



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL DELITO DE
ASOCIACION DELICTUOSA"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

FERNANDO S. SANCHEZ BERMUDEZ



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 MIS PADRES CON TODO RESPETO Y CARIÑO

CON TODO CARIÑO A MIS HERMANOS:

ALEJANDRO

ROMELIA

GLORIA

MARCELO

FRANCISCO

ORALIA

VICTOR

JESUS

BRUNO

POFFIRIA

DEJO CONSTANCIA DE MI GRATITUD A MIS MAESTROS
LOS SEÑORES LICENCIADOS FERNANDO CASTELLANOS-
TENA Y PEDRO HERNANDEZ SILVA, POR SU AUXILIO-
ORIENTACION Y ESTIMULO AL ELABORAR EL PRESEN-
TE TRABAJO.

CON AFECTO A LOS SEÑORES LICENCIADOS:

GONZALO RODRIGUEZ BETANCOURT

DAVID SANTILLAN VICTORICA

JORGE GUTIERREZ CRUZ

AL SEÑOR:

JUAN SABINES GUTIERREZ

EN RECONOCIMIENTO A SU PROFUNDO HUMANISMO

CORDIALMENTE AL SEÑOR MARIO VAZQUEZ

PROLOGO

Al emprender el estudio y exposición del tema que es materia del presente trabajo, me ha guiado el propósito de lograr su sistematización, acopiando la información doctrinaria y legislativa adecuada cuya abundancia salta a la vista. De esta manera, de un solo artículo del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales ha nacido una riquísima investigación que estoy muy lejos de pretender haber agotado, - "Ars Longa, vita brevis", dijeron los latinos.

Cualquier estudio científico y particularmente cualquier estudio jurídico requiere de la máxima probidad intelectual y sobre todo tratándose de la Rama Penal, que a mi ver abarca los más delicados problemas del hombre en su vida de relación regida por el Derecho. Ello nos conlleva a pensar que la investigación de un tema penal, cualquiera que éste sea, solo puede emprenderse con la mayor modestia al mismo tiempo que con el más limpio pensamiento.

Entrego, pues, al recto juicio de quienes están capacitados para juzgar, el resultado de mi esfuerzo.

"¿Delinque alguien a sabiendas? ¡Indignación y castigo contra él! ¿Ha delinquido sin querer? ¡Perdón para él, no castigo! ¿No ha cometido crimen ni falta alguna, se ha prestado a hacer lo que todos creían necesario y ha fracasado con todos? No es justo insultar a ese ni echarle nada en cara, sino compartir su dolor".

DE DEMOSTENES, Sobre la Corona.

CAPITULO PRIMERO

-DEL DELITO EN GENERAL-

- 1.- Concepto. 2.- El Delito en las Escuelas Penales.
- 3.- Sistemas para el Estudio Jurídico Substancial del Delito.
- 4.- Elementos Esenciales del Delito. 5.- Nuestro punto de -
vista.

CONCEPTO DEL DELITO.- El delito a lo largo de los tiempos ha sido entendido como una valoración jurídica objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético social y su especial estimación legislativa.

Del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como la filosofía y la sociología. La primera lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal, mientras la segunda lo identifica con una acción antisocial y dañosa.

Dice el maestro Raúl Carrancá y Trujillo: "Estériles es fuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independiente del tiempo y lugar. La ineficacia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas, con la consiguiente mutación moral y jurídico-política". (1)

Desde el punto de vista jurídico, el concepto del delito, debemos de estudiarlo dentro de la teoría general del delito, que comprende además, el aspecto negativo del mismo y sus formas de manifestación.

Maggiore opina al respecto: "Así como hay una teoría general del derecho, hay una teoría general del delito que está comprendida en aquella y recibe de ella luz y a la vez la ilumina". (2)

1. Derecho Penal Mexicano, t. I. pág. 166, 6a. ed., México.
2. Derecho Penal, I. Págs. 267 y 268, 5a. ed., Temis, Bogotá, 1954.

En consecuencia, la teoría general del lito busca una - interpretación, descripción y clasificación exacta del delito y una determinación lo más integral, tratando asimismo de estructurar su naturaleza mediante el examen o investigación del mismo.

