

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

El Delito de Allanamiento de Morada

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

J. MANUEL ANTONIO TINAJERO GUERRERO

MEXICO, D. F.

1 9 6 8



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A la venerada memoria de mi madre

SRA. Ma. GUADALUPE GUERRERO DE TINAJERO

Con profundo cariño a mi padre
SR. DON ANTONIO TINAJERO GUIZAR.

A MIS MAESTROS

INDICE

Pág.

INTRODUCCION	15
--------------------	----

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

TEMARIO: Antecedentes históricos y legislativos del delito de allanamiento de morada: a) Derecho Romano; b) Derecho Germánico; c) Derecho Español; d) Derecho Francés; e) Derecho Patrio; f) Derecho Actual.—El domicilio como objeto material de tutela.—Concepto de morada.	21
---	----

CAPITULO II

LA PROTECCION JURIDICO PENAL DEL DOMICILIO

TEMARIO: Concepto y definición del delito de allanamiento de morada.—Objeto jurídico de este delito.—Alcance constitucional de este delito.	37
---	----

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

TEMARIO: La Conducta externa.—Sujetos de este delito.—Lugar de introducción.—Medios de ejecución: a) furtividad; b) engaños; c) violencia.—Otros elementos del tipo en este delito.	51
---	----

CAPITULO IV

Pág.

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

TEMARIO: La antijuridicidad.—Causas de licitud: a) legítima defensa; b) estado de necesidad; c) cumplimiento de un deber; d) ejercicio de un derecho; e) impedimento legítimo; f) obediencia jerárquica.—La antijuridicidad en el delito de allanamiento de morada.—La imputabilidad.—Causas de inimputabilidad: a) estados de inconsciencia; b) miedo grave; c) trastornos mentales permanentes.—La culpabilidad: a) teoría psicológica; b) teoría normativa.—La culpabilidad en el delito de allanamiento de morada.—Formas de culpabilidad: a) dolo; b) culpa; c) preterintencionalidad.—Inculpabilidad en el allanamiento de morada: a) el error; b) inexigibilidad de otra conducta. 65

CAPITULO V

FORMAS ESPECIALES DE APARICION DE ESTE DELITO

TEMARIO: El iter criminis.—La tentativa y la consumación en el delito de allanamiento de morada.—Concurso de delitos.—Concurso de personas en el delito de allanamiento de morada. 89

CAPITULO VI

EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO

TEMARIO: Nacimiento y propósitos principales del proyecto.—Tendencia doctrinaria.—Sistema seguido en la clasificación de los delitos.—Reglamentación del delito de allanamiento de morada dentro del Proyecto de Código Penal Tipo. 103

CONCLUSIONES 111

BIBLIOGRAFIA 117

INTRODUCCION

Algunos autores contemporáneos muy distinguidos sostienen que la seguridad jurídica puede obtenerse independientemente de la justicia, sólo con el aparato de la fuerza.

Hay un espejismo dramático que suele fascinar a los políticos, a los estadistas, a los sociólogos y a los juristas, y es el de que el orden social puede mantenerse por la fuerza del gobierno.

En estos días de luchas constantes por el predominio del poder político y económico en que la sociedad parece demolerse, en que el hombre parece ser lobo del hombre, debemos invocar a la justicia y a la ley como remedios directos para evitar la anarquía, la revolución y la guerra. "Sin ley, nos dice Juan Bautista Balli citando unos versos del poeta lusitano Ignacio de Morales, reinarán la ambición, los engaños, los fraudes, los robos y las matanzas; nadie podría tener cosa segura". (1)

La fuerza debe servir exclusivamente como medida de imposición del Derecho, pues éste, como expresa Castellanos Tena, es "un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado". (2)

Dentro del extenso campo del Derecho en general, nos encontramos al Derecho Penal que es el encargado de conservar

(1) Kuri Breña, Daniel.—"Estudio crítico de las ideas filosófico-jurídicas contenidas en la oración en laudanza de la Jurisprudencia que pronunció Juan Bautista Balli en la Universidad de México en el siglo XVI". Facultad de Derecho. México. 1953.

(2) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 17. Edit. Porrúa, S. A. México. 1967.

ese orden social y de proteger bienes cuyo valor es incalculable y vital para la convivencia humana.

Suelen darse muchas divisiones del Derecho represivo, siendo la más importante la que lo divide en Parte General y Parte Especial. Dentro de la Parte Especial, relativa a los delitos en particular, centraremos nuestro estudio que se refiere a la figura delictiva que lleva por nombre: "DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA", y que se encuentra reglamentada en el artículo 285 del Código represivo.

Antes de abordar el tema, conviene adoptar una definición de "DELITO", para que nos sirva de pauta en el estudio de dicha figura en particular.

La palabra delito —nos dice Castellanos Tena— deriva del verbo latino "delinquere", que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. (3)

El artículo 7 del Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, establece:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esta definición formalista, no nos proporciona un concepto exacto de lo que el delito sea; además en los códigos de más moderna factura, se advierte la tendencia a desterrar la noción del delito. El profesor Ignacio Villalobos, censurando la definición de nuestro Código, escribe: "Estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos. Y no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo . . . decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de

(3) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 117. Edit. Porrúa, S. A.

saber por qué lo sancionan o cual es la naturaleza de este acto para merecer los castigos o las sanciones penales". (4)

El maestro de Pisa, Francisco Carrara, lo define como la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. (5)

La revolución positiva pretendió variar radicalmente el concepto del delito, entendiéndolo como un fenómeno natural, independiente del querer del hombre, resultante de fuerzas fatalmente operantes tales como la herencia, el medio social, las deficiencias en el funcionamiento glandular, etc. Garófalo, el sabio jurista de la corriente positiva, define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en el término medio indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. (6)

Jiménez de Asúa, siguiendo una noción jurídico substancial, textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (7)

Nosotros, siguiendo el pensamiento de la gran mayoría de penalistas modernos consideramos como elementos del delito los siguientes: conducta (o hecho), tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; o sea, estimamos que el delito es un actuar humano, típico, antijurídico y culpable.

A continuación pasaremos a analizar la figura delictiva de allanamiento de morada que se encuentra reglamentada en nuestro ordenamiento positivo dentro del Título Décimoctavo del Libro II del Código Penal en vigor.

(4) "Derecho Penal Mexicano". Págs. 193 y siguientes. Segunda edición. Edit. Porrúa. 1960.

(5) Programa. Parágrafo 21. Pág. 60. Volumen I.

(6) "Criminología". Capítulo I.

(7) "La Ley y el Delito". Pág. 256. Edic. A. Bello. Caracas. 1945.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

TEMARIO. Antecedentes históricos y legislativos del delito de allanamiento de morada; a) Derecho Romano; b) Derecho Germánico; c) Derecho Español; d) Derecho Francés; e) Derecho Patrio; f) Derecho Actual.—El domicilio como objeto material de tutela.—Concepto de morada.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

El principio de la inviolabilidad del domicilio se funda en que la morada de una persona constituye el ámbito material de su dignidad y de su libertad personales.

El artículo 285 del Código Penal en vigor, establece: "Se impondrán de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos, al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada".

Hállase dicho artículo encuadrado en el Título Décimoctavo del Libro II del Código Penal en vigor, que lleva por rubro: "DELITOS CONTRA LA PAZ Y SEGURIDAD DE LAS PERSONAS". De la simple lectura de dicha denominación, adviértase de inmediato que la paz y seguridad de las personas es el bien jurídico tutelado penalmente; en este título aparecen también los delitos de amenazas y asalto.

Debemos aclarar que la mayoría de las legislaciones enmarcan este delito dentro de una denominación más amplia: "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LAS PERSONAS". Consideramos más correcta la inclusión de este ilícito, en el título más amplio, puesto que, como acertadamente expresa Soler, el establecimiento de tipos penales que protegen la libertad

es producto de la civilización contemporánea. Esta ha elevado a la categoría de bien jurídico un aspecto más de la libertad, al cual el hombre tiene derecho como ente social. (8)

Es de notarse que el problema de colocación no es privativo del delito de allanamiento de morada, sino que se extiende a todos los tipos que tienen por objeto jurídico la libertad en cualesquiera de sus aspectos. Esto se debe, afirma Soler, a que la libertad con relación a cualquier otro bien o interés jurídico, presenta una particularísima situación: la de ser, además de un posible bien jurídico en sí, un presupuesto necesario de toda norma jurídica. No se puede concebir en realidad derecho alguno si no es con referencia a un sujeto en el cual el derecho reconoce al mismo tiempo, la libertad de su ejercicio. Por lo tanto, para sistematizar esta clase de delitos, es necesario establecer de manera determinante los casos en que debe considerarse como predominante la necesidad de tutelar la libertad como bien en sí. (9)

Estimamos por tanto que se debe consignar el allanamiento de morada dentro de un título especial que se debe titular "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LAS PERSONAS", por ser éste el lugar que le corresponde, de acuerdo con el aspecto medular del delito que es su objeto jurídico.

Los ordenamientos modernos en su gran mayoría aceptan la colocación propuesta; sin embargo, nuestro Código Penal deja a un lado los problemas doctrinarios y regula en el Título Décimotavo denominado "DELITOS CONTRA LA PAZ Y SEGURIDAD", la figura que lleva el nombre de allanamiento de morada y que en algunas legislaciones se le denomina violación de domicilio.

Debemos mencionar que ya acertadamente el proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana consagra todo un título a los delitos en contra de la libertad, recibiendo éstos, una consideración especial y relevante.

Antecedentes históricos y legislativos del delito de allanamiento de morada

El domicilio de una persona es como el santuario de la misma

(8) Soler. "Derecho Penal Argentino". 2a. Edición. TEA. Buenos Aires 1953. Tomo IV. Pág. 17.

(9) Idem. Págs. 10 y 11.

dentro del cual, en principio, nadie, ni autoridad ni particular, debe penetrar sin el consentimiento del titular del domicilio.

Este principio ha sido admitido por casi todos los pueblos civilizados. Al respecto, Carrara dice: "Los hombres fueron llegando a la idea del domicilio como a la de una cosa unida a su propia personalidad, y a esa unión fueron conducidos y ligados por dos fuerzas, vale decir, por las necesidades materiales que suscitaban los apetitos corporales y por las costumbres del afecto, solemne aspiración del alma, que con frecuencia es más poderosa aún que las mismas necesidades materiales. Esta unión de nuestra personalidad con el lugar elegido para nuestro domicilio, determina que cuando se produce sólo la turbación de éste, ella turbe con una sentida realidad no sólo la tranquilidad nuestra, sino que turbe también el sentimiento de la propia libertad, como si fuese por una ofensa causada a nuestra misma persona. Con ese ultraje se ofende mucho más que a la propiedad privada, a un bien ideal que responde al sentimiento de libertad individual". (10)

El estudio que se ha hecho del allanamiento de morada desde el punto de vista jurídico, puede considerarse como moderno.

Como es natural, existen antecedentes en antiguas legislaciones; sin embargo no se consideraba tal institución como en la actualidad.

a) *Derecho Romano.*

El Derecho Romano no consideró el allanamiento de morada como un delito propio e independiente, sino que lo apreció como un delito de la "iniuria", el "domum vi introire". Así estimado, por la Lex Cornelia de Injuriis (11) sancionaba el hecho de introducirse violentamente en el domicilio de un ciudadano. El delito originaba una acción privada. Se tutelaba la casa porque era un lugar de refugio.

(10) Carrara, Francesco. "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte Especial. Vol. II. Pág. 445.

(11) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Parte Especial. Tomo II. Pág. 680. Edit. Bosch. Barcelona. 1961.

En Roma la protección del domicilio no se concretaba solo frente al particular, sino que también se extendía frente al Estado.

Así pues, el delito de allanamiento de morada tuvo un carácter religioso. El hogar colocado bajo la protección de los dioses se consideraba res sacra, y se decía que el domicilio era un bien tan sagrado para todos que nadie podía ser arrancado o privado del mismo.

b) *Derecho Germánico.*

El Derecho Germánico catalogaba el allanamiento de morada como un ataque a la paz doméstica. En algunos pueblos de Alemania se tuvo tanto respeto por la seguridad del domicilio, que se creó un título especial de delito en la "Violatio Pacis Domesticae", título mediante el cual se castigaba con la muerte toda invasión violenta del domicilio ajeno.

De acuerdo con la constitución jurídica germánica, todos debían "vivir en paz en su casa"; la tranquilidad de la casa los aseguraba contra invasiones y hechos violentos. De ahí que la violación del domicilio, la perturbación de la paz de la localidad y del hogar, jugaran en el derecho alemán un papel tan importante.

La Carolina de 1532, no hace referencia a esto y por consiguiente la violación del domicilio está relegada a segundo plano en el derecho común.

Sólo el Derecho Territorial Prusiano de 1794 vuelve a dar forma a la protección del derecho de la casa contra violaciones y reconoce nuevamente este Instituto del Derecho Alemán que se había pervertido entre las manos de los juristas.

El Código Penal Prusiano de 1851 considera como simple contravención la violación del domicilio simple y como delito, entre los hechos punibles contra la libertad la violación de domicilio grave. (12)

c) *Derecho Español*

El espíritu legislativo de España, que inspirara gran parte de los sistemas jurídicos europeos e indolatinos, no podía ser omiso

(12) Mezger Edmund. "Derecho Penal". Parte Especial. Págs. 159-131. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1959.

en la contemplación de esta figura y así, aunque se encuentran escasas disposiciones relativas a este hecho, es interesante la contenida en el "Fuero Juzgo" (Libro VI, Título IV, Ley II) que castigaba con azotes y pena pecuniaria, al que entrare por la fuerza en casa ajena sin causar otro daño.

Los principios fundamentales en la redacción del actual Código Penal Español ya se encuentran en el de 1850, (artículo 414) y fueron reproducidos íntegramente por los Códigos posteriores con excepción del de 1928 que consideró integrado este delito no sólo por el hecho de entrar en morada ajena, sino también por el de mantenerse en ella contra la voluntad de su morador, (artículo 668). La ley de 7 de abril de 1952 modificó la redacción originaria del Código vigente y castigó como el de 1928 el allanamiento activo y pasivo. El texto actual, contenido en el artículo 490 dice: "Comete este delito el particular que entrare en morada ajena o sin habitar en ella, se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador". (13)

d) Derecho Francés.

El ideario de la Revolución Francesa garantizó la inviolabilidad del hogar. El artículo 76 de la Constitución del 22 frimario del año VIII, rezaba: "La casa de cada ciudadano es un asilo inviolable".

Tal precepto, fuente de muchos otros, creaba una nueva concepción del delito de allanamiento de morada. La morada se tutelaba no ya frente al particular como hacía el antiguo derecho, con excepción del Romano, sino también frente al Estado.

Sin embargo, ningún derecho antiguo otorgó al domicilio la protección, del sajón, a cuyo amparo surgió el concepto de que "la fortaleza del inglés es su casa".

e) Derecho Patrio.

Con respecto a otros países, se sientan en México tardíamente las bases para fundamentar el derecho penal mexicano.

(13) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Parte Especial. Tomo II. Pág. 680-691. Editorial Bosch. Barcelona. 1961.

Esto en virtud del prolongado reajuste político que sufrió nuestro país al terminar el movimiento de independencia.

La actividad legislativa, dice Jiménez de Asúa, (14) estuvo concentrada durante el período de 1824 casi exclusivamente en el Derecho Político, permaneciendo el régimen represivo caracterizado por un estancamiento de principios de fondo.

El primer ordenamiento penal que aparece en la República Mexicana es el de Veracruz, que data de 1835. El proyecto de código fue presentado al Cuarto Congreso Constitucional del propio Estado y mandado observar provisionalmente por decreto número 106, del 28 de abril de 1835.

Carrancá y Trujillo, en la revista *Criminalia* de abril de 1955, en un artículo que se titula "Hallazgo bibliográfico de gran trascendencia", hace constar que debe reconocerse a Porte Petit el descubrimiento del Código Penal de Veracruz de 1835. Dice Carrancá: "El Estado de Veracruz tuvo, pues, su Código Penal desde 1835, es decir, apenas catorce años después de promulgada la independencia nacional, y todo hace pensar que tal Código fue el primero de nuestra época independiente, elaborado por juristas mexicanos y para México. El Código de 1835 acusa indudables influencias del español de 1822, como se colige con la sola lectura de su total articulado, por su sistemática, por su catálogo de penas, entre las que figuran la muerte y la vergüenza pública, por la confusión en la materia de excluyentes de responsabilidad, etc., pero asimismo consigna francas anticipaciones a la penología moderna, como se advierte al aceptar ciertas medidas de seguridad". (15)

Tal Código habla ya de la inviolabilidad del domicilio y en términos generales señala que se sancionará a todo empleado o agente de la fuerza pública y a cualquier otro funcionario que obrando con esa investidura, se introduzca en una finca sin permiso de la persona que la habita, a no ser en los casos y con las formalidades que la ley exige.

Dicho precepto con algunas reformas fue en líneas genera-

(14) Códigos Penales Iberoamericanos. Tomo I. Pág. 82. Edit. Andrés Bello. Caracas, 1946.

(15) *Revista Criminalia*. Abril de 1955. México.

les repetido en los ordenamientos posteriores de Veracruz, como el de 1869; y en el Código de Martínez de Castro de 1871 que estuvo vigente hasta el año de 1929 en el Distrito Federal y en el territorio de Baja California, en materia común y en toda la República en la federal.

