, maquinaciones o artificios, es decir hace de saparecer al delito en tanto no cause perjuicio por faltar la adecuación del hecho al tipo legal.
- b) La ausencia del objeto jurídico ya que la imposibilidad de un daño patrimonial impide la configuración del delito.

Hay atipicidad por carencia de los elementos del injusto por la falta del elemento subjetivo del injusto: El engaño no es relevante si es posterior al acto de disposición patrimonial porque no puede ser causa, tampoco es relevante del que se hace objeto a un incapaz por faltar el medio comisivo (engaño) o por la falta de relación causal si no actúa con fines diversos al ánimo del lucro.

4.- LA ANTIJURICIDAD DEL DELITO.

El Artículo 386 califica de antijurídico el acto al referir en su precepto los conceptos de ilícitamente e indebido.

La Antijuricidad es carácter esencial de todo delito, por lo que no se requiere ser enmarcado en el precepto legal, resultando redundante pues el daño originado al patrimonio debe ser contrario al Derecho. La ilicitud del fin perseguido por el defraudado no justifica al acto del defraudador, por cuanto no puede considerarse lícito al no encontrarse amparado en la ley. El hecho realizado es delictuoso por integrar-

se los elementos constitutivos del delito, asimismo se integra la antijuricidad, porque el actuar del sujeto no se fundamenta en ninguna causa de justificación y en caso contrario se justificaría el proceder del defraudador suprimiendo el carácter antijurídico del hecho.

La entrega de la cosa implica un resultado ilícito- como también lo es la conducta fraudulenta, en la que vfa del engaño y de las maquinaciones o artificios se observa a la antijuricidad de acuerdo al criterio de Maggiore, "es inherente tanto a la acción (fraudulenta) como al resultado (ilícito), - por expresa referencia en la ley al carácter -injusto- del --- aprovechamiento obtenido, la cual desaparece no sólo en los casos en que normalmente se excluye, sino siempre que el fin resulte jurídico, como lo sería el caso del individuo que, por medio de una estratagema, le saca una suma de dinero a otro, - para pagarse una deuda cierta"¹²⁴ la lesión patrimonial es correlativa a la antijuricidad, identificando al defraudador con la indebida obtención de la cosa, implicando necesariamente la disminución patrimonial del defraudado.

4.1.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Se caracterizan por integrar conductas engañosas, - adicionadas por maquinaciones o artificios para lograr la entrega de la cosa, en las que tanto la acción como el resultado se justifican legalmente, Sean causas de justificación tanto - en el fraude genérico simple como en el fraude calificado las siguientes:

- a) El estado de necesidad.
- b) El ejercicio de un derecho.
- c) El cumplimiento de un deber.

El estado de necesidad.- El sujeto actua persiguiendo un fin lícito o necesario como es la superación de un estado de peligro que amenaza bienes jurídicos ya propios o bien ajenos, sacrificando el bien menor (patrimonio ajeno) para salvar el bien mayor (la vida o la integridad corporal); por ser los medios practicables y menos perjudiciales para el ofendido.

El ejercicio de un derecho.- Cuando se trata de actos tendientes a la recuperación de la cosa propia, que obra en poder del defraudado, por medio del engaño, por lo que no existe lesión patrimonial.

El cumplimiento de un deber.- En cuanto la licitud provenga de un precepto legal que así lo disponga, justificando a la acción u omisión del agente.

Desde un punto de vista formal estas justificaciones girarían en torno de la atipicidad, sin embargo en su aspecto material son auténticas justificaciones que impiden el nacimiento de la antijuricidad.

5.- LA CULPABILIDAD EN EL FRAUDE.

Estructuralmente el fraude es un delito intencional o doloso, al componerse por una actividad tendiente a producir error, o bien al aprovechamiento del mismo, esta concreta intención excluye su comisión culposa o imprudencial, y es necesariamente anterior a los actos integrantes de la acción fraudulenta, sea de los artificios o trampas, que buscan crear el error en el defraudado que lo lleve a la entrega de la cosa -- pues como lo destaca Soler "es la actividad engañosa que debe haber sido desplegada intencionalmente, debe consistir en una maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar. No es posible hablar de ardido cuando el sujeto mismo es el primer engañado, ya sea por la creencia de la posibilidad de un negocio, o por la simple convicción de que se afronta morosamente un riesgo; pero con la firme voluntad de superar las dificultades"¹²⁵.

La intención del Defraudador debe estar orientada a la realización de maniobras engañosas o al aprovechamiento del error ajeno, así como de obtener la entrega ilícita de la cosa o el lucro indebido; el dolo se configura cuando el sujeto representa un resultado (hacerse ilícitamente de la cosa o de obtener un lucro indebido) teniendo conciencia de la ilicitud, y actuando en forma voluntaria para llegar a la consecución de ese fin.