Doctrinariamente se han elaborado diversas definiciones del delito. Para Franz Von Liszt el delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena. (1) Edmundo Mezger lo considera una acción típicamente antijurídica y culpable. (2) En tanto que Jiménez de Asúa lo estima como un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a - condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y - sometido a una sanción . (3)

Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal, sin - embargo en algunos ordenamientos se ha pretendido dar una de - finición del delito. Así tenemos que el Código Penal de 1871, en su artículo 4º establecía que "delito es la infracción vo luntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o de jando de hacer lo que manda". Calificar de delito a todo lo - que infringe la ley penal, según se desprende de la defini - ción expuesta, es tanto como decir, que una acción punible o susceptible de castigo es la que castiga la ley.

El proyecto de reformas del Código de 1871, en el artículo 4º establecía que "son delitos las infracciones previstas en el Libro Tercero de este Código y las demás designadas

1. Tratado de Derecho Penal, II, p.254, Ed. Reus, Madrid, — 1927, Trad: Luis Jiménez de Asúa.
2. Tratado de Derecho Penal, I, p. 156, Ed. Rev. de Der. Pri - vado, Madrid, 1955, Trad: José Arturo Rodríguez Muñoz.
3. La Ley y el Delito, p. 223, Editorial Hermos, 2a.Edición - 1954.

por la ley bajo esa denominación". Y en su exposición de motivos se expresa: "Se ha considerado necesario cambiar las definiciones de delito y falta que da el Código, pues se encuentra que los defectos de que adolecen son de gravedad tal, que los vician radicalmente, siendo los principales vicios - que se señalan en la definición del delito que da el artículo 4º los siguientes:

"I.- El delito no es la infracción de la ley penal, sino de los principios que informan esa ley, pues la ley penal es la que define y castiga los actos u omisiones punibles y no es esa ley la que el delincuente viola, sino el precepto-jurídico cuya sanción establece ella. En rigor, la ley penal sólo puede ser violada por los tribunales encargados de aplicarla, violación que están destinadas a reparar los recursos legales especialmente el de casación".

"II.- El término voluntaria hace muy confusa la definición. Por voluntario no se puede entender intencional en este caso, pues que hay delitos de culpa, o sea no intencionales, y sería implicate definir el delito diciendo que es la infracción intencional. El único sentido en que parece posible entender el término voluntaria, es el de consciente y libre; pero entonces aparece que se ha incurrido, por lo menos, en inconsecuencias, pues introduciendo en la definición un elemento de la imputabilidad, igualmente debería encontrar lugar en ella el discernimiento o razón moral que es el otro elemento, según la teoría clásica, seguida por el Código".(1)

Y se termina en la Exposición asentando: "Estos defectos de la definición parecen provenir, sobre todo, de que el autor se colocó en un punto de vista rigurosamente doctrinario como si hubiera querido definir el delito legal en la -

1. Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871, p.265 México 1914.

cátedra o en un tratado jurídico. El objeto de la definición que se haga en la ley debe limitarse a facilitar la aplicación de los preceptos de la misma ley, fijando el sentido en que se emplea el término delito, y por eso no es necesario -- elevarse a las alturas filosóficas." (1)

Por su parte, el Código Penal de 1929 en su artículo 11 establece que "delito es la lesión de un derecho protegido -- legalmente por una sanción penal". Del mismo modo el Código-Penal de 1931 en su Artículo 7º, preceptúa que: "El delito -- es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". A este respecto, observan Ceniceros y Garrido, "que el capítulo-- relativo a la responsabilidad penal, se encabeza con el artí-- culo 7º que define el delito, como el acto u omisión que san-- cionan las leyes penales, pero en realidad no había necesi-- dad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad -- al juez". (2)

En efecto, la fórmula legal no escapa a la crítica, lo-- que se robustece cuando Ignacio Villalobos afirma: "El estar sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo de-- finido como se requiere de una definición, pues 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 ha-- llan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos, -- Y no señala elementos de lo definido (esenciales o descripti-- vos), puesto que estar sancionado con una pena es un dato -- externo, usual en nuestro tiempo para la represión y por el-- cual se podrá identificar el delito con más o menos aproxima--

1. Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871, p. 267 Mé-- xico 1914.
2. La Ley Penal Mexicana, pág. 39, Ediciones Botas, México,-- 1934.

ción; pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, — útil para definirlo.— Una definición descriptiva puede no — desentrañar directamente la esencia de la cosa definida sino acumular datos o propiedades de la misma, que a través del tiempo y del espacio, haya la certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida — y, acumulados, sólo convendrán a ellos.... Por lo demás decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por — qué lo sancionan o cual es la naturaleza de ese acto para me recer los castigos o las sanciones penales". (1)

Con acertada técnica, los anteproyectos del Código Penal de 1949 y 1958, para el Distrito y Territorios Federales, así como el proyecto del Código Penal Tipo de 1963, no inclu yeron la definición del delito, por considerarla innecesaria.