Siendo Presidente de la República el señor Lic. Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929, más conocido como Código Almaraz en virtud de haber formado parte de la comisión redactora el señor Licenciado José Almaraz. El artículo 928 de este ordenamiento señala lo siguiente: "Se impondrá una sanción de diez a treinta días de utilidad, y uno o dos años de segregación al que sin, orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca sin permiso de la persona autorizada para darlo, a su casa, vivienda, aposento o dependencia de la morada de alquiler".

En el artículo siguiente del ordenamiento en cita, se habla de la tentativa en el delito a que nos estamos refiriendo, pues preceptúa que: "Aunque el allanamiento no llegue a consumarse, se impondrá una multa de quince a cuarenta días de utilidad y arresto de tres a seis meses, si hubiere fractura, horadación, excavación o escalamiento, o se abriere alguna cerradura". También en el siguiente artículo se señala una sanción para todo agente o empleado de la fuerza pública que obrando con esa investidura se introduzca en una finca, sin permiso de la persona que la habita, a no ser en los casos en que la ley lo tenga previsto.

En el diverso 932 del mencionado ordenamiento, se especifica que el funcionario que viole el domicilio, además de la sanción que le corresponda conforme al artículo 930, se le aplicará la suspensión del empleo por seis meses.

Como agravante de este delito el diverso 933 señala el empleo de la violencia física o moral, el engaño, o cuando la violación del domicilio se realice en la noche, o el sujeto activo del delito vaya armado o cuando con el fin de violarlo se ejecute fractura, horadación, escalamiento o se empleen llaves falsas.

f) *Derecho Actual.*

"En la actualidad, el allanamiento de morada se encuentra previsto en las legislaciones penales de Francia, Art. 184; Bélgica, Art.

439; Portugal, Art. 380; Italia, Art. 614; Dinamarca, Art. 264-1o; Alemania, Parágrafo 123; Polonia, Art. 252-1o; Noruega, Apartado 355; México, Art. 285; Argentina, Art. 150; Perú, Art. 230; Brasil, Art. 196; Uruguay, Art. 294; Chile, Art. 141 y Venezuela, Art. 184". (16).

La casi totalidad de tales legislaciones definen este delito como la entrada en morada ajena en contra de la voluntad del habitante y en cambio son muy escasas las que, como la francesa, requieren que la entrada tenga lugar mediante amenazas o violencia que, por lo general, son elementos constitutivos de agravación.

El domicilio como objeto material de tutela.

El delito a estudio en este trabajo, ha recibido diversas denominaciones: en Italia el nombre de "violación de domicilio"; España lo ha llamado "allanamiento de morada", y los alemanes lo denominan "hausfriedenbruch".

Goldstein define el domicilio como el asiento jurídico de la persona; como el lugar en que legalmente se estima establecida a una persona a los fines del cumplimiento de sus deberes y la práctica de sus derechos. (17)

El derecho civil distingue entre domicilio general, especial, legal, real y de origen. Un estricto sentido acompaña a cada una de estas categorías.

El artículo 29 de nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, define el domicilio como el lugar de residencia; con el propósito de establecerse en él.

Para Carrara, el concepto de domicilio debe ser entendido en materia penal, no con el sentido estricto del derecho civil, sino con el amplísimo mediante el cual se designa cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada, aunque sea precaria, y, de este modo, sin distinguir si es elegido como

(16) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Parte Especial. Tomo II. Págs. 680-691. Edit. Bosch.

(17) Goldstein, Raúl. "Diccionario de Derecho Penal". Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1962.

morada continua o solamente de algunas horas del día o de la noche o también para un destino transitorio especial, como puede ser un laboratorio o un pabellón de caza, con tal que la invasión se produzca durante la subsistencia de su destino. (18)

Eusebio Gómez dice que la mayor amplitud del concepto de domicilio en la ley penal, no implica una arbitrariedad ni un capricho del legislador, a quien, sin embargo suele atribuírsele impropiedad por no haber guardado armonía con la ley civil o por no haber empleado, para designar los delitos previstos como violación de domicilio, una denominación que abarcando todos los hechos de que se trata, no modifique el significado que el Derecho Civil confiere a la palabra domicilio. (19)

Pensamos que su observación es justa en vista de la autonomía indiscutible del Derecho Penal que le permite adoptar sus propios conceptos prescindiendo de los que, con referencia a una determinada expresión, pueda tener alguna otra rama del ámbito jurídico.

La noción de domicilio en la figura penal a estudio bien puede definirse con las palabras de Pacheco "Reino de cada cual", que interpreta el sentido tutelar que ha guiado a los legisladores, pero ese reino comprende también los lugares de permanencia accidental a donde el hombre lleva circunstancialmente el ámbito físico de sus intimidades, lugares que no son domicilio para la ley civil, que exige la habitualidad de la residencia, para que la habitación adquiriera el carácter de domicilio; pero que lo son para la ley penal, y esto porque el domicilio amparado por ella es aquél cuya inviolabilidad se encuentra consagrada en la Constitución Política como una de las garantías individuales que reconoce.

Por nuestra parte, consideramos que para evitar equívocos sea más aceptable el empleo de concepto "morada", tal como lo denomina la ley española; porque "morada" es el concepto que

(18) Carrara, Francesco. "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte Especial. Vol. II.

(19) Gómez, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal". Vol. III. Pág. 372. Buenos Aires. 1939.

reproduce con más precisión y exactitud la idea del legislador, pues morada no es lugar de residencia como el domicilio, sino más bien lugar de habitación y así decimos que se puede tener la morada en un lugar distinto a aquél en donde se está domiciliado o viceversa.

El rubro legal se refiere a la morada en tanto que en el artículo 285 se habla de "departamento", "vivienda", "apósito" o "dependencia de una casa habitada".

Dentro de la enunciación de este precepto, quedan comprendidos todos aquellos lugares que con alguna continuidad sirven de asiento o residencia al sujeto pasivo del delito. El concepto de departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada es muy amplio, pues comprende no solo los locales en los que se yace y duerme, sino también aquellos otros que forman parte de ellos e integran la unidad habitada, como acontece con sus cocinas, cuartos de baño, despensas, salas, pasillos, gabinetes, despachos, etc. Es indiferente la materia de que estén contruídos o que estén fijos en la tierra o sean movibles, por lo que en la previsión de la ley entran también la sencilla cabaña construída con rústicas maderas y el trailer en que viven los integrantes de un circo ambulante.

No es necesario que en el instante de la comisión del delito se halle el morador en el interior de su vivienda, basta simplemente que el lugar esté habitado. Tampoco es necesario que el sujeto pasivo sea el dueño o titular del departamento, vivienda o dependencia, ya que puede cometerse el ilícito en un lugar alquilado o rentado y aún en un hotel y ser sujeto activo del delito inclusive el dueño de esos lugares.

El artículo 285 en cita reza en su última parte, como ya dijimos antes, que la introducción debe ser a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada para que constituya delito. En el lenguaje corriente estos vocablos o términos tienen una correcta acepción y generalmente se conocen como dependencias de departamentos, viviendas, aposentos o cuartos habitados, los corrales, bodegas, graneros, lavaderos, pajares, azoteas, cocheras, jardines contigüos, etc., por tratarse de lugares anexos al habitado o formando parte del mismo.

Lo que la ley tutela es el lugar en que se habita, es decir la morada, cualquiera que sea su naturaleza, por lo que los lugares acabados de nombrar propiamente son género de una misma especie: "la casa habitada".

La mayoría de los tratadistas sin embargo, no aceptan lisa y llanamente el concepto de morada a que me acabo de referir, pues algunos como Von Liszt (20) y Frank (21), lo circunscriben al lugar de reposo nocturno, mientras que Florian (22), Manzini (23) y Cuello Calón (24) lo extienden a cualquier lugar habitado. Nuestro Código Penal no deja lugar a duda cuando habla de casa habitada, porque la habitación propiamente define la morada.

Para Cuello Calón la morada típica es "aquella donde tiene lugar el descanso nocturno" pero cree que también deben gozar de semejante consideración los locales que, aunque no destinados a pernoctar habitualmente, sean habitados durante parte de la jornada. Así el lugar donde el hombre despliega su actividad profesional, aún cuando se encuentre separado del que destina a reposo nocturno. Debe reputarse morada para los efectos de éste, el despacho del abogado, situado en local distinto del de su casa habitación, los lugares destinados a solaz y recreo. No es menester para que un lugar sea calificado de morada, que sirva de residencia permanente y también es indiferente que se resida en ella de modo temporal u ocasional. No importa tampoco que se trate de lugar cerrado o abierto, estable o móvil.

No concordamos con el criterio de Cuello Calón, pues opinamos que el lugar que tutela la ley es tan solo la morada, por lo que el despacho del abogado o el lugar en que el profesional despliega su actividad, por ser lugares abiertos al público se encuentran fuera de esa tutela.

Por otra parte no se ha de entender por casa solo los bienes inmuebles, sino también algunos muebles, siempre que se destinen a habitación. Así como por ejemplo, los camarotes de los buques,

(20) Citado por Cuello Calón. "Derecho Penal". Vol. II. Pág. 682.

(21) Cuello Calón. "Derecho Penal". Vol. II. Pág. 682.

(22) *Delitti contra la libertà. Trattato di Diritto Penale de Vallardi.* Pág. 464.

(23) *Trattato di Diritto Penale.* Vol. VII. Pág. 669.

(24) Cuello Calón. "Derecho". Vol. II. Pág. 682.

los compartimentos de los coches-camas de los ferrocarriles y, en general, cualquier vehículo acondicionado para habitación de personas. El concepto de bien mueble lo referimos exclusivamente a las "res mobilia", que es el que acepta el Derecho Penal. Los inmuebles por disposición de la ley civil, especialmente los buques y el material rodante de los ferrocarriles o de cualquiera otro vehículo que puedan servir de habitación, son muebles para los efectos penales.

Es interesante el problema que se plantea en la doctrina y en la legislación respecto a las denominadas "casas de negocios", las que fueron incluidas como moradas por los códigos alemán, húngaro y argentino.

Incuestionablemente que por casas de negocios debe entenderse que son aquellos locales que están destinados al desarrollo de una actividad determinada de naturaleza comercial, científica o artística.

Para Soler "casa de negocio" quiere decir "casa privada abierta al público con el fin genérico de la realización de cualquier negocio que demanda la concurrencia más o menos indeterminada de gente, quedando en el dueño la facultad de excluir a los concurrentes". (25)

La protección de dichas casas no nos parece que encuadre en la tutela de nuestra ley, pues el artículo 285 tantas veces citado se refiere exclusivamente a lugares destinados a habitación.

A mayor abundamiento, las llamadas casas de negocios son lugares que por su propia naturaleza están abiertos al público y es por ello que acertadamente el Código Español dispone en su artículo 492 que los preceptos relativos al allanamiento de morada no tienen aplicación "respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas". En nuestro concepto este criterio es correcto.

Concepto de morada.

El Diccionario de la Lengua Española atribuye dos acepcio-

(25) "Derecho Penal Argentino" Segunda Edición. TEA. Buenos Aires. 1953. Pág. 87.

nes a la palabra "morada"; una la de casa o habitación; y otra la de estancia de asiento o residencia, algo continuado en un aparaje o lugar.

Por habitación se comprende cualquier lugar destinado a uso doméstico, es decir, en el que se cumple libremente todo o parte de lo que es característico de la vida privada; reposo, alimentación, administración, ocupaciones de puro deleite, etc., queriendo significar con ello todo lugar que sirve hoy en día de manera permanente o transitoria al desenvolvimiento de la vida privada, lo mismo las pertenencias de la habitación propiamente dicha que todo lugar de morada particular.

Casi todas las definiciones de habitación que ofrecen los autores resaltan el concepto de cualquier lugar aislado del mundo externo, abierto o cerrado, estable o movable que una persona destina legítimamente al ejercicio de su libertad individual en cualquiera manifestación de su vida privada. Estimamos que no debe restringirse el concepto de habitación al lugar sino que debe extenderse a cualquier espacio limitado del mundo circundante, pues dada la continua evolución de las actividades humanas, el hombre puede vivir, por lo menos temporalmente, en medio de la floresta, como en medio del océano, en lo alto de la montaña, sobre la superficie terrestre o en el aire.

Para Cavalieri el concepto de habitación equivale al de morada y asimila estos dos términos al de reposo nocturno, agregando que no hay violación de domicilio para el que se introduce en un local donde el inquilino tenga su comercio o su industria, pero donde no pasase la noche. (26)

El vocablo morada envuelve un concepto amplísimo, mismo que acoge nuestra ley penal al proteger todo lugar habitado.

(26) Citado por Gamás Amat. "El Delito de Allanamiento de Morada". Págs. 12 y 13. México 1964.

CAPITULO II

LA PROTECCION JURIDICO-PENAL DEL DOMICILIO

TEMARIO: Concepto y definición del delito de allanamiento de morada.—Objeto jurídico y alcance constitucional de este delito.

CAPITULO II

LA PROTECCION JURIDICO-PENAL DEL DOMICILIO

El principio de la inviolabilidad del domicilio lo han aceptado casi todos los pueblos civilizados de la tierra, los cuales lo han incorporado a su legislación constitucional y lo defienden y practican como un principio sagrado.

Por eso muchas legislaciones no solo han configurado el tipo de delito de "allanamiento de morada o domicilio", sino que además admiten para cuando fuere necesario la autodefensa, la legítima defensa de tal derecho, usando inclusive los medios de máxima violencia; por ejemplo, se puede repeler a tiros el intento de cualquiera de penetrar en un domicilio sin el consentimiento del morador. Claro es que este hecho está sometido a restricciones al igual que la mayor parte de los llamados "derechos fundamentales", del hombre. Lo que los países civilizados prohíben y sancionan gravemente es el allanamiento de domicilio o morada por los particulares o por las autoridades administrativas; pero en cambio admiten que la autoridad judicial, con causa justificada, pueda ordenar la entrada e incluso el registro de un domicilio, para la investigación de un delito o para la detención de un presunto culpable. Y todavía hay además otras limitaciones justificadas de la inviolabilidad del domicilio.

Muchas legislaciones admiten que sin mandamiento judicial puedan penetrar en un domicilio agentes de la autoridad ejecutiva en casos determinados, por ejemplo: la policía cuyo auxilio se

ha pedido para evitar que se perpetre un delito; los agentes de la misma para aprehender a un presunto culpable al que perseguía inmediatamente después de haber cometido hechos delictuosos, pero quien súbitamente, antes de ser alcanzado, se introduce en un domicilio; la propia autoridad preventiva cuando persigue la captura de un delincuente in fraganti, y las autoridades sanitarias para el objeto de inspección, desinfección, etc.

El Código Penal vigente otorga protección jurídica al domicilio al tipificar el delito de allanamiento de morada en su multicitado artículo 285, cuyo texto ya ha quedado transcrito.

Concepto y definición del delito de allanamiento de morada.

El allanamiento de morada es un ilícito ofensivo de la libertad humana, porque el lugar destinado a habitación, por su misma naturaleza es el local en el que se desenvuelve la libertad personal en lo que atañe a las exigencias de la vida privada, ya sea que esté totalmente cerrado o parcialmente abierto, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio. (27)

Ya en capítulos anteriores señalamos que el concepto del bien tutelado jurídicamente alcanza lugares tales como la cabina de una nave, los carros remolcables, los coches-cama de los ferrocarriles, etc.; pero cabe aclarar que para que los mismos sean objeto de tal protección, es indispensable que estén efectivamente habitados en el momento de la violación, aunque sus habitantes o moradores no se encuentren presentes en ese momento, pues si no constituyen habitación carece de objeto jurídico dicha protección. (28)

El departamento, vivienda, aposento, etc., son casa habitación y sus dependencias lo son los lugares inmediata o mediatamente afectos al uso de los mismos, que sin formar parte integrante del ambiente real que constituye la habitación, están destinados a su servicio o complemento y, por tanto, participan de su naturaleza, por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. (29)

(27) Gómez, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal". Pág. 383. Tomo III. Buenos Aires.

(28) Manzini, Vincenzo. "Trattato di Diritto Penale Italiano". Tomo VIII. Pág. 687. Turín. 1933-1939.

(29) Idem. Pág. 692.

La infracción penal a estudio constituye una lesión dolosa, instantánea, que se consuma materialmente por el hecho de introducirse en la morada con todo el cuerpo.

Casi todos los autores admiten que el ingreso a la morada ajena presenta el carácter de violación del domicilio aún en la hipótesis de que su morador no se encuentre en ella. La opinión contraria, esto es la de que si el ocupante está ausente en el momento en que se introduce el sujeto activo, aquél no sufre menoscabo alguno en su libertad ni perjuicio, carece de valor como dice Eusebio Gómez, porque la ley protege el domicilio como elemento necesario para el ejercicio de la libertad individual y para el desenvolvimiento de la misma, independientemente de la presencia o ausencia de su titular.

Objeto jurídico de este delito.

Carrara sostiene que el allanamiento de morada lesiona la libertad individual y funda su opinión en las siguientes razones: en que la unión de la personalidad con el lugar elegido para domicilio hace que cuando se produce una turbación de aquél, se turba como algo real el sentimiento de la propia libertad, como si se tratara de una ofensa a nuestra persona. Pessina, reforzando la anterior opinión considera que la casa representa para la vida privada del individuo la más esencial atmósfera de su autonomía. Por su parte, Civoli sostiene que el allanamiento de morada lesiona el derecho real del morador sobre la morada.