En el fraude Calificado la intención versa también en el empleo de las maquinaciones o artificios, acentuándose la actividad dolosa del defraudador al emplear medios objetivos que tienen la virtud de convencer más fácil y eficazmente, materializados en la entrega de la cosa a virtud del error sufrido.

5.1.- LA INCULPABILIDAD EN EL FRAUDE.

Aun cuando su configuración material resulta difícil, se admite el error de hecho con carácter de esencial o invencible como causa de inculpabilidad, que impida el nacimiento del dolo por faltar el elemento subjetivo; cuando el error de hecho es superable se tendrá la virtud de excluir la culpabilidad del agente por no haber tenido éste representación del resultado ni conciencia de su ilicitud. Razón por la que Maggiore pronuncie que "el dolo es excluido por el error, esto es, por la opinión excusable de que se obra por un fin justo, de que se ejerce un derecho aunque este sea inexistente"¹²⁶.

Las eximentes putativas son admitidas en tanto el sujeto considera cierta la falsedad de la licitud del ejercicio de un derecho o del cumplimiento de un deber exigido por la ley, o por el superior jerárquico que dicta la orden.

Con respecto a la Vis compulsiva o la acción moral,

su empleo impide que el sujeto obre conscientemente por carecer de la posibilidad para formular un juicio de reproche, por lo que a su acción u omisión le faltará la libre determinación de su voluntad para que se integre el carácter de dolo.

6.- LA PUNIBILIDAD EN EL FRAUDE.

El Artículo 386 adopta un criterio objetivo, cuestionando la duración de la pena de acuerdo al importe de lo defraudado, en razón de la naturaleza complementada y subordinada del delito.

Para los efectos punitivos se observaran las reglas preceptuadas en las fracciones establecidas por el artículo -- 386:

Fracción I. Con prisión de tres días a seis meses y multa de 3 a 10 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado no exceda de la última cantidad.

FRACCION II. Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10 veces pero no de 500 veces el salario.

FRACCION III. Con prisión de 3 a 12 años y multa de 120 veces el salario, si el valor de lo defraudado fuese de 500 veces el -- salario.

A toda pena impuesta se aumentarán de 3 días a 2 -- años de prisión cuando "El sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo de los engaños, sino de maquinaciones o artificios que para obtener la entrega de la cosa se hallan empleado".

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que "la penalidad en el delito de fraude se establece en proporción directa del monto de lo defraudado, ateniéndose del daño patrimonial causado al pasivo y no a la cantidad obtenida por el activo, siendo por ello que si, en la especie el monto del daño fue por cierta cantidad, la sentencia reclamada no -- entraña violación de garantías si en la misma se impuso una pena comprendida dentro de los extremos (mínimo y máximo) señalados en la fracción III del citado precepto legal, si resulta ser exacta la aplicación al caso cuestionado"¹²⁷.

Cuestionando al respecto de la punibilidad, es preciso anotar claramente que la pena es bastante alta y severa, ya que existe la posibilidad de que se le aplique al defraudador una pena de hasta catorce años de prisión; o conforme a la reglamentación de la fracción I del Artículo 20 Constitucional que permite la libertad bajo caución únicamente para los delitos cuya pena media sea de 5 años de prisión; el acusado en el fraude mayor de una determinada cifra, no podrá gozar de los beneficios de la libertad bajo fianza.

6.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

El Artículo 390 en relación a lo dispuesto por el Artículo 377 en cuanto al alcance precisado, establece que --- cuando el hecho sea cometido por ascendiente contra un descendiente o por éste contra aquel, no produce responsabilidad penal. No obstante que la excusa no favorezca a persona alguna que sin tener esa relación de parentesco intervenga en el delito; por lo que para poder aplicar la sanción se requiere que lo pida el ofendido.

6.2.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Son establecidas en el artículo 377 en relación con el extraño que intervenga con ascendiente o descendiente en la

127.- Semanario Judicial de la Federación 7a. Época
Vol. 108 2a. Parte p. 78.

comisión del delito fraudulento, consistiendo en la querrela - del ofendido; quedando subordinado a la naturaleza de procebilidad de la pena, a la perseguibilidad misma del delito y a la manifestación de la voluntad en tal sentido hecha por el defraudado. La situación se hace extensiva entre los fraudes cometidos por un cónyuge contra otro, de un suegro contra el yerno o la nuera, por éstos contra áquel, por el padrastro contra el hijastro o viceversa, o por un hermano contra el otro hermano.