Creemos que esta última opinión es equivocada, porque el delito se consuma por la simple introducción en la morada, sin que sea necesario que el morador pierda la posesión de la misma, ya que si aceptamos esta teoría llegaríamos al absurdo de confundir el delito a estudio con el de despojo.

Cavallo menciona una teoría sostenida principalmente en Alemania, según la cual el bien lesionado por el allanamiento de morada es el honor. A todas luces ésta teoría resulta también errónea, pues ni el honor subjetivo o sea la estimación que el hombre posee de sí mismo, ni el objetivo, esto es la estimación que merece a los demás se lesionan, ni aun, en forma mínima, por el hecho de que un individuo se introduzca en la morada de la víctima.

Carrancá y Trujillo dice que: "El objeto jurídico del delito es la inviolabilidad de la morada en que se habita, de la casa habitación". (30)

Disentimos de esta opinión porque en nuestro concepto se está confundiendo el objeto jurídico del delito con el objeto material del mismo, al que ya hicimos referencia en el capítulo anterior.

En efecto, el objeto jurídico de este ilícito, según señala Eusebio Gómez, es el lugar destinado legítimamente por una persona al ejercicio del derecho de desenvolver su libertad personal en lo que atañe a las exigencias de su vida privada y para Cuello Calón, en su comentario al Código Penal Español vigente, el objeto jurídico protegido no es la casa ni la propiedad, sino el derecho del individuo a vivir libre y seguro en su morada.

Para nosotros, afiliándonos a la tesis sostenida por Carrara, el bien jurídico lesionado por esta infracción es precisamente la libertad individual. Y decimos que es la libertad individual porque el domicilio representa para el individuo el lugar en donde realiza la esfera de sus intimidades, de tal suerte que, al ser invadido, se está lesionando esa libertad.

La palabra libertad asume un significado muy amplio dentro de la teoría jurídica y especialmente en nuestro derecho punitivo, porque es uno de los bienes jurídicos más dignos de tutela y es tan importante que como apuntamos ya en el primer capítulo, el proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana acertadamente consagra todo un título a la tutela de esta libertad.

La misma teoría filosófico-jurídica del derecho natural ha fincado y construído en la libertad uno de los derechos inherentes al ser humano, como algo anterior a todo orden legal, es decir preexistente al mismo derecho. Por eso con mucha razón se ha dicho que en función de la protección que el derecho otorga a ese bien jurídico, se protege a la persona en su esencia misma y no en uno de sus atributos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10

(30) "Código Penal Anotado". Pág. 656. Antigua Librería Robredo. México. 1962.

de diciembre de 1948, tutela este bien jurídico en varios de sus más importantes artículos. En su artículo 12 dice lo siguiente: "Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, *su domicilio* o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques".

Hoy en día es digna de respeto y protección, no solo la libertad física de las personas, sino incluso su libertad psíquica. El pensamiento y la palabra, los afectos y en general, los actos comunicativos del hombre, como ser que vive en sociedad, son garantizados en su libre expresión y rodeados de respeto y tutela.

La moderna tutela de la libertad, la tutela de la intimidad personal, extiende su radio de acción a la esfera de reservas y secretos que rodean legítimamente a toda persona.

Alcance Constitucional de este delito.

El Derecho Constitucional tiene por objeto establecer la forma y organización del Estado y la fijación de los límites de la actividad del poder público frente a los particulares. (31) En otras palabras, marca la estructura del Estado, de sus integrantes y sus funciones, reconociendo las garantías tanto individuales como de grupo.

La Constitución General de la República es la ley fundamental en la vida del Estado mexicano, es la que crea las leyes y autoridades, de lo cual se desprende que el derecho represivo se derive y se limite por esa Carta Magna. En su artículo 14 establece la garantía de legalidad en material penal en los siguientes términos: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún

(31) Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 23 Edit. Porrúa, S. A. México. 1967.

por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Resulta incuestionable que sea el Derecho Constitucional el que señale al Penal su órbita de acción, pues la Constitución es la ley fundamental en la vida del Estado, reparte competencias y finca barreras a las autoridades frente a los individuos.

La garantías de naturaleza penal encuentran, pues, su fundamento en el reconocimiento que de ellas hace la Constitución como ley suprema. (32)

El diverso artículo 16 Constitucional garantiza el derecho a la inviolabilidad del domicilio. No concede este derecho, sino que, como decimos, lo garantiza, lo que supone el reconocimiento de su preexistencia. Este precepto en su primera parte textualmente expresa: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

El derecho y la garantía no son dos unidades separadas y distintas, sino una e indivisible, porque un derecho sin garantía no es un derecho sino una ficción, pues cuando la garantía falta o es inadecuada para la protección eficaz del derecho, éste desaparece. (33)

Desde el punto de vista Constitucional el delito de allanamiento de morada deriva de la protección que le otorga dicha ley suprema, como una de las garantías fundamentales al hombre, quedando a cargo del derecho represivo la tarea de reglamentar los preceptos constitucionales que así lo estatuyen.

Los antecedentes constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio podemos remontarlos en nuestro país, a la constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814. En el capítulo V de este ordenamiento denominado “De la igualdad, seguridad y libertad de los ciudadanos”, el artículo 32 establece la inviolabilidad del

(32) Castellanos Tena. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Pág. 23. México 1967.

(33) Orgaz Alfredo. “El Recurso de Amparo”. Pág. 39. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1961.

domicilio y a la letra dice: "La casa de cualquier ciudadano es un asilo inviolable; sólo se podrá entrar en ella cuando un incendio, una inundación o la reclamación de la misma casa haga necesario este acto. Para los objetos de procedimiento criminal deberán proceder los requisitos prevenidos por la ley".

Esos requisitos en la actual Constitución, consisten en el mandamiento escrito de autoridad competente sobre bases legales y motivos reconocidos también jurídicamente. Como se advierte de la lectura del segundo párrafo del dispositivo transcrito, el decreto de 1814 contiene la protección de la morada aún tratándose del procedimiento penal, en cuyo caso establece la necesidad de que los actos de autoridad se ajusten a las exigencias legales, evitándose así la invasión arbitraria del domicilio.

Castellanos Tena (34) dice que la Constitución de Apatzingán contiene los principios básicos sobre las garantías del acusado, capaces de haber permitido establecer un derecho penal colmado del sentido humano, así como un derecho procesal penal con toda la majestad de la justicia, pleno de seguridad para el acusado y por ende orientado al logro del gregario vivir.

Sobre la importancia tan grande que tiene la Constitución a que nos venimos refiriendo, debemos recurrir al pensamiento del destacado maestro don Alfonso Noriega quien afirma: "el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de 1814, fue el primer documento constitucional en nuestra patria, que organizó el Estado Mexicano, sobre la base del individualismo; el primero (en México) en formular un catálogo de derechos del hombre, fundado deliberadamente en una tesis individualista, democrático-liberal y el primero en postular la esencia misma del sistema". (35).

En el Reglamento Político del Primer Imperio Mexicano, encontramos una serie de derechos: el de libertad; propiedad; seguridad e igualdad legal; *inviolabilidad de la casa*; que nadie pue-

(34) "Las Garantías del Acusado" en estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán Págs. 489-500. U. N. A. M. México. 1964.

(35) Noriega Jr., Alfonso. "Los Derechos del Hombre en la Constitución de 1814", en el Decreto Constitucional de Apatzingán. Pág. 421. México. 1964.

de ser preso ni arrestado sino con orden judicial; expropiación de la propiedad por interés común pero con la debida indemnización; libertad de pensamiento; prohibición al uso del tormento, y de la confiscación de bienes. (36)

En el Acta Constitutiva de 1824 se hallan asentados varios principios aún sin contener una declaración de los derechos del hombre; sin embargo en la sección séptima del título quinto, que se intitula "Reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y Territorios de la Federación la administración de justicia", encontramos que se prohíbe la pena de confiscación de bienes, se prohíbe la aplicación de la ley retroactiva, se prohíben los tormentos, se prohíbe el *registro de casas*, papeles y otros efectos, salvo en los casos que la misma ley señala.

La Constitución del estado de Oaxaca promulgada el 10 de enero de 1825 estatuye también protección de derechos individuales en sus artículos 11, 12, 13, 14, 15 etc. Establece determinados derechos como el de que *las casas no pueden ser allanadas*, no se puede examinar ni secuestrar libros, papeles, epístolas, etc., sino en los casos expresamente determinados por la ley.

La primera Ley Constitucional de 1836, en su artículo segundo, expresamente estableció como "Derechos del Mexicano", entre otros, que solo mediante orden judicial se podrá poner preso a un hombre; que a la autoridad política no le era dable detener a nadie más de tres días, sin ponerlo a disposición de la autoridad judicial y a ésta no le era posible detenerlo por más de diez días sin dictar auto motivado de prisión; consagró el derecho de propiedad y el procedimiento para la expropiación; *prohibición de catear casas* y papeles, salvo los casos expresamente indicados por la ley; estableció el principio de legalidad; el libre tránsito; la libertad de imprenta, etc.

Mario de la Cueva señala y analiza en un ensayo los derechos del hombre en nuestra Constitución de 1857. Nos basamos en el pensamiento de este jurista para enumerar los derechos mencionados, los cuales pueden clasificarse en seis grupos: 1) igualdad, 2) libertad

(36) Tena Ramírez, Felipe. "Leyes Fundamentales de México 1808-1964". Págs. 127 y 139. México. 1964.

personal, 3) seguridad personal, 4) libertades de los grupos sociales, 5) libertad política y 6) seguridad jurídica. La protección al domicilio la encuadramos dentro del tercer grupo o sea el de los derechos de seguridad personal, así como dentro del último, o sea el de los derechos de seguridad jurídica. (37)

La Constitución de 1857 en su artículo 16 protegía el domicilio como garantía individual y textualmente dice: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, *domicilio*, papeles y posesiones sino en virtud de mandamiento escrito, de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. En caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

Por lo que se refiere al domicilio solo podrá una persona introducirse en él, sin consentimiento del que tenga derecho legítimamente a hacerlo, cuando el mandamiento de entrar se haga por autoridad competente y por escrito, fundando y motivando la causa legal del procedimiento. Con esas formalidades debe expedirse la orden dictada para el cateo del domicilio, registro de papeles, embargo, etc.

Al hacer el análisis del artículo 16 en nuestro ordenamiento positivo, observamos que la garantía individual que protege la inviolabilidad del domicilio, es a favor de toda persona cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de violación por parte de alguna autoridad. Esta garantía constitucional se reconoce a todos los individuos, independientemente de su situación económica y de su nacionalidad. Debemos afirmar que toda persona por el hecho de encontrarse en territorio de la República Mexicana, goza de las garantías consagradas en nuestra carta fundamental.

Es una garantía de tal magnitud que se incluyó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo 12, que ya mencionamos con anterioridad.

(37) Cueva, Mario de la. "La Constitución de 5 de Febrero de 1857", en el *Constitucionalismo a mediados del siglo XIX*. Págs. 1284-1305. Tomo II. México. 1957.

Ignacio Burgoa, en su libro "Las garantías individuales", hace un análisis del artículo 16 de la Constitución vigente y dice que el acto de autoridad, que debe supeditarse a la garantía constitucional, es una simple molestia o sea una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho precepto. Se refiere este artículo a actos de mera afectación de índole materialmente administrativa. Burgoa hace una síntesis de los actos de autoridad que deben supeditarse a la exigencia que establece la garantía consagrada en la primera parte de este precepto, en la siguiente forma:

a) Actos materialmente administrativos, que causen al gobernado una simple afectación, a cualquiera de sus bienes jurídicos, sin importar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho, ni una impedición que evite el acrecentamiento de ésta (actos de molestia en sentido estricto);

b) Actos materialmente jurisdiccionales; penales o civiles, comprendiendo dentro de este último género a los mercantiles, administrativos y del trabajo (actos de molestia en sentido lato), y

c) Actos genéricos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir, aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera subjetiva de la persona, o la aludida impedición (actos de molestia en sentido lato).

Respecto al primer tipo indicado, los actos correspondientes sólo deben sujetarse a la garantía indicada en la primera parte del artículo 16 Constitucional; mientras que los comprendidos en las otras dos especies, además de estar regidos por tal garantía, deben ajustarse a lo dispuesto en los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 14 de dicho ordenamiento en los casos relativos.

El autor en cita señala el problema que se motiva con relación a los lugares que se mencionan o que pueden constituir un domicilio desde el punto de vista del artículo 16 de la ley suprema; pero hace notar que se toma en cuenta el que los actos de molestia, por lo general, tengan como materia de afectación los diversos bienes que dentro de aquellos se encuentran. Resulta que la perturbación que tales actos originan puede impugnarse a través del elemento "posesiones", al que alude el citado precepto constitucional,

independientemente de que los objetos afectados se hallen o no en un sitio domiciliario. Por tanto, estima que el término domicilio empleado en el artículo 16 representa un trasunto histórico del afán de proteger lo que se ha considerado como lo más sagrado e inviolable de la persona o sea su propio hogar, cuya preservación por otra parte se establece amplia y eficazmente a través del elemento posesiones como ya se afirmó.

La inviolabilidad del domicilio es una libertad necesaria para la tranquilidad del espíritu y para la intimidad y por eso hemos dicho que es algo que todo hombre debe poseer.

Nadie puede dedicarse a actividad alguna si tiene el temor de que su domicilio o su correspondencia puedan ser violados arbitrariamente y ser del dominio público asuntos que solo a él concier-
nen.

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

TEMARIO: La conducta externa.—Sujetos de este delito.—Lugar de introducción.—Medios de ejecución: a) furtividad; b) engaños; c) violencia.—Otros elementos del tipo en este delito.

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

La conducta externa.

“El delito es —dice Soler— una forma de conducta: la conducta desenvolviéndose y fluyendo continuamente en la realidad, presenta, frente a toda posibilidad de descripción, el aspecto de algo infinito. Las normas que quieran captar esta conducta no pueden proceder sino mediante esquemas que intenten recoger de la realidad solamente una serie de notas, porque la realidad presenta una pluralidad tal de datos que es imposible que una norma los describa a todos” (38).

La sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica que se recoge en el tipo, modela su estructura e integra sus elementos. No existe una técnica legislativa única de tipificar penalmente conductas antijurídicas, ya que forzosamente ha de influir en la estructura y contenido del tipo la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir.

El elemento objetivo del delito a que nos estamos refiriendo, ha sido denominado de diferentes maneras: conducta, acto, acción, hecho, actividad, etc. Nosotros, siguiendo la terminología empleada en México por Celestino Porte Petit, consideramos que el término adecuado para designar este elemento es unas veces con-

(38) "Análisis de la Figura Delictiva". Criminología. Pág. 784. Número 12. Año X.

ducta y otras hecho. Dice el maestro: "No es la conducta únicamente, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y de resultado material... El elemento objetivo del delito en general puede estar constituido por una conducta, si se trata de un delito de mera conducta o de un hecho si estamos frente a un delito material o de resultado; los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no puede en general adoptarse uno solo de dichos términos; si se aceptara conducta, sería reducido y no abarcaría los casos en que hubiera un resultado material, si hecho, resultaría excesivo, porque comprendería además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla". (39)

Es diversa la estructura del tipo cuando en él se describe un comportamiento o se recoge un resultado material y tangible, que cuando se tipifican conductas normadas por la especial situación anímica en que se haya el sujeto que actúa o por una expresa referencia a su valoración. El más somero examen de las conductas tipificadas en un código punitivo o en una ley especial, pone de relieve que en la configuración de las mismas entran en juego elementos de alcance diverso. El comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, unas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras, mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta y otras diversas, mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor. Creemos que Porte Petit está en lo justo al hacer esa distinción entre conducta y hecho, pues en ocasiones el tipo sólo requiere de una actividad, mientras que otras exige además del hacer o abstenerse, la producción de un resultado material.

Castellanos Tena define la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. (40) La conducta es el núcleo de todo delito sobre el cual giran todos los demás elementos del mismo.

(39) "Apuntes de la Parte General de Derecho Penal". Págs. 153 y siguientes. México. 1960.

(40) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 141. México. 1967.

La conducta, para producir efectos en Derecho Penal, debe ser típica o sea encuadrable o ajustable en una figura delictiva; anti-jurídica, esto es, violadora de un precepto penal y, por último, debe ser estimada culpable e imputable al ser humano.

Atendiendo a la redacción del artículo 285 de nuestro Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en el delito de allanamiento de morada el elemento objetivo es siempre una conducta y nunca un hecho, porque la prohibición del tipo no precisa de la producción de un resultado material; basta el solo comportamiento humano: "introducirse". En consecuencia en esta figura la causalidad es puramente jurídica y no material.

El elemento objetivo del delito de allanamiento de morada está integrado por la conducta de "introducirse" furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada.

En ésta definición del Código Penal se introducen medios de comisión, elementos normativos y el objeto material del delito.

Lo que permanece como conducta es un comportamiento humano ilícito, consistente en introducirse en un lugar habitado.

El concepto de introducción es claro y su sentido gramatical satisface cualquier exigencia interpretativa. Introducirse es entrar, es pasar de afuera hacia adentro. La introducción se consuma tan pronto el sujeto traspasa los umbrales cerrados o abiertos, de la morada ajena. La vía de acceso es irrelevante.

Sebastián Soler dice al respecto: "Entrar quiere decir introducirse con toda la persona dentro de un local. Aun cuando se puede turbar la paz familiar de otros modos (mirando desde afuera, introduciendo un brazo por la ventana, etc.), el único modo típico consiste en turbar la paz mediante el ingreso personal dentro de la casa". (41)

No importa en este delito cualquier otro acto que únicamente moleste al habitante de la casa en el ejercicio de la libertad de vivir

(41) Cf. Carrara. "Programa del Curso de Derecho Criminal", Parágrafo 1658.

en ella sin ser objeto de violación, porque impertinencias semejantes no tiene el alcance de un ingreso efectivo al interior del lugar habitado.

Otros autores, entre ellos Manzini y Alimena, sostienen que actos como son los de asomarse a una ventana o sentarse a la puerta, no integran el delito cuyo estudio nos ocupa.

Raúl Goldstein, en su Diccionario de Derecho Penal, dice que el verbo que define la acción típica es "entrar"; entrar supone tener acceso, penetrar corpóreamente al domicilio ajeno; la introducción parcial no constituye la actividad reprimida en este delito, aún cuando es configurable la tentativa. (42)

Manzini plantea el problema relativo a lo que denomina acceso del interior al interior. El morador autoriza, por ejemplo, la entrada a una determinada parte de la casa, Vgr. a la sala y el sujeto activo del delito excediéndose, penetra a una habitación sin la debida autorización. Este autor resuelve el problema afirmativamente, o sea en el sentido de que esa conducta integra el delito de allanamiento toda vez que perturba la paz doméstica que es el bien jurídico tutelado.

Por nuestra parte, creemos que esa solución es justa únicamente cuando se penetra en contra de la voluntad del que tenga derecho de proteger su morada, toda vez que lo que determina la ilicitud del acceso a la casa ajena o a sus dependencias es el acto de realizar el acceso en contra de la voluntad expresa o presunta del morador que es indispensable para los fines de la incriminación. No basta, pues, la circunstancia de que el acceso se haya verificado sin permiso; es necesario que se lleve a cabo en contra de la voluntad del que tenga derecho de expulsar al que penetre en el lugar protegido.

Debemos precisar si la entrada en morada ajena tiene como única finalidad la de su allanamiento o si, por el contrario, se realiza como medio para la comisión de otro delito.

En el primer caso, solo es configurable el delito de allanamiento de morada, mientras que en el segundo habrá concurso ideal de delitos pues el allanamiento sirve de medio para la comisión de

(42) Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1962.

otro delito; así por ejemplo, si se entra en un domicilio ajeno para matar al morador. Este concurso ideal no se presenta en el caso del delito de robo en casa habitada, pues en nuestro Código Penal tal ilícito constituye un tipo autónomo complejo, agravado, es decir, se estatuye como robo calificado.

Como el allanamiento de morada constituye el elemento inicial del delito de robo en casa habitada, dice Eugenio Cuello Calón que no puede ser apreciado como delito concurrente con el de robo, pues el mismo hecho sería castigado dos veces. (Non bis in ídem).

Por su parte, Jiménez Huerta dice: "que si para apoderarse el ladrón de la cosa que es objeto material del delito de robo, irrumpe en el domicilio o en la cerrada heredad ajena, su conducta adquiere desde el punto de vista de la desvalorización penal una plural significación, pues contemporáneamente lesiona el patrimonio de la persona ofendida y el bien jurídico de su libertad individual, en cuanto el domicilio y la heredad cerrada, materializan la íntima personalidad del hombre: en ellos haya reposo en su trabajo, descanso en sus fatigas, paz en sus tormentos, refugio en sus luchas, consuelo en sus aflicciones, protección para sus secretos y resguardo y seguridad para sus pertenencias. De ahí que el Código Penal en su artículo 381 bis establezca una agravación para el que robe en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación..." (43)

Nuestro Código Penal define el delito de allanamiento de morada, en el cual el núcleo del tipo consiste en "introducirse", como un delito de acción y no de omisión. Por tanto, la permanencia en la morada contra la voluntad del morador, cuando la introducción ha sido consentida, no supone allanamiento.

Otros países, por ejemplo Alemania (Parágrafo 123), Brasil (artículo 198), Dinamarca (Art. 264), Italia (Art. 614), Noruega (Art. 355), Perú (Art. 230), Uruguay (Art. 294) y España (Art. 490 párrafo 1o.), siguen el criterio opuesto y sancionan como autor del allanamiento pasivo al que permanece en la morada ajena contra la voluntad del morador.

(43) "Derecho Penal Mexicano". Parte Especial. Tomo IV. Pág. 74. Edit. Robredo. México. 1963.

El párrafo 123 del Código Alemán castiga como violación de domicilio el hecho de invadir ilegalmente recintos ajenos y de *permanecer en ellos sin autorización*, a pesar de la exhortación del titular del derecho para que el agente activo los desaloje. (44)

El Código Español en su artículo 490, párrafo primero, establece que comete este delito el particular que entrare en morada ajena o, sin habitar en ella, se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador.

Carrara afirma que la violación del domicilio también se realiza con la permanencia arbitraria, "por el motivo evidente de que se viola el domicilio tanto introduciéndose en el mismo contra la voluntad de quien lo habita, como permaneciendo en él contra esa voluntad, aún cuando la introducción haya sido en un principio tolerada o permitida". (45)

Sujetos de este delito.

Todos los seres vivos racionales del mundo que habitamos hállanse abstractamente comprendidos en el concepto de sujeto activo de este delito, en vista de que es un delito de sujeto activo común en oposición de los llamados delitos propios o especiales, también conocidos con el nombre de delitos particulares o exclusivos, que sólo pueden ser cometidos por determinada categoría de personas. Los delitos comunes pueden ser realizados por cualquiera.

Sujeto activo del allanamiento puede ser cualquier persona que sea imputable. Puede ser un particular o bien el funcionario público que en el ejercicio de sus funciones arbitrariamente allane el domicilio de un particular, sin cumplir con las formalidades que prescribe la ley. (46)

Al sujeto activo del delito también se le ha denominado autor del delito. No es autor todo sujeto que ha cooperado a la causación de un resultado lesivo, sino sólo aquél que ejecuta el acto típico.

(44) Mezger Edmund.—"Derecho Penal". Parte Especial. Págs. 159-161. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1959.

(45) "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte Especial. Pág. 451.

(46) Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Tomo IV. Pág. 93. TEA. Buenos Aires. 1951.

Florian (parte general, tomo II, pág. 703), subraya que para obtener la noción de autor de un delito es preciso dirigir la mirada a la figura típica descrita en la parte especial del Código Penal: autor del delito es la persona a que la ley se refiere.

Maggiore subraya que "autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario, al que la ley se refiere cuando describe el modelo del delito". Por lo general, es indicado con la expresión "cualquiera". También para Ranieri, autor, en sentido estricto, es aquél que realiza con su propia conducta el modelo legal del delito.

Carrara (Programa, párrafo 427), afirma qué autor principal del delito es aquél que ejecutó el acto consumativo de la infracción. Todos aquellos que participan en el designio criminoso o en otros actos, pero no en los de la consumación, son delincuentes accesorios o cómplices en sentido lato.

Sujeto pasivo del delito, en general, es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. (47)

Carrara entendía que "el hombre o la cosa sobre que recaen los actos materiales del culpable, dirigidos al perverso fin, son el sujeto pasivo del delito" (Programma párrafo 40) y "que es un equívoco considerar que el objeto del delito sea la cosa o el hombre sobre los cuales se ejerce la acción criminoso" (párrafo 36).

Sujeto pasivo del allanamiento es el morador, sin importar para los fines jurídicos si está presente o no lo está, si es dueño o titular del departamento o vivienda o no lo es, bastando simplemente para los fines jurídicos que lo habite en el momento de perpetrarse el delito.

El sujeto pasivo, afirma Eusebio Gómez, es la persona a quien el derecho de exclusión corresponde; es decir, aquél cuya libertad resulte atacada por el ingreso arbitrario.

También señala que la circunstancia de jerarquía o de autoridad doméstica en los casos de habitación común, no cambia la situación del que directamente soporta el atentado por la invasión del lugar que habita.

(47) Castellanos Tena. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 144. Edit. Porrúa, S. A. México. 1967.

Lugar de introducción.

En el capítulo primero de este trabajo, al hacer el análisis, relativo al objeto material de tutela, hicimos referencia ampliamente al elemento en estudio. Por ello nos concretamos ahora a resumir que la introducción ha de ejecutarse en un departamento, vivienda, aposento o dependencia de casa habitada. Como ya dijimos anteriormente, los conceptos de departamento, vivienda y aposento se refieren exclusivamente a lugares habitados, cualquiera que sea la naturaleza material de los mismos. El concepto de dependencia, por el contrario ofrece alguna dificultad doctrinaria la cual ha sido resuelta tanto por los autores, como por la jurisprudencia en el sentido de que son lugares que forman un conjunto con la morada y que se hallan en comunicación interior con la misma. (48)

Ha originado dudas la cuestión de si pueden ser objeto de allanamiento las casas públicas dichas por antonomasia, es decir las de prostitución. A pesar de tal nombre de puro eufemismo, la doctrina española prevalente, ya desde Pacheco, se inclina por la afirmativa, en razón de que, aparte del tráfico a que están destinadas, sirven de habitación permanente a sus pupilas.

Basándose en estas consideraciones, Cuello Calón llega a considerar indiferente que tales casas, al igual que las demás, estén o no cerradas, por no ser incluíbles en la excepción aludida en el artículo 492 del código español, sin que importe a estos efectos la inmoralidad del comercio.

Groizard, sin llegar a tanto, se atuvo al tenor de dicho precepto y exigió para el allanamiento, el cierre del local. (49)

Medios de ejecución.

Para considerar integrado en su materialidad el delito de allanamiento de morada se necesita, además, que dicho comportamien-

(48) Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Pág. 87. TEA. Buenos Aires. 1953.

(49) Quintano Ripolles, Antonio. "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal". Tomo I. Págs. 826-857. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1962.

to hubiere sido efectuado por alguno de los medios de comisión especificados en el artículo 285 del Código Penal, esto es, mediante furtividad, engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo. Procede examinar, a continuación y separadamente, tales diversas formas de realización de la conducta típica.

a) *Furtividad.*

Furtivamente significa que el allanador se aproveche de cualquier circunstancia que impida al interesado advertir el momento en que se allana su morada; la furtitividad implica, en consecuencia, que el allanamiento de la morada ajena se realice sin conocimiento del sujeto pasivo ya sea porque éste no se encuentre en el domicilio, o bien porque esté durmiendo o simplemente cuando no sea visto el sujeto activo por el ofendido en el sentido amplio de la palabra.

Raúl Carrancá y Trujillo, en su Código Penal Anotado, nos explica que la furtividad consiste en obrar a hurto o a escondidas. La introducción furtiva a morada ajena es un medio típico de comisión de este delito, habida cuenta de que el artículo 285 del Código Penal en forma expresa lo define con la frase "Al que... se introduzca furtivamente".

Furtivamente, según el Diccionario de la Lengua Española, significa "a escondidas". Dicha expresión, en consecuencia, es sinónima de clandestinidad y referida al delito en examen abarca la introducción oculta, secreta, sigilosa o a hurtadillas, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada.

La introducción furtiva se efectúa, por lo general, cuando el morador se encuentra ausente y el sujeto activo se aprovecha de dicha circunstancia. Puede realizarse mediante el empleo de ganzáas o de llaves falsas o de las auténticas en poder o al alcance del agente por cualquier razón o causa, o escalando o saltando paredes, rompiendo puertas o muros, en cuyo caso se acumula con el delito de daño en propiedad ajena a que hace referencia el artículo 397 de nuestro Código Penal.

b) *Engaños.*

La segunda forma que puede asumir la conducta ejecutiva

del delito de allanamiento es, como expresa el artículo 285, "el engaño". Dicho artículo en la parte relativa dice: "...se introduzca, furtivamente o con *engaño*..."

Esta frase se proyecta sobre todo comportamiento positivo en el que se falsea la verdad en lo que se hace, dice o promete y que encierra una concreta y adecuada potencialidad psico-causal para sumergir a otro en un error, despertándole una creencia ilusoria.

"La expresión *engaño* abarca conceptualmente tanto los casos en que el error nace íntegramente a consecuencia de la conducta, como aquellos en que el agente refuerza y aviva el error ya surgido y activamente impide que en la mente de la víctima se haga luz". (50)

En ambos casos la conducta del sujeto activo refuerza el error y, desde el punto de vista causal, ambos comportamientos son idóneos para calificar de engañosa la conducta, aunque revistan diversa intensidad desde el punto de vista valorativo.

La expresión "engaño" ha de ser, pues, entendida como un influjo que obra ilusoriamente sobre la inteligencia o sobre el sentimiento del sujeto pasivo.

Muy difícil sería describir o reseñar las innumerables formas en que el engaño puede manifestarse en la vida real. Empero, debe señalarse que en el fondo de todo engaño siempre se encuentra como fundamento una alteración o falseamiento de la realidad exteriorizada, estipulada, prometida u ofrecida y es posible distinguir los engaños que se exteriorizan en hechos, de aquellos otros que se manifiestan en falsas peticiones o promesas o en tácticos e inequívocos ofrecimientos; aunque se debe subrayar que casi siempre influyen en un mismo engaño, hechos, actitudes y palabras.

Es constitutivo del engaño el empleo de medios diversos, por ejemplo, fingir que se obra por orden de la autoridad o que se tiene la obligación derivada del empleo, de introducirse en el lugar, como cuando se dice que se tiene la obligación de revisar el

(50) Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Tomo IV. Págs. 174-175. Edit. Robredo. México. 1963.

medidor de consumo de la luz eléctrica o el del agua potable o de inspeccionar el proceso de una construcción, etc. El engaño supone una falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre. Engañar es dar a la mentira una apariencia de verdad.

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

c) *Violencia.*

También la violencia constituye un medio de ejecución de este delito, habida cuenta de que el artículo 285 del Código Penal en vigor lo estatuye expresamente en los siguientes términos "al que... se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia..."

La violencia puede ser física o moral, es decir, el agente puede emplear la mera intimidación o amenaza sobre las personas que tienen derecho a oponerse a que se allane su morada, o bien, puede emplear la fuerza material para abrirse paso y realizar la ilícita penetración y, en fin, pueden concurrir ambas formas de violencia al mismo tiempo o alternativamente.

Carrancá y Trujillo, en su Código Penal Anotado, dice que la violencia puede ser física, sobre las cosas o las personas, o coacción moral sobre las personas.

La violencia a las personas ha de tener por fin hacer factible la antijurídica introducción a la morada ajena y eliminar o disminuir la oposición que el morador o sus representantes pudieran hacer valer con objeto de impedir o dificultar dicha introducción. Ha de traducirse en actos materiales desplegados físicamente sobre el sujeto pasivo de la conducta, enderezados a reducirle a un estado de forzosa pasividad.

Existe violencia física si se mata, lesiona, golpea, amordaza o encierra al morador o a su representante para eliminarle o inmovilizarle.

No se requiere que la violencia sea irresistible, basta que disminuya parcialmente la capacidad de defensa frente al injusto allanamiento.

Se plantea el interesante problema de fijar el momento en que la violencia, en cuanto medio típico de comisión, ha de desplegarse. No existe duda alguna de que la anterior o simultánea actividad a la conducta ejecutiva configura el delito.

También la violencia ejercida sobre las cosas es constitutiva de este delito, dado que el término "violencia" a que hace referencia el muticitado artículo 285, no tiene ningún agregado que limite su sentido.

La violencia sobre las cosas consiste en el despliegue de una fuerza que transforme, altere o destruya el objeto material del delito en forma idónea para hacer posible su allanamiento y elimine los obstáculos naturales o artificiales que se opongan a dicha introducción.

Es indiferente el medio empleado, pues tanto vale la fuerza personal, la energía física o química o el uso de instrumentos, los cuales se traducen facticamente en la fractura o destrucción de puertas, paredes o ventanas, en el rompimiento o sustitución de cerraduras o candados, etc., siendo además objeto de acumulación con el delito de daños.

Otros elementos del tipo en este delito.

Independientemente de los anteriores, nuestra ley penal señala como elementos de este delito, el que se realice el allanamiento sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, o sin permiso de la persona autorizada para darlo. Pero como estimamos que tales elementos se refieren a la antijuricidad de la conducta y a la ausencia de consentimiento, los trataremos ampliamente en el capítulo siguiente de este trabajo que se refiere a la antijuricidad y culpabilidad en el delito de allanamiento de morada.

CAPITULO IV

LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

TEMARIO: La antijuricidad.—Causas de licitud: a) legítima defensa; b) estado de necesidad; c) cumplimiento de un deber; d) ejercicio de un derecho; e) impedimento legítimo; f) obediencia jerárquica.—La antijuricidad en el delito de allanamiento de morada.—La imputabilidad.—Causas de inimputabilidad: a) estados de inconciencia; b) miedo grave; c) trastornos mentales permanentes. La culpabilidad: a) teoría psicológica; b) teoría normativa. La culpabilidad en el delito de allanamiento de morada.—Formas de culpabilidad: a) Dolo; b) culpa; c) preterintencionalidad.—Inculpabilidad en el allanamiento de morada: a) error; b) inexigibilidad de otra conducta.