C O N C L U S I O N E S.

Del análisis descriptivo del artículo 386, se precisa que debe existir ante todo una prioridad en cuanto al orden de aparición de los elementos del delito para que este se configure. Por eso, hablar de una problemática con respecto de la prelación lógica de los elementos constitutivos del tipo -- del fraude no debe representar tal. Dentro de su desarrollo esquemático se establece primeramente que debe presentarse una conducta falaz que presuponga la representación de un resultado, y de la cual emerge una conducta típica, antijurídica y -- culpable sobre la cual verse una sanción, que opere en atención al grado o a las circunstancias en las que se exteriorizó el acto delictivo.

Sistemáticamente al respecto del fraude puntualizamos:

- I) AL HECHO, referido como la causa que da origen o produce al resultado, y que en ningún caso podrá ser concebido como el efecto que resulte de la consumación del delito. Hacerlo atentaría -- contra la naturaleza del delito, en virtud de -- que no se cumpliría plenamente con los requisitos de existencia del Hecho Fraudulento; como -- como lo es el nexo o vínculo causal, constituyéndose la llamada ausencia de conducta que presupone la inexistencia del delito.

- II) EL HECHO, traducido como la actividad productora de un resultado material; distinguiendo de -- la conducta que solo transfigura el orden jurídico; En el fraude el hecho se expresa como los actos tendientes a producir en la víctima un estado subjetivo (ya sea induciéndolo al error o aprovechándose del mismo) para la obtención de un fin ilícito.

La integración del hecho a saber reviste de una conducta, un resultado y un nexo causal (que se guarda entre la conducta y el resultado); de manera tal que si el resultado no se realiza como consecuencia de la acción no puede configurarse el fraude. Articulando al nexo causal en la conexión subjetiva existente entre la conducta engañosa y la causación del error; y entre la conexión material existente del error causado, -- con el acto de disposición patrimonial. El fraude existe cuando los actos subjetivos van dirigidos a confundir la voluntad humana como medio necesario para llegar a la obtención de un resultado típico, en tal razón si el engaño determinó el error y el sujeto pasivo hizo la entrega requerida por el agente induciéndolo al error o preservándolo, el delito se consuma.

III) La integración del fraude es producto de un resultado material, presuponiendo la disminución patrimonial (producto de la entrega de la cosa y de la obtención del lucro indebido). Por ello la ejecución de la acción típica trae aparejada la producción del evento; consumándose el fraude cuando se realiza la entrega de la cosa, -- siendo su aplicación legal el momento que se realice el resultado.

IV) Típicamente queda precisado en el artículo 386 del Código Penal vigente que el fraude necesariamente debe ser realizado por un sujeto capaz e imputable (referir a un inimputable no admitiría la existencia del dolo o de la intención de producir un error o de aprovecharse del mismo, -- fundado en que la naturaleza del inimputable -- adolece la libre voluntad para la realización del hecho delictivo).

V) El precepto legal del fraude, asimismo establece el carácter antijurídico, al estipular que - el hecho realizado es delictuoso por no fundamentarse en ninguna causa legal que lo ampare; expresando la entrega de la cosa una conducta fraudulenta inherente tanto a la acción como al resultado, y que cuando invoca una causa de justificación sólo se estará a lo dispuesto en un estado de necesidad, en el ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber en cuanto el sujeto actúe persiguiendo un fin lícito o necesario para superar el peligro que le amenaza y preservar un valor mayor que el de un patrimonio ajeno, o cuando se obre en pos de la recuperación de la cosa propia.

VI) Con respecto a su elaboración y preexistencia, el fraude se configura como un delito doloso o intencional, al representar un resultado material, teniendo conciencia el agente de la ilicitud y actuando en forma voluntaria para hacerse ilícitamente del patrimonio ajeno; admitiendo - la inculpabilidad cuando trate de un error esencial de hecho e invencible, y a la coacción moral por no conformarse el elemento subjetivo, - al impedir que la víctima obre consciente (limitándolo en su facultad para formular un juicio de reproche), siendo improcedente además en virtud de estarse a lo dispuesto por el artículo - 377 que estipula como requisito de procedibilidad la querrela del ofendido cuando el fraude - aluda a una persona que tenga condición de parentesco consanguíneo o por afinidad.

Al establecer al fraude como un delito eminentemente doloso (análisis de la culpabilidad) y de resultado material (atendiendo a la conducta) es preciso subrayar que sin la

existencia de una conducta previa no podrá conformarse el delito, pues la simple detentación del lucro ilícito presupone a una conducta falaz.