CAPITULO IV

LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

La antijuricidad.

“Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia, como delictiva, es necesario que sea antijurídica”. (51)

La antijuricidad es un elemento necesario del delito, pues no basta que una conducta sea encuadrable en un tipo penal sino que es necesario que dicha conducta además de típica, sea antijurídica y culpable.

Porte Petit, al referirse a la antijuricidad, expresa: “Al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación. Hasta hoy en día así operan los códigos penales valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa. Lo que quiere decir que para la existencia de la antijuricidad se requiere una doble condición: positiva una, violación de una norma penal, y negativa otra, que no esté amparada por una causa de exclusión del injusto. La conducta por tanto será antijurídica si no está protegida por una de las causas que enumera el Código Penal...” (52)

(51) Jiménez Huerta, Mariano. “La Antijuricidad”. Imprenta Universitaria. México. 1952. Pág. 10.

(52) “La Importancia de la Dogmática Jurídico Penal”. Pág. 41. México. 1944.

“Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara, nos dice Soler, ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una *disonancia armónica* pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora”. (53)

Distinguimos la antijuricidad de la culpabilidad en que la antijuricidad valora la conducta en su aspecto externo, mientras que la culpabilidad lo hace en su aspecto psicológico o interno, esto es, en el ámbito subjetivo de la acción.

Considerando la valoración que se debe hacer de la conducta típica para declararla o no antijurídica, el maestro Mariano Jiménez Huerta expresa que “la antijuricidad no es un concepto cortical que se agota pasando la vista por los artículos que los códigos penales dedican a las eximentes de responsabilidad; es un concepto sustancial de hondura profunda que sólo puede ser captado adentrándonos hasta las últimas raíces que fundamentan el orden jurídico”. (54)

Causas de licitud.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. (55)

Las causas de justificación (factores negativos de la antijuricidad) son todas aquellas circunstancias que desde su inicio, hacen lícitas las conductas descritas en los tipos penales. Es por ello que algunos autores consideran más correcto llamarlas causas de licitud por estimar que la conducta no se está justificando, sino que es lícita desde su nacimiento.

Estamos en presencia de una causa de licitud cuando la conducta o el hecho, siendo típicos, están rodeados de circunstancias,

(53) “Derecho Penal Argentino”. Tomo I. Pág. 344. TEA. Buenos Aires. 1953.

(54) “La Antijuricidad. Pág. 121. Imprenta Universitaria. México. 1952.

(55) Castellanos Tena. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Pág. 170. México. 1967.

previstas o fundadas en normas jurídicas, que les dan carácter lícito.

Para Porte Petit, existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho, siendo típicos, son permitidos o facultados por la ley. (56)

Las causas de licitud tienen como principal objeto el salvaguardar el interés socialmente preponderante.

Jiménez Huerta considera que "resulta imposible pensar en la existencia de causas impeditivas del nacimiento de la antijuricidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el interés socialmente preponderante". (57)

Nos referiremos, aunque sea en forma breve, a cada una de dichas causas:

a) *Legítima defensa.*

Es la repulsa de una agresión injusta y actual, sin traspasar los límites necesarios para la protección.

El destacado maestro español, don Luis Jiménez de Asúa, nos dice que es la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o por tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. (58)

Afirma Manzini que "el instituto de la legítima defensa implica una delegación hipotética y condicionada de la potestad de policía que el Estado hace preventivamente al individuo por razones de necesidad, para los casos en que no puede efectivamente prestar la protección necesaria. (59)

Para Franz Von Lizst es la defensa necesaria para repeler un

(56) "Apuntes de la Parte General del Derecho Penal". México. 1960.

(57) "La Antijuricidad". Pág. 118. Imprenta Universitaria. México. 1952.

(58) "La Ley y el Delito". Pág. 363. Edit. Andrés Bello. Caracas. 1945.

(59) Citado por Jiménez Huerta. "La Antijuricidad". Pág. 249. Imprenta Universitaria. México. 1952.

ataque actual y contrario al Derecho, mediante una agresión contra el atacante. (60)

En la legítima defensa el interés proponderante resulta ser un interés legítimo frente a otro ilegítimo que pretende hacer valer el sujeto que ataca o agrede.

b) *Estado de necesidad.*

El estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son iguales, no constituye una justificante, sino una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

En cambio, si el salvado es de mayor valía que el sacrificado, se configura una causa de licitud. Ante la destrucción de un bien notoriamente superior para dejar subsistente uno insignificante, sin duda el delito existe.

Cuello Calón define el estado de necesidad como "una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitado mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (61)

De esa suerte, el problema consiste en determinar hasta qué punto es lícito lesionar un interés para salvar otro, y si para esto se ha de tomar en cuenta el principio del interés preponderante.

c) *Cumplimiento de un deber.*

La doctrina es acorde al considerar una conducta como antijurídica, cuando no está justificada por el mandato de una ley o no tiene un fundamento jurídico.

Esta justificante consiste como su nombre lo indica, en que el sujeto, al acatar un mandato jurídico, colme un tipo legal.

(60) "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. Pág. 332. Segunda Edición. Madrid 1927.

(61) "Derecho Penal". Novena Edición. Pág. 342. Tomo I. Editora Nacional. México, 1953.

Toda regla jurídica —dice Jiménez de Asúa— que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinariamente protegido por el derecho, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó. (62)

“En esta causa de justificación opera una colisión de dos deberes que se resuelve en el predominio del más categórico y más digno de protección, como es el deber concretamente exigido por la ley, la función o el cargo”. (63)

d) *Ejercicio de un derecho.*

“Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aún cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege”. (64)

e) *Impedimento legítimo.*

El impedimento legítimo consiste en abstenerse de obrar, cuando se tiene el deber de hacerlo, si lo impide otra disposición jurídica superior.

f) *Obediencia jerárquica.*

Radica en la ejecución de un hecho penalmente tipificado, al cumplir el mandamiento de un superior jerárquico legítimo. Es justificante solo cuando se equipara al cumplimiento de un deber, o sea, si el inferior tiene el ciego deber legal de obediencia, como tratándose de ciertas relaciones dentro de los miembros del ejército.

Todas estas justificantes se hallan legalmente establecidas en el artículo 15 del Código Penal. La legítima defensa en la fracción III; el estado necesario en la IV; el cumplimiento de un deber y

(62) "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. Pág. 501. Edit. Losada, S. A. Buenos Aires. 1952.

(63) Quintano Ripolles "Comentarios al Código Penal". Tomo I. Pág. 138.

(64) Jiménez Huerta. "La Antijuricidad". Pág. 209. Imprenta Universitaria, México. 1952.

el ejercicio de un derecho en la V; en la VIII el impedimento legítimo y, la obediencia jerárquica en la VII.

La antijuridicidad en el delito de allanamiento de morada.

Después de haber hecho un estudio panorámico de los aspectos más importantes de la antijuridicidad tanto positivos como negativos, cúmplenos ahora pasar a estudiar la antijuridicidad en el delito de allanamiento de morada.

Debemos hacer notar que el tipo del delito de allanamiento de morada es muy especial, en cuanto contiene elementos subjetivos del injusto y hasta una antijuridicidad especial. En efecto, las expresiones "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la ley lo permita", "sin permiso", etc., son demostrativas de una especial antijuridicidad; lo cual significa que la conducta descrita es en general permitida y solo se vuelve ilícita al matizarse con el contenido de tales frases; en consecuencia, en este delito, las causas de justificación no operan como eliminatorias de la antijuridicidad, según sucede comúnmente en casi todos los delitos, sino como causas de atipicidad. En efecto examinemos por ejemplo la legítima defensa en el delito en estudio. Imaginémos el caso en el cual un sujeto, con el fin de librarse de un peligro real y efectivo que se cierne sobre su vida, se introduce en una morada ajena sin permiso del morador. Ahora bien, en la legítima defensa se actúa por un motivo justificado y como el tipo objeto de nuestras reflexiones exige que la introducción sea "sin motivo justificado", no operará aquella como eliminatoria de la antijuridicidad sino que desintegrará el tipo y fungirá entonces como una efectiva y real atipicidad.

No pretendemos desconocer la verdadera naturaleza jurídica de la legítima defensa, una causa de justificación en cuyas raíces se hunde el principio del interés preponderante, más, en el delito objeto de nuestras reflexiones no cabe la defensa como justificante.

Si para colmarse el tipo precisa de un actuar "sin motivo justificado", sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita", y en la legítima defensa sin duda alguna

se actúa siempre "con motivo justificado", podemos afirmar en consecuencia que su presencia impide la integración del tipo.

Tómese nota de que no pretendemos negar la posible existencia de la legítima defensa en el delito en estudio, sino que afirmamos que a diferencia de lo que ocurre comúnmente en otros delitos, por ser el allanamiento de morada tan sui generis, no obra como eliminadora de la antijuridicidad sino que actúa como verdadera causa de atipicidad. En otros tipos como por ejemplo, en el homicidio, la descripción legal no contiene ninguna referencia a justificada motivación, ni a permisión legal, sino que dice lisa y llanamente: "Comete del delito de homicidio: el que priva de la vida a otro"; indudablemente que en este caso, por la misma naturaleza del tipo la legítima defensa si operará como una verdadera causa eliminadora de la antijuridicidad.

La misma atrevida afirmación permítasenos hacer respecto al estado de necesidad (cuando el bien salvado supera al destruído). Imaginémos a un individuo que perseguido por un perro rabioso o por un ladrón se introduce en una morada ajena para librarse del peligro, o a alguna persona indigente que ante la inclemencia del tiempo y encontrándose sumamente enferma, se ve en la necesidad de acogerse en el techo de otra. ¿Qué mayor motivo justificado es la conservación de un bien de gran valía, frente a otro de menor entidad, ante la imposibilidad de salvar ambos? Es por ello que en el ilícito objeto de nuestro estudio, el estado de necesidad se transforma de causa de justificación en factor atípico.

Si quien se introduce en un domicilio ajeno lo hace en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, evita también la tipificación de su conducta. En estos casos el agente no actúa típicamente por exigir el tipo que la penetración a un hogar sea "sin motivo justificado; sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita", y huelga decir que quien se introduce cumpliendo su deber o ejercitando un derecho obra con motivo justificado, razón por la cual su comportamiento no es típico.

Esta es una garantía consagrada en el artículo 16 de nuestra Constitución Política; en efecto, tanto la autoridad administrativa como la autoridad judicial pueden dictar providencias en

virtud de las cuales es posible el lícito acceso a moradas ajenas, tal sería el caso de quien en cumplimiento de un deber se introduce en moradas ajenas para hacer inspecciones sanitarias, fiscales, etc., debidamente ordenadas por autoridades administrativas, o bien el de un actuario que penetra en un domicilio ajeno en cumplimiento de su deber, mediante un mandamiento expedido por autoridad judicial competente.

Todos esos comportamientos impiden que se llene el tipo del artículo 285 del Código represivo y así lo ha entendido la Jurisprudencia al decirnos: "El delito de allanamiento de morada a que hace referencia el artículo 285 del Código Penal, tutela penalmente la garantía constitucional consagrada en el artículo 16 y relativa a que nadie puede ser molestado en su domicilio sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Cuando la persona autorizada para permitir la penetración en la morada autoriza la introducción de otra persona a su departamento, vivienda, aposento o dependencias de una casa habitada, por cualquiera de los medios consistentes en furtividad, engaño o violencia en la hipótesis de que ello pudiera ocurrir, la tutela penal carecería de objeto, de igual modo que carece de él cuando ese permiso no se obtiene, pero hay motivos justificados para introducirse, como en un caso de necesidad, o existe orden de autoridad competente, como en el caso de cateos, o por último se está en alguno de los casos en que la ley lo permite como ocurre cuando se practica una diligencia judicial por ejemplo, de desahucio". (T. S., 6a. Sala, Julio 29, 1941). (65)

"Las visitas administrativas para comprobar el cumplimiento de los reglamentos sanitarios, de policía y fiscales, deben practicarse con las formalidades que la Constitución establece. Cuando la autoridad administrativa se introduce en un hogar violando las disposiciones reglamentarias correspondientes, comete allanamiento de morada". (S. C., Primera Sala, 4643, 371, 1a.). (66)

Del impedimento legítimo no nos ocupamos en esta parte, por entrañar una abstención u omisión, de imposible realización en torno al delito de allanamiento de morada, esencialmente activo,

(65) Carrancá y Trujillo. "Código Penal Anotado". Pág. 658. México 1962.

(66) Idem.

pues requiere siempre de un hacer, de una acción y no de una conducta negativa.

En cuanto a la obediencia jerárquica, permítasenos anotar que puede funcionar como justificante en el delito objeto de nuestro trabajo. Si quien obedece tiene el ciego deber de cumplir el mandato del superior, por imponerle esa obligación el derecho, no queda amoldado su comportamiento a la hipótesis prevista por el tipo del delito.

Problema interesante se plantea en torno a la frase "sin permiso de la persona autorizada para darlo". En repetidas ocasiones hemos señalado la necesidad de que la introducción en el domicilio ajeno se realice sin el consentimiento de quien tiene derecho para permitir ese acceso, esto es, de la persona autorizada para darlo. Ahora bien, ¿quién es la persona que puede dar ese permiso? Al respecto nos dice Eugenio Florian que corresponde dar el permiso a "aquél que dispone como habitación propia del lugar de que se trate". (67) En caso de que se trate de una habitación común, corresponde a cada uno de sus moradores, (68) y tratándose de una convivencia regida por una jerarquía como lo es el caso de un hogar familiar, de un colegio, etc., al jefe de la familia, al director del establecimiento o a sus representantes, "sin perjuicio de los otros convivientes de excluir al tercero, aún mediando el consentimiento de los demás cuando el acceso represente una lesión a su propia libertad doméstica; por ejemplo, el acceso a las habitaciones privadas de los convivientes". (69) No están autorizados para franquear o permitir válidamente la entrada, los menores y los sirvientes domésticos.

Algunos autores consideran que en el delito de allanamiento de morada el consentimiento opera como causa que elimina el nacimiento de la antijuridicidad. No nos adherimos a tal opinión por estimar que al exigir la descripción legal del artículo 285 que la introducción se realice "sin motivo justificado", "sin orden de

(67) Florian Eugenio. "Del delitti contra la liberta". Pág. 437. Milán. Vallardi.

(68) Manzini, Vincenzo. "Trattato di Diritto Penale Italiano". Pág. 697. Turín. 1933-1939.

(69) Gómez, Eusebio. "Tratado de Derecho Penal". Págs. 393 y 394. Tomo III. Buenos Aires.

autoridad competente" y "fuera de los casos en que la ley lo permita"; por medio de furtividad, engaño o violencia, o *sin permiso de la persona autorizada para darlo*; opera una verdadera causa de atipicidad. Además, al realizarse una introducción con permiso de la persona autorizada para darlo, dicha introducción automáticamente se torna justificada y el tipo objeto de nuestras reflexiones exige para su integración que la introducción sea "sin motivo justificado". Es evidente que si el morador, titular del bien jurídico tutelado, permite el acceso a la morada, no se produce lesión alguna a dicho bien jurídico.

Tanto en la doctrina como en la legislación, el consentimiento funciona a base de dos principios: la voluntad de exclusión y la voluntad de admisión. El primero operó especialmente en la legislación española cuyo artículo 491 exigía que la entrada en la morada ajena tuviera lugar contra la voluntad expresa o tácita de su morador. Este artículo ha sido reformado por el 490 que dice lisa y llanamente: "Comete este delito el particular que entrare en morada ajena o sin habitar en ella se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador". (Párrafo primero).

Carrara opina que no basta que esa voluntad sea simplemente presunta, sino que debe ser condición de la misma una manifestación hecha de cualquier modo y conocida por el procesado. Una cosa es la falta de permiso y otra es la prohibición.

El segundo principio, es decir el de la voluntad de admisión opera, en cambio, en nuestra legislación.

En síntesis podemos afirmar que toda conducta típica es antijurídica, a menos que se encuentre amparada o protegida por una causa de justificación. Por tanto, en términos generales, siempre será ilícita la introducción en un lugar de los señalados en el tipo si se colman todos los extremos legalmente exigidos. Por excepción, las conductas típicas carecen de ilicitud frente a una justificante. Mas en nuestro delito, como ya antes expresamos, se da una antijuricidad especial. Es por ello que resulta imposible hablar de tipicidad en el allanamiento de morada sin antijuricidad, por necesitar el tipo de una ejecución "sin motivo justificado"; "sin orden de autoridad competente" y "fuera de los casos en que la ley lo permita", por medio de furtividad, engaño o violencia o sin permiso de la

persona autorizada para darlo. Al colmarse el tipo, lleva ya ínsita la antijuricidad.

La imputabilidad.

Toda conducta humana, para ser considerada delictuosa, necesita ser, además de típica y antijurídica, culpable.

Antes de entrar de lleno al estudio de la culpabilidad, vamos a tratar aunque sea en forma somera, lo que constituye su presupuesto indispensable: la *imputabilidad*.

La imputabilidad es la capacidad normal de entender y de querer. Será imputable, dice el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, quien posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. (70)

Max Ernesto Mayer considera que la imputabilidad "es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente". (71)

Es la imputabilidad en el campo penal lo que la capacidad en el civil. Está representada por un mínimo físico: desarrollo mental, y otro psíquico: salud mental. Son capaces de delinquir los que posean las mínimas condiciones de juicio y decisión.

Nuestra legislación no define ni reglamenta directamente la imputabilidad, pero se desprende a contrario sensu de las disposiciones correspondientes a las causas de inimputabilidad. El artículo 15, en sus fracciones II y IV, consigna las causas de inimputabilidad. Estas fracciones se encuentran complementadas por los artículos 67 a 69 y 119 a 122 de nuestro Código Penal.

(70) "Derecho Penal Mexicano". Tomo I. Pág. 222. Cuarta Edición. Edit. Robredo. 1955.

(71) Citado por Castellanos Tena. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 204. México. 1967.

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

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la imputabilidad no existe uniformidad de criterio entre los especialistas. Para algunos se trata de un verdadero elemento esencial del delito; otros ven en ella un presupuesto general del ilícito penal. Nosotros opinamos con Jiménez de Asúa que es presupuesto necesario de la culpabilidad, y no un elemento autónomo del delito. Sólo será culpable quien antes sea imputable.

En el delito que estamos estudiando, el agente o sujeto activo, en cada caso concreto y de acuerdo con la ley, deberá ser declarado imputable o inimputable, al igual que se hace con todo sujeto violador de cualquier precepto penal. Para que se le considere imputable se necesita que sea mayor de 18 años, pues los menores de esa edad (según la ley del Distrito Federal), quedan al margen del derecho punitivo porque el legislador estimó prudente no someterlos a penas, sino a medidas de tipo educativo, correccional; por ende, independientemente de que en un sentido doctrinal pueda discutirse si poseen o no capacidad para actuar, no son sujetos de atribución de las normas penales y por ello muchos especialistas los incluyen entre los inimputables. Efectivamente, un joven de dieciséis o diecisiete años puede ser tan capaz como uno de dieciocho, mas hay imposibilidad de aplicarles la ley penal, por voluntad expresa del legislador, basada en una adecuada política criminal. Por lo tanto, todo individuo mayor de dieciocho años es, en general, posible sujeto activo del delito de allanamiento de morada. El sujeto pasivo, por el contrario, sí puede ser inimputable por proteger la ley la morada de toda persona, así estén ausentes en ella las facultades de juicio y decisión.

La imputabilidad es, pues, "el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". (72)

(72) Castellanos Tena. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 204. México. 1967.

Causas de inimputabilidad.

Hemos afirmado que las causas de inimputabilidad legalmente establecidas son los estados de inconciencia transitorios (artículo 15, fracción II); el miedo grave (fracción IV), además de los artículos 67 a 69 y 119 a 122 que complementan dichas fracciones, especialmente el artículo 68 que se refiere a los trastornos mentales permanentes, por más que en apariencia el aludido precepto parezca admitir la responsabilidad de los enfermos mentales permanentes.

Creemos que todas las causas legales de inimputabilidad son susceptibles de funcionar en el delito de allanamiento de morada:

a) Estados de inconciencia.

La fracción II del artículo 15 del Código Penal considera como circunstancia excluyente de responsabilidad penal "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio". Si alguien en un estado de inconciencia producido por la ingestión no voluntaria de una sustancia tóxica penetra en la morada de otra, sin duda alguna no comete el delito a que nos hemos venido refiriendo, por ausencia del presupuesto indispensable de la culpabilidad: la imputabilidad. Lo mismo se puede afirmar de quien se introduce a la morada de un vecino, en un estado de inconciencia producido por una fiebre, o por la ingerencia involuntaria de bebidas embriagantes o enervantes. Todas esas personas quedan exoneradas de responsabilidad penal si el empleo de tales sustancias tóxicas embriagantes o enervantes que determinó el trastorno mental y transitorio durante el cual realizaron el delito, fue accidental e involuntario.

b) Miedo grave.

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal, en su primera parte, establece como excluyente de responsabilidad "el miedo grave a que alude este precepto puede determinar que alguien

verdaderamente alterado de sus facultades de juicio y decisión, penetre en una morada ajena, sin que por ese motivo cometa el delito de allanamiento de morada, pues estaremos en presencia de una causa de inimputabilidad.

c) *Trastornos mentales permanentes.*

Es necesario además que el sujeto no sufra ningún trastorno mental permanente, pues de conformidad con el artículo 68 del Código Penal "Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo.

En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales".

Es decir, todos estos individuos son objeto de medidas curativas y de internación en manicomios y hospitales especializados, esto es, son objeto de medidas de seguridad.

En quienes padecen una enfermedad mental permanente es dable también la ejecución de la conducta descrita por el artículo 285 del ordenamiento represivo, o al menos las hipótesis en las cuales no se requiere un elemento subjetivo del injusto; sin embargo dada la defectuosa fórmula contenida en el citado artículo 68, el autor de una conducta típica, si llena los requisitos de este dispositivo, deberá ser internado durante todo el tiempo necesario para su curación en instituciones especiales, así haya realizado únicamente allanamiento de morada. O sea que mientras con relación a los trastornos mentales transitorios existe una concreta causa excluyente de responsabilidad, tratándose de los permanentes se sigue el camino señalado por el citado dispositivo.

Podemos afirmar, por lo tanto, que sólo los imputables son capaces de culpabilidad, esto es, de ser sometidos al juicio de valorización en cuanto al aspecto interno o subjetivo de su conducta.

La culpabilidad.

“La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”. (73)

“En la declaración de culpabilidad —afirma Fontán Balestra— hay, indudablemente, un elemento valorativo, puesto que la culpabilidad implica el análisis de la situación subjetiva ante el hecho, que ha de ser enfrentado con la ley penal”. (74)

Luis Jiménez de Asúa define la culpabilidad “como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad de la conducta antijurídica”. (75)

Se han seguido dos teorías para determinar la naturaleza de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

a) La teoría psicológica.

Para lo doctrina que comentamos —nos dice Luis Fernández Doblado—, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso” (76) O sea, para los psicólogos la culpabilidad queda constituida por el proceso mental del agente; por ello la consideran como una simple relación psicológica entre el autor y su conducta.

Castellanos Tena entiende que los partidarios de esta teoría afirman que “la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad ya supuesta; su esencia se agota en el proceso intelectual volitivo que se desarrolla en el autor. El estudio de la culpabilidad —con-

(73) Castellanos Tena. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Págs. 217-218. México. 1967.

(74) “El Elemento Subjetivo del Delito”. Pág. 15. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1957.

(75) “La Ley y el Delito”. Pág. 379. México-Buenos Aires. 1954.

(76) “Culpabilidad y Error”. Pág. 24. México. 1950.

tinúa diciéndonos— supone el análisis del psiquismo del agente con el objeto de investigar en concreto, cual ha sido su conducta en relación al resultado objetivamente delictuoso”. (77)

b) Teoría normativa.

“Según los normativistas, la culpabilidad no es solamente a liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración de un juicio de reproche de ese contenido psicológico que no viene a ser sino el presupuesto de la misma valoración o el contenido del juicio de culpabilidad”. (78)

De acuerdo con la tesis normativa, lo que convierte una conducta antijurídica en culpable es tan solo la reprochabilidad. Una conducta podrá ser reprochada a su autor “si las circunstancias internas y externas acompañantes de su acción delictiva demuestran que a dicho autor le era exigible otro comportamiento psíquico distinto del observado”. (79)

La naturaleza de la culpabilidad —asegura Welzel— se caracteriza lo más propiamente posible a través de la palabra “reprochabilidad”. Afirma más adelante que “la culpabilidad, en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad como valoración de la voluntad de acción”. (80)

Para nosotros, la corriente normativa es la que resuelve en forma más satisfactoria los problemas prácticos; en consecuencia, nos adherimos a la corriente normativista por ser la más rica en consecuencias prácticas.

La culpabilidad en el delito de allanamiento de morada.

Por contener el tipo de allanamiento de morada elementos

(77) “La Culpabilidad y su Aspecto Negativo”. Revista Jurídica Veracruzana. Tomo VII. No. 1. Xalapa, Ver. Marzo de 1957.

(78) Fernández Doblado. “Culpabilidad y Error”. Pág. 27.

(79) Núñez, Ricardo C. “La Culpabilidad en el Código Penal”. Pág. 5. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1946.

(80) “Derecho Penal”. Parte General. Pág. 148. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1956.

subjetivos del injusto, tales como son las expresiones: "furtivamente", "con engaño", "violencia", (81) el solo tipo agota todo el delito, pues esas formas comisivas implican, necesariamente, la culpabilidad a título doloso; ello significa que en este delito, a la inversa de lo ocurrido en la mayoría, la ejecución del típico comportamiento configura, en plenitud, el delito mismo.

Ahora bien, cuando se ejecuta por otras vías, sin furtividad, ni engaño, ni coacción moral, sino simplemente con ausencia del consentimiento de la persona autorizada para darlo, la realización de la conducta no basta para integrar la culpabilidad; en dicho caso es preciso constatar si el agente obró con dolo o culpa, formas que reviste la culpabilidad. También se suele agregar la preterintencionalidad como forma mixta, o sea la que está compuesta de dolo y culpa.

a) *El dolo.*

Puede definirse el dolo —según el pensamiento de Cuello Calón— "como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito". (82)

Fernando Castellanos Tena, en su conocida obra "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", define el dolo como "el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".

Como podemos observar, casi todas las definiciones dadas en torno al dolo por los diferentes autores coinciden en señalar o hacer referencia a lo que es esencial en el dolo, sus dos elementos: conocimiento o elemento intelectual y voluntad o elemento volitivo.

En el allanamiento de morada el elemento volitivo consiste en el propósito de introducirse a la morada ajena y, el elemento intelectual, radica en el conocimiento de que se actúa contra la voluntad del morador.

(81) Sólo la violencia moral entraña un elemento subjetivo del injusto.

(82) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Tomo I. Pág. 371. Novena Edición. Editora Nacional. México. 1953.

En lo relativo a las diferentes especies de dolo, los tratadistas no se han logrado poner de acuerdo. Así se habla en la doctrina de dolo directo, indirecto, eventual, indeterminado, específico, calificado, alternativo, genérico, etc.

Generalmente el allanamiento de morada es doloso, especialmente si se ejecuta mediante furtividad, engaño o violencia, pues dichos elementos llevan inmersos la forma dolosa por requerir de la voluntad encaminada a la realización típica. De acuerdo con nuestra ley penal, (art. 8o.), se trata de la forma intencional, porque el ordenamiento represivo llama intencionales a los delitos dolosos y no intencionales o de imprudencia, a los culposos.

b) *La culpa.*

Para Jiménez de Asúa, "la culpa consiste en la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendría sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo". (83)

Actúa culposamente —dice Mezger— "el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición de un resultado". (84) Según Eugenio Cuello Calón, existe culpa", cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley". (85)

Al lado de los delitos dolosos se sancionan los culposos, pues, como dice Ignacio Villalobos, (86) "el hombre no sólo está obligado a cumplir directamente los mandatos del orden jurídico, sino a poner en juego todo el cuidado y diligencia necesarios para evitar la alteración o puesta en peligro de ese orden".

(83) "La Ley y el Delito". Págs. 371 y 372.

(84) "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. Pág. 171. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1949.

(85) "Derecho Penal". Pág. 325. Tomo I. México. 1953.

(86) "Derecho Penal Mexicano". Pág. 300. Segunda Edición. 1960.

Según nuestro punto de vista el delito objeto de nuestras reflexiones no admite la forma culposa sino solamente la dolosa pues el elemento interno está constituido por la voluntad de introducirse en la morada, con la conciencia de la voluntad contraria del morador y con conocimiento de la ilegitimidad de su conducta. Carrancá y Trujillo, en su Código Penal Anotado, nos dice que se trata de un delito de lesión, doloso instantáneo, que se consuma materialmente por el hecho de introducirse en la morada, con todo el cuerpo (no se integra el delito con introducir un pie, un brazo, etc., aunque es configurable la tentativa). (87).

c) La preterintencionalidad.

Se suele definir el delito preterintencional como aquel en el cual el resultado sobrepasa a la intención del sujeto. Se dice que existe dolo en cuanto al evento deseado y culpa en cuanto al resultado realmente obtenido.

En el delito en examen no parece operar la preterintencionalidad; en efecto, no imaginamos un caso en donde el individuo queriendo un resultado menor, al actuar viole la morada de otro. Por ello negamos en este delito la forma preterintencional.

Inculpabilidad en el delito de allanamiento de morada.

La culpabilidad al igual que los demás elementos del delito, tiene su aspecto negativo constituido por las causas de inculpabilidad.

Luis Jiménez de Asúa afirma que son causas de inculpabilidad las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. (88)

Según la doctrina que se siga sobre la culpabilidad, será la de inculpabilidades. Para la teoría psicológica, el campo de las causas eliminatorias de la culpabilidad se llena por el error y la coacción sobre la voluntad.

(87) Carrancá y Trujillo, Raúl. "Código Penal Anotado". Págs. 655-658. Antigua Librería Robredo. México, 1962.

(88) "La Ley y el Delito". Pág. 389. 3a. Edición. Edit. Hermes. México, Buenos Aires. 1954.

De acuerdo con la corriente normativa que nosotros hemos adoptado, llenan el campo de las inculpabilidades:

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

a) *El error.*

“Es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad”. (89) Para que produzca efectos eximentes ha de ser esencial, insuperable, invencible, o sea valedero para todos y de consideración.

“El error esencial de hecho para tener efectos eximentes —escribe Porte Petit—, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Error esencial, nos dice Vannini, es 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. O como enseña Antolisei, el error que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito. En concreto en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de la conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo”. (90)

En el allanamiento de morada podemos admitir la inculpabilidad por error esencial de hecho, insuperable; esto es, cuando no se comete el allanamiento mediante un elemento subjetivo del injusto, pues en este caso no es operante aquella por implicar necesariamente el dolo; en cambio, si falta la furtividad, engaño o violencia moral, pero la introducción en una morada ajena tiene verificativo sin permiso de la persona autorizada para darlo, es admisible el error esencial. En efecto, se puede presentar el caso en el cual un sujeto penetre en una morada ajena creyendo que

(89) Castellanos Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal” Págs. 236-237. 4a. Edición. 1967.

(90) Porte Petit. “Importancia de la Dogmática Jurídico Penal”. Pág. 52.

es la de algún pariente, habiendo equivocado las señas que se le dieron o habiéndoselas dado equivocadas el supuesto pariente; entonces no comete delito por ausencia de dolo, ante un error de hecho de consideración.

b) *La no exigibilidad de otra conducta.*

Según Cuello Calón una conducta no puede considerarse culpable cuando al agente, dadas las circunstancias de su situación, no puede exigírsele un comportamiento distinto del observado. (91)

Los mismos razonamientos señalados en torno al error podemos darlos en lo referente a la no exigibilidad de otra conducta.

Tal es el caso del estado de necesidad si los bienes en conflicto son de la misma entidad; no es dable al poder público exigir al titular de uno de ellos que contemple pasivamente su destrucción cuando es incompatible con la existencia de otro de la misma valía. Otras formas específicas de no exigibilidad son el temor fundado a que hace referencia el artículo 15 del Código Penal en su fracción IV, en virtud de que el Estado no puede exigir un obrar distinto y por ello desaparece la reprochabilidad de su conducta típica y antijurídica. También se configura una inexigibilidad tratándose del encubrimiento entre parientes y allegados a que se refiere la fracción IX del precepto legal en cita, por ser inhumano que el Derecho imponga a los familiares la obligación de delatar a sus seres queridos.

En nuestro delito, sin duda alguna es operante la no exigibilidad de otra conducta para eliminar la culpabilidad. Puede pensarse, si bien no con facilidad, en un ejemplo de estado necesario ante conflicto de bienes iguales, si, en cambio, en función de un temor fundado: una persona, al temer con base racional, la presencia de un mal inminente y grave, se introduce en una morada ajena para evitarlo. Indiscutiblemente no delinque; su conducta no es reprochable. Quien encubre a un pariente o amigo, en cuanto al delito de allanamiento de morada, no es culpable de encubrimiento (ar-

(91) "Derecho Penal". Tomo I. Pág. 468. Parte General. Novena Edición. Editora Nacional. México. 1953.

tículo 400). Si el inferior, a sabiendas de la delictuosidad de la orden, obedece para evitar gravísimas consecuencias, su comportamiento no es culpable.

Únicamente los seguidores del normativismo aceptan a la inexigibilidad como excluyente de culpabilidad.

En nuestro país, Ignacio Villalobos y Castellanos Tena, por afiliarse al psicologismo, niegan validez a la inexigibilidad como causa de inculpabilidad.

CAPITULO V

FORMAS ESPECIALES DE APARICION DE ESTE DELITO

TEMARIO: El itercriminis.—La tentativa y la consumación en el delito de allanamiento de morada.—Concurso de delitos.—Concurso de personas en el delito de allanamiento de morada.

CAPITULO V

FORMAS ESPECIALES DE APARICION DE ESTE DELITO

El itercriminis.

Al camino que sigue el delito desde que se concibe como idea en la mente del sujeto activo hasta su terminación o "total agotamiento" —como dice Castellanos Tena— (92) se le llama *Iter Criminis* que significa camino del crimen.

El *iter criminis* consta de dos fases: una interna y otra externa.