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

- 1.- ABARCA RICARDO. DERECHO PENAL MEXICANO, ESCUELA LIBRE DE DERECHO-MEX. 1941.
- 2.- ALDO MORO. LA ANTIJURICIDAD PENAL, ED. ATALAYA B. AIRES 1967.
- 3.- ALIMENA BERNARDINO. PRINCIPIO DE DERECHO PENAL, ED. BOCCA FRATELLI --ITA. 1894.
- 4.- ALTAVILLA ENRICO. LA CULPA (EL DELITO CULPOSO), ED. TEMIS, BOGOTA - 1959.
- 5.- ANGELES CONTRERAS JESUS. COMPENDIO DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL) TEXTOS UNIVERSITARIOS, MEX. 1969.
- 6.- ANTOLOSEI FRANCISCO. ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO, ED. UTELLA B. AIRES 1968.
- 7.- ANTOLOSEI FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL) ED. UTELLA, B. AIRES 1966.
- 8.- ARROLLO ALBA FRANCO. ESTUDIO SICOLOGICO DEL DELITO DE FRAUDE U.N.A.M. MEX. 1962.
- 9.- BECCARIA CESAR. TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, ED. PORRUA. 1a. EDICION FACSIMILAR, MEX. 1982.
- 10.- BERISTAIN ANTONIO. DERECHO PENAL CONTEMPORANEO, U.N.A.M., REVISTA DE DERECHO, MEX. 1978.
- 11.- BETTIOL GUISEPE. DERECHO PENAL, ED. TEMIS, 4a. EDICION, BOGOTA 1965.
- 12.- BREDAENIDE JHON. TRATADO DEL DELITO DE FRAUDE, ED. NEUCHATEL, PARIS 1977, INST. NAC. CIENCIAS PENALES.
- 13.- CARDENAS RAUL F. DERECHO PENAL MEXICANO, ED. JUS RUSTICA, MEX. 1982.
- 14.- CARNELLUTTI FRANCESCO. TEORIA GENERAL DEL DELITO, REVISTA DE DERECHO --- PRIVADO, MADRID 1941.
- 15.- CARNELLUTTI FRANCESCO. TRATADO DEL FALSO, ED. PADOVA, CEDHM ITA. 1935.
- 16.- CARRANCA Y RIVAS-RAUL. EL CODIGO PENAL ANOTADO, ED. PORRUA, MEX. 1984.
- 17.- CARRANCA Y RIVAS-RAUL. DERECHO PENITENCIARIO (CARCELES Y PENAS EN MEXICO) ED. PORRUA 2a. EDICION MEX. 1981.

- 18.- CARRANCA Y TRUJILLO-DERECHO PENAL MEXICANO (PARTE GENERAL) ED. PORRUA RAUL. 14a. EDICION, MEX. 1982.
- 19.- CARRILLO FLORES -- ANTONIO. LA CONSTITUCION, LA SUPREMA CORTE Y LOS DERECHOS-HUMANOS, ED. PORRUA, MEX. 1981.
- 20.- CASTELLANOS TENA - FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO, ED. PORRUA-14a. EDICION, MEX. 1980.
- 21.- CASTRO ZAVALA. LEGISLACION PENAL Y LA JURISPRUDENCIA, CARDENAS-EDITORES TOMO II MEX. 1987.
- 22.- CUELLO CALON. DERECHO PENAL, ED. BOSCH BARCELONA 1956.
- 23.- DIAZ PALOS FER-- NANDO. LA LEGITIMA DEFENSA ED. BASON BARC. 1972.
- 24.- DIAZ PALOS FER-- NANDO. TEORIA GENERAL DE LA IMPUTABILIDAD, ED. SEIX. --- BARCELONA 1965.
- 25.- DOMINGUEZ DEL RIO ALFREDO. LA TUTELA PENAL DEL CHEQUE (ENSAYO DOGMATICO) ED. PORRUA, 3a. EDICION MEX. 1981.
- 26.- FERRER SAMMA ANTO NIO. COMENTARIOS AL DERECHO PENAL, ED. NOGUEZ S.V. -- MURCIA 1942.
- 27.- FLORIN EUGENIO. PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, ED. PROPAGANDA -- 3a. EDICION HABANA 1929.
- 28.- FRANCO GUZMAN RI- CARDO. DELITO E INJUSTO (LA ANTIJURICIDAD). REVISTA DE - DERECHO PRIVADO. MEX. 1950.
- 29.- GARCIA RAMIREZ -- SERGIO. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL U.N.A.M. --- MEX. 1968.
- 30.- GOLDSMITH JAMES LA CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD. ED.- DEPALMA B. AIRES 1942.
- 31.- GARCIA RAMIREZ - LA JUSTICIA PENAL (ESTUDIOS) ED. PORRUA MEX. 1982.
- 32.- GONZALEZ DE LA -- VEGA FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO (LOS DELITOS) ED. PORRUA - 6a. ED.
- 33.- GUERRERO JULIO. GENESIS DEL CRIMEN EN MEXICO ED. PORRUA MEX. 1977.
- 34.- JIMENEZ DE ASUA LUIS. LA LEY Y EL DELITO ED. HERMES 5a. EDICION ARG.1986.
- 35.- JIMENEZ DE ASUA LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL ED. HERMES MEX. 1986.
- 36.- JIMENEZ DE AUSA LUIS. PANORAMA DEL DELITO ED. SUDAMERICANA B. AIRES -- 1944.
- 37.- JIMENEZ HUERTA LA ANTIJURICIDAD IMPRENTA UNIVERSITARIA MEX. 1952.