A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Esta fase interna consta de tres etapas o períodos: ideación, o sea la tentación de delinquir en la mente del sujeto activo; deliberación, o sea el balance que efectúa el sujeto mediante un proceso mental del abandono de la idea o su prosecución. Pavón Vasconcelos nos dice que la deliberación consiste en el "proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella". (93)

Por último, viene la etapa más importante de esta primera fase: la resolución, consistente en la decisión de cometer el delito. El sujeto activo después de meditar sobre el hecho delictuoso,

(92) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 257. Edit. Porrúa, S. A. 1967.

(93) "La Tentativa". *Criminalia*. Pág. 123. Marzo de 1959.

decide llevarlo a la práctica; pero esa idea sigue permaneciendo en su interior y por ello queda fuera de toda amenaza penal, pues como acertadamente expresa Rossi: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado... Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer, es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio". (94)

La fase externa abarca desde que el delito se manifiesta al exterior, hasta su total consumación.

Esta fase comprende también varios momentos: manifestación, preparación y ejecución.

La manifestación o resolución manifestada se caracteriza por la exteriorización de la idea delictuosa. Esta manifestación por sí sola no es punible o inculpa, a menos que agote un tipo penal.

Pavón Vasconcelos dice: "Nuestro derecho ha elevado a la categoría de delitos, las siguientes resoluciones manifestadas: la proposición para cometer el delito de traición (artículo 125, fracción I), la conspiración para cometer traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos (Art. 132), la amenaza (artículo 282), etc.". (95)

El segundo paso del curso del delito en esta fase es la actividad preparatoria.

En opinión de Pannain, los actos preparatorios son aquellos "a través de los cuales el agente se apresta a violar el mandamiento". (96)

Jiménez de Asúa dice que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.

(94) Citado por Jiménez de Asúa. "La Ley y el Delito". Pág. 460. Tercera Edición. Edit. Hermes. México-Buenos Aires. 1959.

(95) "La Tentativa" Pág. 124. Revista Criminalista. Marzo de 1959.

(96) Citado por Olga Islas de González Mariscal. "Delito de Revelación de Secretos". Pág. 142. México. 1962.

Sebastián Soler los define como "aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado". (97)

Como vemos, la doctrina es casi unánime en el sentido de no incriminar dichos actos, en vista de que no hay violación todavía de una norma penal y pueden conducir tanto al delito como a una acción inocente. El delito preparado es un delito en potencia.

Jiménez de Asúa señala como hipótesis de actos preparatorios, en el Código Penal Mexicano, a los artículos 160, 163, 164, 193, etc. (98)

Por último, después de los actos preparatorios se llega a los actos ejecutivos propiamente dichos que pueden ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación.

Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. (99) A continuación estudiaremos ambos aspectos en vista de la gran importancia que revisten.

La tentativa y la consumación en el delito de allanamiento de morada.

De conformidad con el artículo 12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en vigor, la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa es la ejecución de actos (todos o algunos) eficaces para la producción del delito, sin que éste llegue a surgir por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo. O sea

(97) "Derecho Penal Argentino". TEA. Tomo II. Pág. 216. Buenos Aires. 1956.

(98) "Códigos Penales Iberoamericanos". Estudio de Legislación Comparada. Pág. 331. Tomo I. Edit. Andrés Bello. Caracas. 1946.

(99) Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 260. México. 1967.

la tentativa se origina cuando los actos de ejecución se interrumpen por causas ajenas a la voluntad del agente.

Jiménez de Asúa define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito. (100)

El surgimiento de ella, como dijimos, es ajeno a la voluntad del agente, pues éste lo que quería era consumir la conducta o hecho típico. Si se interrumpe la actividad ejecutiva voluntariamente, no estaremos en presencia de tentativa sino de desistimiento.

La doctrina en general habla de dos especies de tentativa: la acabada o delito frustrado y la inacabada o delito intentado.

La tentativa acabada se presenta "cuando el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito, de modo que éste queda materialmente ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención de aquel por causas independientes de su voluntad, es decir, cuando el agente ha hecho todo cuanto era necesario para su consumación sin que éste llegue a producirse". (101)

La inacabada, como su nombre lo indica, es una ejecución incompleta; esto es, tiene lugar cuando se han realizado en forma incompleta los actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito, por lo cual éste no llega a perfeccionarse.

Para la existencia de la tentativa precisa, en consecuencia, una cabal ejecución o un comienzo de ejecución, pero de actos objetivamente perceptibles y en relación con la acción principal descrita en el tipo; requiérese, pues, un criterio objetivo y no subjetivo, porque como expresa el penalista mexicano J. Ramón Palacios, sólo es posible construir el concepto de la tentativa en razón de la naturaleza intrínseca del acto. (102)

La única diferencia entre ambas especies es que en la acabada, los actos de ejecución se realizaron en forma total, mientras que en la inacabada fueron llevados a cabo en forma incompleta.

(100) "La Ley y el Delito". Pág. 595. Edit. A. Bello. Caracas. 1945.

(101) Cuello Calón. "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Pág. 530. 9ª. Edición. Edit. Nacional, S. A. México, 1953.

(102) "La Tentativa". Capítulo III. México. 1951.

Por lo que se refiere a la consumación, ésta existe cuando se integran todos los elementos del tipo, o sea cuando se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico objeto de la protección penal. (103)

Aplicando las generalidades anteriores al delito de allanamiento de morada, cabe preguntarse si es posible que en este delito se presente la tentativa punible, si ésta etapa en la ejecución del delito tiene existencia jurídica en el ilícito que nos ocupa, dando lugar a la tentativa del mismo, o bien si sólo se castiga en los casos en que se haya consumado.

No es fácil resolver el problema de si puede quedar o no en grado de tentativa este delito, por que generalmente la acción núcleo del tipo no es fraccionable en varios actos, pero como el ilícito en cuestión puede ser cometido por diversas vías, por ser alternativamente formado, es factible que quede en grado de tentativa en las hipótesis en las cuales el medio comisivo no es contemporáneo del acto final; mas tal medio comisivo ha de revelar, objetivamente, en forma inequívoca, el comienzo de ejecución; tal ocurre, por ejemplo, si el agente, ha empleado el engaño, la violencia física y cuando está a punto de lograr la consumación (introducirse), por causas ajenas a su voluntad es interrumpido el proceso ejecutivo.

En nuestra opinión si cabe la tentativa en el delito de allanamiento de morada en cuanto que es posible que una persona trate de introducirse furtivamente o con engaño o violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo a una morada ajena y que no logre su propósito por causas ajenas a su voluntad. Por ejemplo, porque ejerzan resistencia los ofendidos, las personas que se encuentran en la morada, impidiéndole entrar, o porque los agentes de la autoridad lo sorprendan en el momento en que trata de penetrar en la morada ajena. Otro caso podría ser el del individuo que emplea violencia sobre las cosas, por ejemplo, el de una persona que con el fin de violar un domicilio rompe tan solo la puerta

(103) Cuello Calón. "Derecho Penal". Novena Edición. Parte General. Tomo I. Pág. 536. Edit. Nacional. México. 1953.

de acceso al mismo, pero es sorprendida en el momento mismo en que pretende penetrar o introducirse.

Concurso de delitos.

Se dice que existe concurso de delitos cuando un mismo sujeto es infractor de varios tipos penales. Este concurso de delitos puede ser ideal o formal y real o material.

Entendemos por concurso ideal de delitos, la lesión inferida a dos o más bienes jurídicos mediante una sola conducta, o lo que es lo mismo, cuando con una sola conducta el agente viola dos o más preceptos penales.

En esta clase de concurso de delitos advierte Castellanos Tena una doble o múltiple infracción; es decir, mediante una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados jurídicamente. (104)

Este tipo de concurso se encuentra reglamentado en nuestro derecho positivo, en el artículo 58 del Código Penal en vigor, que dispone además la regla que deberá seguirse para la aplicación de la pena. El precepto citado establece: "Siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración".

Algunos autores llaman al concurso ideal, "acumulación", González de la Vega aclara que nuestro Código no le llama acumulación ideal, probablemente para no confundirla con la acumulación real o concurso material, reservando la palabra acumulación solo para este último.

El concurso real o material se configura en el caso de que el sujeto activo cometa varios delitos mediante varias conductas, sin que se haya pronunciado o recaído sentencia sobre ninguno de ellos.

(104) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Parte General. Págs. 275 y 276. Editorial Porrúa, S. A. México, 1967.

En el artículo 18 del Código Penal se define el mencionado concurso de la siguiente manera: "Hay acumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

La doctrina señala tres diversos sistemas para determinar la pena aplicable al concurso real o material, a saber:

1o.—El de acumulación material que consiste en sumar las penas que corresponden a cada delito.

2o.—El de absorción que consiste en imponer la pena del delito más grave.

3o.—El de la acumulación jurídica que consiste en la aplicación del delito más grave, pudiéndose aumentar en atención a los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable.

Nuestro Código Penal en vigor en su artículo 64, toma en cuenta los tres sistemas mencionados al preceptuar: "En caso de acumulación se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que nunca pueda exceder de treinta años".

Con las bases expuestas podemos afirmar que el delito de allanamiento de morada en estudio puede concurrir en forma ideal y real con otros delitos.

Por lo que se refiere al concurso ideal puede producirse, por ejemplo, con el delito de daño en propiedad ajena, en el caso supuesto de alguien que para introducirse en el domicilio ajeno rompe las cerraduras o causa destrozos de cualquier clase en puertas, paredes, ventanas, etc.

Por lo que respecta al concurso material, se puede afirmar que el allanamiento de morada también puede estar aparejado con otros delitos, como por ejemplo, en el caso de un sujeto que allane la morada ajena y después lesione o mate a las personas que se encuentran en el interior. En el robo en casa habitada ya dijimos que se integra un delito complejo, calificado.

Concurso de personas en el delito de allanamiento de morada.

El delito, nos dice Soler, (105) "no siempre es producto de la actividad de un solo hombre, sino que con frecuencia en su realización concurren las actividades de otros sujetos. En ocasiones, la misma figura delictiva por su naturaleza requiere la intervención de dos o más sujetos, pero hay casos en que aún cuando el tipo normalmente no necesita sino de una actividad singular, la concurrencia se presenta y da lugar a lo que se llama concurso eventual o participación propia".

Al respecto, escribe Pavón Vasconcelos: "Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres con su actividad, pueden infringir una sola norma; en el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con concurso de autores". (106)

"Debe separarse el concurso necesario, así llamado en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual en el cual, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito denominado participación propia". (107)

La participación, pues, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes". (108)

El maestro Castellanos Tena considera que la participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad. (109)

(105) "Derecho Penal Argentino". Tomo II. Pág. 249. TEA. Buenos Aires. 1956.

(106) "La Participación". Revista Criminalia. Pág. 178. Abril de 1959.

(107) Idem.

(108) Villalobos, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano". Pág. 481. Porrúa. México. 1960.

(109) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 265. México. 1967.

Para determinar la naturaleza de la participación se han dado las teorías de la causalidad, de la accesoriidad y de la autonomía que, por pertenecer a la parte general del Derecho Penal, nos concretaremos solo a mencionar.

En cuanto a los grados de participación, el artículo 13 del Código Penal se refiere a las conductas o hechos que la tipifican. En efecto, según el precepto legal en cita, son responsables de los delitos:

- I.—Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.
- II.—Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.
- III.—Los que presten auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución, y
- IV.—Los que, en casos previstos por la ley, auxiliien a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa.

El sistema seguido por nuestro Código a este respecto nos parece en general eficaz pues recoge en una sola fórmula los grados aceptados por la doctrina como son los de autor, coautor y cómplice, distinguiéndose dentro de la categoría de autor, el mediato, el intelectual y el material.

En General las formas de participación personal en el delito son: la autoría, la cautoría, la complicidad y el encubrimiento cuando la ayuda posterior al delito es prestada en cumplimiento de promesas anteriores, al mismo; en caso contrario, el que presta dicha ayuda no es partícipe sino sujeto activo del delito de encubrimiento tipificado en el artículo 400 de nuestro Código Penal.

En términos generales se puede decir que autor intelectual es el que determina a otro a cometer un delito, generalmente es conocido con el nombre de instigador o inductor. El delito de allanamiento de morada admite la autoría intelectual pues nada se opone a que el sujeto activo actúe instigado o provocado por un tercero.

Autor material es el que física y materialmente realiza los actos ejecutivos exigidos por el delito, o sea el llamado sujeto

activo o agente. En el delito en examen el autor material es el que se introduce en la morada ajena.

Coautor es el que, conjuntamente con el autor, realiza la conducta o hecho descrito en el tipo penal, independientemente de que se lleve a cabo por dos o más sujetos.

Por cuanto al cómplice, puede decirse que es un auxiliar en la ejecución de la conducta típica. El auxilio puede prestarse, opina Villalobos, desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza. (110) También se puede presentar esta figura en nuestro delito de allanamiento de morada.

El encubrimiento, según Cuello Calón, consiste en la ocultación de los culpables del delito o del cuerpo o de los efectos de éste, o de los instrumentos con que se cometió, o el de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia; o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiere proporcionado, o en aprovecharse el propio encubridor de aquellos beneficios. Es preciso, para su existencia, la conducta pasiva, vgr., la omisión en denunciar el delito o los delincuentes conocidos, no constituyen encubrimiento. (111)

Tal como se encuentra recogido en nuestro Código (artículo 13 fracción IV), el encubrimiento, señala Castellanos Tena, (112) no integra una forma de participación; la intervención del encubridor es posterior al delito y la participación requiere, como se ha visto anteriormente, una contribución a la producción del resultado. Mas como no es posible admitir la antinomia, debemos armonizar ambos preceptos (13 y 400) y entender que, según se ha dicho, el encubrimiento establecido en la fracción IV del artículo 13 (forma de participación), sólo opera si hubo acuerdo previo a la ejecución; de lo contrario el sujeto únicamente podrá ser sancionado como simple encubridor, en los términos del artículo 400 del Código Penal. Si antes de cometerse un homicidio, por ejemplo, un individuo acepta encubrir al homicidia y ocultar el instrumento

(110) Villalobos. "Derecho Penal Mexicano". Pág. 473. México. 1960.

(111) Cuello Calón. "Derecho Penal". Tomo I. Pág. 552.

(112) "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Pág. 270. México. 1967.

del delito, aun cuando su comportamiento sea a posteriori, resultará *partícipe* del homicidio. Si realiza la misma actividad, más sin ponerse de acuerdo de antemano con el homicida, su conducta tipificará el delito de encubrimiento, de conformidad con el artículo 400 de la ley represiva.

Al respecto, Fernández Doblado opina: "Como consecuencia lógica de vincular el concurso de personas en el delito con la teoría de la causalidad, se excluyó de aquella toda forma de intervención que no tuviera influjo causal en el resultado, es decir, que no hubiera puesto una condición anterior a éste; si bien entre los modos de concurrencia criminal se admiten junto con los anteriores y concomitantes a los posteriores, en este último caso, estos deben estar ligados al delito en relación de causa a efecto, como es el caso de la promesa anterior, que ya hemos examinado al referirnos a la participación. Fuera de estos casos la figura de los cómplices posteriores resultaría tan contradictoria como la de la causa posterior al efecto". (13)

En concreto podemos decir, en lo que se refiere al delito que estamos estudiando, que autor del mismo será quien se introduzca en la morada ajena, dentro de los supuestos que señala la hipótesis típica del artículo 285 del Código Penal: en un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada. Y serán auxiliares o cómplices quienes le presten ayuda en cualquier forma, aún por omisión para que allane la morada ajena. También resulta indudable que la instigación es compatible en la realización de este delito, así como el encubrimiento en sus formas de favorecimiento personal (ocultación del delincuente). Para terminar podemos afirmar que las reglas generales de la participación personal en el delito, a que hace referencia el artículo 13 del Código Penal, son compatibles y aplicables al delito que estamos estudiando.

(113) "La Participación y el Encubrimiento". Revista Criminalia, 1959.

CAPITULO VI

EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO

TEMARIO: Nacimiento y propósitos principales del proyecto.—Tendencia doctrinaria.—Sistema seguido en la clasificación de los delitos.—Reglamentación del delito de allanamiento de morada dentro del Proyecto de Código Penal Tipo.

CAPITULO VI

EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO

Nacimiento y propósitos principales del proyecto.

Ante la urgente necesidad de unificar la legislación penal en todo el país y poner orden en nuestras confusas y dispersas leyes punitivas, surgió en 1963 el proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana.

Como es sabido, el mencionado proyecto fue fruto del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, celebrado en la capital de la República del 4 al 11 de mayo del citado año.