- 38.- JIMENEZ HUERTA MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO, ED. PORRUA, MEX. 80, TOMO I, (INTRODUCCION A LAS FIGURAS TIPICAS) TOMO III,-- (LA TUTELA PENAL DEL PATRIMONIO).
- 39.- JIMENEZ HUERTA MARIANO. LA TIPICIDAD ED. PORRUA. MEX. 1955.
- 40.- DICCIONARIO JURIDICO OMEBA ENCICLOPEDIA JURIDICA TOMO VI ED. BIBLIOGRAFICA ORG.
- 41.- KLEIN JULIO. TEORIA DE LA CULPA ED. U.N.A.M. MEX. 1941.
- 42.- LARDIZABAL Y URIBE MANUEL DE. DISCURSO DE LAS PENAS ED. PORRUA MEX. 1982.
- 43.- MALINVERNI ALESSANDRO. TEORIA DEL FALSO DOCUMENTAL ED. GIOFFRE MILSA. -- 1958.
- 44.- MAGGIORE GUISEPPE. PRINCIPIO DERECHO PENAL ED. TEMIS BOLONIA 1956.
- 45.- MAURRACH REINART. TRATADO DERECHO PENAL ED. ARIEL BARC. 1962.
- 46.- MEZGER EDMUNDO. TRATADO DERECHO PENAL REVISTA DERECHO RENOVADO --- MADRID 1946.
- 47.- ONECA JOSE ANTON. DERECHO PENAL ED. REVS. MADRID 1922.
- 48.- ORGAZ ALFREDO. LA CULPA ED. LEHNER B. AIRES 1970.
- 49.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. COMENTARIOS AL DERECHO PENAL ED. PORRUA MEX. 1979.
- 50.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. LA CAUSALIDAD EN EL DELITO ED. PORRUA 2a. EDICION MEX. 1983.
- 51.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. LECCIONES DE DERECHO PENAL MEXICANO, ED. PORRUA. - 5a. EDICION MEX. 1982.
- 52.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, ED. PORRUA ---- 4a. EDICION. MEX. 1978.
- 53.- PETROCELLI BIANCGIO. LA ANTIJURICIDAD ED. PADOVA MEX. 1963 UNA.
- 54.- PUIG PERA FEDERICO. DERECHO PENAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO MADRID. 1963.
- 55.- PORTE PETIT CELESTINO. APUNTAMIENTO DE LA PORTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. ED. PORRUA. 6a. EDICION MEX. 1982.
- 56.- PORTE PETIT CELESTINO. IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL ED. -- PORRUA. MEX. 1982.

- 57.- QUIROZ C. BERNARDO DERECHO PENAL (PARTE GENERAL) ED. CAJICA PUE. 1949.
DE.
- 58.- VELA TREVIÑO SERGIO CULPABILIDAD F INculpABILIDAD ED. ARILLAS MEX. --
1985.
- 59.- VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO (PARTE GENERAL) ED. PORRUA
4a. EDICION. MEX. 1978.
- 60.- VONT LISZT FRANZ. TRATADO DERECHO PENAL ED. REUS 2a. EDICION ----
TOMOS I Y II MADRID 1926.
- 61.- SOLER SEBASTIAN. DERECHO PENAL ARGENTINO ED. TIPOGRAFICA 3a. EDI-
CION. TOMO I, B. AIRES. 1956.
- 62.- ZAFFARANI EUGENIO TEORIA DEL DELITO ED. EDIAR ARG. 1973.
RAUL.
- 63.- QUINTANO RIPOLLES DERECHO PENAL DE LA CULPA. ED. BOSCH. BARCELONA
1958.