Uno de los principales propósitos del mencionado congreso fue sin lugar a dudas la unificación de la ley penal en todo el país, según se desprende de los puntos 51, 52 y 53 del Dictamen Final rendido por el Congreso y los cuales estatuyen:

51.—“El Congreso Nacional de Procuradores de Justicia se pronuncia por la uniformidad de las leyes penales en sus aspectos sustantivo y adjetivo en todas las Entidades de la Federación”. (114)

52 —“Para lograr la uniformidad de Legislación Penal, elabórese un Código Tipo en el que se adopten, en la Parte General, las tendencias modernas relativas a la norma, al delito, al de-

(114) Dictamen Final del II Congreso Nacional de Procuradores. "Revista Mexicana de Derecho Penal". Pág. 116. Número 24. Junio de 1963.

linciente y a las penas y medidas de seguridad, consignándose en el catálogo de los delitos las figuras delictivas necesarias para proteger todos aquellos bienes jurídicos que el Estado debe tutelar, señalándose las penas cuyo mínimo y máximo tengan la amplitud suficiente para la mejor aplicación del arbitrio judicial". (115)

53 —“Intégrese una comisión de cinco personas que redacten el relacionado Proyecto que se someterá a la consideración de todos los señores Procuradores para que formulen las observaciones que estimen pertinentes”. (116)

En cumplimiento de esta resolución, la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, encargó al Dr. Celestino Porte Petit y a los Licenciados Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal y Luis Porte Petit Moreno, bajo la presidencia del Dr. Fernando Román Lugo, la tarea de elaborar dicho proyecto, oyendo al respecto la opinión de Procuradores, de juristas de reconocido mérito y de representantes de asociaciones profesionales, etc., pues la resolución número 55 del Dictamen Final expresa: “Invítese asimismo a las Asociaciones de Abogados, Academias de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, al Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, a los Representantes del Poder Judicial Federal y Representantes del Poder Judicial de cada una de las Entidades de la Federación, a efecto de que aportan sus puntos de vista respecto de dichos ordenamientos”. (117)

Tendencia doctrinaria.

Desde el punto de vista doctrinario es de hacer notar que el mencionado proyecto legislativo de 1963 no sigue una corriente específica. La comisión textualmente expresa que no pretendió seguir otra tendencia doctrinaria que la de la técnica jurídica. Así quedó establecido en la Exposición de Motivos del Proyecto comentado: “La dirección doctrinaria que inspira el nuevo Código es predominantemente la técnica jurídica, y, por lo mismo,

(115) Dictamen Final del II Congreso Nacional de Procuradores. “Revista Mexicana de Derecho Penal”. Pág. 116. Número 24. Junio de 1963.

(116) *Idem.*

(117) *Rev. Mex. de Derecho Penal.* No. 24. Pág. 116. Jun. 1963.

se procuró resolver los problemas con la técnica que es propia de los hombres de Derecho, sin acudir a filosofía inconducentes". (118).

Sistema seguido en la clasificación de los delitos.

"El sistema que se sigue en el proyecto para la clasificación de los delitos se basa científicamente en la necesidad de agrupar las figuras delictivas en razón de su homogeneidad, que no debe ser otra que el común objeto jurídico de aquellas, considerando, además, al titular o soporte de los bienes jurídicos que se tutelan, cuya estimación da origen a cinco grandes secciones de que se componen el catálogo de delitos, a saber: Delitos contra el estado; Contra la Humanidad; Contra la Sociedad; los que atentan contra los bienes jurídicos de la familia; y, por último, los que atacan a las personas". "La estimación del bien jurídico tutelado, como guía para equiparar los hechos delictuosos, ha sido reconocida como justa razón por la mayoría de los autores, y es seguida en los códigos penales y proyectos de más moderna factura, pues aparte de la sustentación científica en que descansa, cumple con la finalidad pragmática de auxiliar a la mejor y más clara interpretación de los tipos de delitos, ya que se ajusta al carácter eminentemente lógico de las leyes penales. Por ello es de esperarse a que adopten la presente clasificación, los códigos penales de la República, pues con ello se lograría un adelanto de gran significación en la unidad legislativa". (119)

"La simple lectura del catálogo de los delitos, permitirá advertir que muchas infracciones, las cuales por no haberse seguido un criterio científico de clasificación, se encontraban agrupadas junto a otras de muy diversa índole, quedan encuadradas o ubicadas ahora en el lugar que les corresponde". "Es conveniente, por último, precisar que algunas disposiciones que contiene el Código Penal en vigor, no se incluyeron en el proyecto de Código Penal Tipo, en razón de que su ubicación corresponde en la

(118) Porte Petit, Celestino. "Evolución Legislativa-Penal en México". Págs. 161-189. Edit. Jurídica Mexicana. 1965.

(119) Idem.

Ley de Ejecución de Sanciones, en la Ley del Ministerio Público o en el Código Procesal Penal". (120)

Reglamentación del delito de allanamiento de morada dentro del proyecto de Código Penal Tipo.

El delito objeto de nuestro estudio se encuentra reglamentado en este intento legislativo dentro de la parte especial relativa a los delitos en particular, que comprende los artículos 109 al 365 distribuidos en cinco secciones, en el libro 2o, sección quinta, denominada "Delitos contra Personas", cuyo Título II lleva por rubro "Delitos contra la libertad y seguridad de las personas". El capítulo V de este título se refiere al allanamiento de morada, en su artículo 304, que preceptúa: "Se impondrán de un mes a tres años de prisión y multa de cien a mil pesos, al que sin motivo justificado se introduzca o permanezca empleando violencia, furtivamente, con engaño, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, en un aposento o dependencia de una casa habitada".

La exposición de motivos hablando de la libertad y seguridad de las personas dice: "En los delitos contra la libertad y seguridad de las personas, se consideraron conductas que, en el actual código, se encuentran incluidas en distintos títulos, cuando el común denominador de las mismas es la libertad o la seguridad, como en el caso del rapto y de la revelación de secretos. En general, podrá advertirse en esta materia que la redacción de las diversas hipótesis delictuosas está inspirada en una mejor técnica, consiguiéndose que el trazo de las figuras quede bien delimitado". (121)

Consideramos correcta la inclusión del delito de allanamiento de morada dentro del título "Delitos Contra la Libertad y Seguridad de las Personas", pues como acertadamente expresa Soler: "El establecimiento de tipos penales que protegen la libertad es producto de la civilización contemporánea. Esta ha elevado a la categoría de bien jurídico un aspecto más de la libertad, al cual el hombre tie-

(120) Porte Petit, Celestino. "Evolución Legislativa Penal en México". Pág. 189. Edit. Jurídica Mexicana. 1965.

(121) Idem. Pág. 161.

ne derecho como ente social que es". (122)

También notamos, en la redacción del artículo 304 del proyecto en examen, que acertadamente incluye el allanamiento pasivo, o sea por permanencia en la morada ajena. En efecto, dice el citado artículo: "Al que sin motivo justificado se introduzca o permanezca... en morada ajena".

Por lo que se refiere a los demás elementos del delito en examen, se puede decir que casi en su totalidad quedaron incluidos en el nuevo proyecto. En relación al objeto material de tutela, el proyecto en forma correcta suprimió los términos departamento y vivienda, dejando subsistentes únicamente los de aposento o dependencia por tener más precisión técnica y encontrarse ligados más íntimamente con la expresión "morada", que sirve de rubro al correspondiente capítulo.

Tratándose de la pena, a nuestro parecer en forma acertada aumentó la pecuniaria hasta la cantidad de mil pesos, poniéndola así más acorde a la época en que vivimos.

Para terminar, permítasenos reafirmar nuestra confianza a las ideas de unificación propuestas por el proyecto, mismas que han sido compartidas por tratadistas de la talla de Jiménez de Asúa, quien con su autoridad avala los resultados logrados.

El mencionado tratadista hispano declara: "Pero para un país nuevo —se está refiriendo a México—, que sobre todo en estos momentos vive una época de gran desarrollo, somos partidarios, como lo ha sido Porte Petit, como lo han sido los Procuradores Nacionales, de que haya un solo Código para toda la República". (123)

"Una sociedad, para tender hacia el progreso, necesita desarrollarse en un clima de fe, seguridad y garantía que le debe dar

(122) "Derecho Penal Argentino". Pág. 17. TEA. Buenos Aires. 1953.

(123) Jiménez de Asúa, Luis. "Tendencias de la Moderna Codificación Penal". Revista Mexicana de Derecho Penal. Pág. 63. No. 26. Agosto de 1963.

en gran parte una adecuada legislación punitiva que proteja convenientemente los más caros bienes del hombre. Entendida así, la reforma penal es una función que mira hacia el progreso". (124)

(124) Altamirano Jácome, Lauro. "En Torno de la Parte General del Proyecto de Código Penal Tipo". Revista Derecho Penal Contemporáneo. Pág. 60. No. 3. Abril de 1965.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.—La mayoría de las legislaciones actuales definen este ilícito como la introducción en morada ajena en contra de la voluntad del habitante; son muy escasas las que, como la francesa, requieren que tal conducta tenga lugar mediante amenazas o violencia que, por lo general, son elementos constitutivos de agravación.

SEGUNDA.—El concepto de domicilio debe ser entendido, en materia penal, no en el sentido estricto del derecho civil, sino en el amplísimo y por el cual se designa cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada, aunque sea precaria.

TERCERA.—El principio de la inviolabilidad del domicilio lo han aceptado casi todos los pueblos civilizados de la tierra, los cuales lo han incorporado a su legislación constitucional y lo prevén y sancionan sus leyes secundarias.

CUARTA.—El allanamiento de morada es una ofensa a la libertad individual, porque el lugar destinado a habitación, por su misma naturaleza, es el eje para el desenvolvimiento de la vida privada; de tal suerte que al ser invadido se está lesionando esa libertad.

QUINTA.—Son elementos constitutivos del delito de allanamiento de morada, los siguientes: introducirse sin motivo justificado, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada. Si existe motivo justificado, a virtud de alguna de las causas que excluyen de responsabilidad no se configura el ilícito en cuestión.

SEXTA.—Atendiendo a la redacción del artículo 285 del Código Penal, en el delito de allanamiento de morada el elemento objetivo es siempre una conducta y nunca un hecho, porque la prohibición típica no precisa de la producción de un resultado material; basta el solo comportamiento del hombre: introducirse.

Por otra parte, indiscutiblemente es un ilícito penal de los llamados formales o de mera actividad, en oposición a los materiales o de resultado. Es además, un delito unisubsistente por no requerirse la repetición de conductas similares: basta una sola.

Siempre será de acción el allanamiento de morada y nunca de omisión, por requerir la ley de un comportamiento positivo. Es necesariamente instantáneo por consumarse con el hecho mismo de la penetración del sujeto a los sitios especificados en la descripción típica.

No es un delito de peligro, sino de lesión; al realizarse vulnera el bien tutelado por la tipicidad prohibitiva: la seguridad, estabilidad y tranquilidad del hogar.

Es un ilícito de naturaleza unisubjetiva, por no exigir el tipo del concurso necesario de varios individuos, más puede operar el llamado "concurso eventual" o participación; esto no hace variar la clasificación de unisubjetividad.

Como la ley no precisa calidades especiales en los sujetos activo y pasivo, es un ilícito de sujetos comunes o indiferentes.

SEPTIMA.—Sujeto pasivo del allanamiento es el morador, sin importar para los fines jurídicos si está o no presente, si es

dueño o titular del departamento o vivienda o no lo es, bastando simplemente para los fines jurídicos que lo habite en el momento de perpetrarse el delito.

OCTAVA.—Para la consumación de este delito, cualquier acto que únicamente moleste al habitante de la casa en el ejercicio de la libertad de vivir en ella sin ser objeto de violación, son ineficaces; porque las impertinencias no tienen alcance de un ingreso efectivo al interior del lugar habitado.

NOVENA.—En nuestra legislación punitiva, la permanencia en la morada ajena en contra de la voluntad del morador, cuando la introducción ha sido consentida, no supone allanamiento.

DECIMA.—El tipo del delito de allanamiento de morada es muy especial en cuanto contiene elementos subjetivos del injusto y hasta una antijuricidad especial. En efecto, las expresiones “sin motivo justificado”, “fuera de los casos en que la ley lo permita”, “sin permiso”, son demostrativas de una especial antijuricidad, lo cual significa que la conducta descrita es en general permitida y solo se vuelve ilícita al matizarse con el contenido de tales frases; en consecuencia, en este delito las causas de justificación no operan como eliminatorias de la antijuricidad, sino como causas de atipicidad. Las expresiones “furtivamente”, “con engaño”, son elementos subjetivos del injusto y entrañan la culpabilidad.

DECIMAPRIMERA.—Por contener el tipo de allanamiento de morada elementos subjetivos del injusto, tales como son las expresiones “furtivamente”, “con engaño”, “violencia” el solo tipo agota todo el delito, pues esas formas comisivas implican, necesariamente, la culpabilidad a título doloso; ello significa que en este delito, a la inversa de lo ocurrido en la mayoría, la ejecución del típico comportamiento configura en plenitud el delito mismo.

DECIMASEGUNDA.—En el allanamiento de morada podemos admitir la inculpabilidad por error esencial de hecho insuperable, siempre y cuando no se cometa mediante un elemento subjetivo del injusto que implicaría necesariamente el dolo.

DECIMATERCERA.—Cabe la tentativa en el delito de allanamiento de morada en virtud de que el ilícito en cuestión puede pretender cometerse por los medios idoneos para ese efecto, pero es factible que la actividad sea frustrada por causas ajenas a la voluntad del agente activo; esto es, la actividad encaminada a cometer el delito puede materializarse pero cualquier circunstancia fortuita frustra su consumación.

DECIMACUARTA.—El Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, en forma correcta encuadra la figura en estudio dentro de un amplio título denominado "Delitos contra la libertad y seguridad de las personas". Se advierte que la redacción de esta hipótesis delictuosa está inspirada en una mejor técnica, quedando bien delimitado el trazo de la figura. Es loable, por otra parte, que la redacción del artículo 304 del mencionado proyecto acertadamente incluya el allanamiento pasivo, o sea por permanencia en la morada ajena, salvando así el vacío legal existente en el Código vigente.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- ALTAMIRANO J. LAURO.—En torno a la parte general del proyecto de Código Penal Tipo.—Revista de Derecho Penal Contemporáneo.—Núm. 3, 1965.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.—Código Penal Anotado.—México, 1962.
Derecho Penal Mexicano.—México, 1955.
Hallazgo bibliográfico de gran trascendencia.—Criminalia, 1955.
- CARRARA FRANCISCO.—Programa del Curso de Derecho Criminal 1944-1948.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.—Lineamientos Elementales de Derecho Penal.—Parte General.—México, 1967.
La culpabilidad y su Aspecto Negativo.—Revista Jurídica Veracruzana.—Tomo VII. Núm. 1.—Xalapa, Ver.
Las Garantías del Acusado.—México, 1964.
- CUELLO CALON EUGENIO.—Derecho Penal.—Parte Especial.—Barcelona, 1961.
Parte General.—9a. Edición. México, 1953.
- DE LA CUEVA MARIO.—La Constitución de 5 de Febrero de 1857.—México, 1957.
- FERNANDO DOBLADO LUIS.—Culpabilidad y Error.—México, 1950.
La Participación y el Eucubrimiento.—Criminalia.—México, 1959.
- GAROFALO.—Criminología.—París, 1890.

- GOLDSTEIN RAUL.**—Diccionario de Derecho Penal.—Buenos Aires, 1962.
- GOMEZ EUSEBIO.**—Tratado de Derecho Penal.—Buenos Aires, 1940.
- ISLAS OLGA.**—Delito de Revelación de Secretos.—México, 1962.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.**—Tratado de Derecho Penal.—Buenos Aires, 1958.
 La Ley y el Delito.—3a. Edición.—Buenos Aires, 1959.
 Códigos Penales Iberoamericanos.—Caracas, 1946.
 Tendencias de la Moderna Codificación Penal.—Revista Mexicana de Derecho Penal.—Núm. 26, 1963.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.**—La Tipicidad.—México, 1955.
 La Antijuridicidad.—México, 1952.
 Derecho Penal Mexicano.—Tomo IV.—México, 1963.
- KURI BREÑA DANIEL.**—Estudio Crítico de las Ideas Filosófico-Jurídicas contenidas en la oración en laudanza de la Jurisprudencia que pronunció Juan Bautista Balli en la Universidad de México en el siglo XVI.—México, 1953.
- LISZT FRANZ VON.**—Tratado de Derecho Penal.—Madrid, 1927.
- MANZINI VICENTE.**—Tratado de Derecho Penal.—Buenos Aires, 1948.
- MEZGER EDMUND.**—Derecho Penal.—Parte Especial.—Buenos Aires, 1959.
 Tratado de Derecho Penal.—Madrid, 1955.
- NORIEGA ALFONSO.**—Los Derechos del Hombre en la Constitución de 1814.—México, 1964.
- NUÑEZ C. RICARDO.**—La Culpabilidad en el Código Penal.—Buenos Aires, 1946.
- ORGAZ ALFREDO.**—El Recurso de Amparo.—Buenos Aires, 1961.
- PALACIOS RAMON.**—La Tentativa.—México, 1951.

- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.**—La Tentativa.—Revista Criminalia.—México, abril de 1959.
La Participación.—Revista Criminalia.—México, abril de 1959.
- PEREZ JIMENEZ G.**—Las Constituciones del Estado de Oaxaca.—1959.
- PORTE PETIT CELESTINO.**—Apuntes de la Parte General del Derecho Penal.—México, 1960.
Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.—México, 1954.
Evolución Legislativa Penal en México.—México, 1965.
- QUINTANO RIPOLLES A.**—Tratado de la Parte Especial Del Derecho Penal.—Tomo I. Madrid, 1962.
Comentarios al Código Penal.
- RECASENS SICHES L.**—Tratado General de Filosofía del Derecho.—México, 1965.
- SOLER SEBASTIAN.**—Derecho Penal Argentino.—Buenos Aires, 1953.
- TENA RAMIREZ FELIPE.**—Leyes Fundamentales de México.—México, 1964.
- VILLALOBOS IGNACIO.**—Derecho Penal Mexicano.—México, 1960.
- WELZEL.**—Derecho Penal.—Parte General.—Buenos Aires, 1956.