En la Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, se lee: "Por — cuanto a la definición formal del delito en el Código, se es timó innecesaria, ya que no aporta ninguna utilidad, siendo — el concepto de la infracción punible difícil de aprisionarse en una fórmula conveniente, y más propia de analizarse en el campo de la doctrina y no en el normativo. De este modo, el — dogma nullum crimen sine lege, consagrado en el Artículo 14 — de la Constitución General de la República, se satisface ple namente mediante la catalogación de las figuras delictivas — en la parte especial del Código".

A nuestro juicio, consideramos que la definición de delito que actualmente se preceptúa en el artículo 7º de nuestro Código Penal es irrelevante, pues únicamente se trata de una noción formal que no reporta ningún contenido técnico-so

1. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1960. Págs. 193 y sig.

rídico que pueda justificar su existencia en nuestro ordenamiento penal, siendo válida al respecto la sentencia de ONE-CA cuando dice: "el legislador debe abstenerse de definir el delito, pues las definiciones nada enseñan a los doctos ni nada aclaran a los profanos". (1)

EL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.- A partir de 1764, - año memorable en que apareció la obra del Marqués de Beccaria "De los Delitos y de las Penas", empezó el anhelo sistematizador en el campo del Derecho Penal; es entonces en Italia y después en casi todo el mundo, que se advierte el empeño por construir un Derecho Penal propiamente científico. - Con la obra de César Bonesana, Marqués de Beccaria, se marca del modo más exacto el despertar del Derecho Penal; de ahí - en adelante, poco a poco, pero a gran prisa, fórmasse la corriente denominada Escuela Clásica, la cual se engrandece - con el magnífico y abundantísimo aporte de su más caracterizado expositor: Francisco Carrara. El maestro de la Universidad de Pisa, define el delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".(2) De esta definición destaca, como esencial, que el delito es una violación a la ley, no pudiéndose concebir como tal cualquiera otra no dictada precisamente por el Estado, con lo - cual separa, definitivamente, la esfera de lo jurídico de - aquellas otras pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues sólo esta ley - se dicta en consideración a la seguridad de los ciudadanos.- Al decir que tal violación debe ser resultado de un acto externo del hombre, CARRARA excluye de la tutela penal al pensamiento y limita el concepto de acción al acto realizado -

1.- Derecho Penal, T. I, págs. 103 y 104. Madrid. 1949.

2. Cfr. Programa del Curso de Derecho Criminal, Ed. Temis, - Buenos Aires, 1956. vol. I, párrafo 21.

por el ser humano, único dotado de voluntad, acto de naturaleza positiva o negativa, con lo cual incluye en la definición la actividad o inactividad, el hacer o el no hacer, en fin la acción o la omisión, formas de manifestación de la conducta. La imputabilidad moral fundamenta la responsabilidad del sujeto y, por último, la calificación de dañosa (políticamente) da su verdadero sentido a la infracción de la ley y a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada.

Al aparecer, en la segunda mitad de la pasada centuria, la revolución positivista con pretensión de servir de panacea para explicar integralmente todos los problemas del mundo y de la vida en forma experimental, sus partidarios y expositores negaron todas las disciplinas que no podían ser captadas mediante la observación, mutilando así el esquema general de la ciencia. Para ellos el método a emplear en toda investigación científica debía de ser el método propio de las ciencias de la naturaleza. Ya puede advertirse la ineficacia de tales sistemas en el campo jurídico, esencialmente-normativo, axiológico; sin embargo creyendo trabajar en el campo del Derecho, crearon una serie de disciplinas causales explicativas de la criminalidad, endocrinología criminal, psicología criminal, sociología criminal, etc., porque como bien dice RECASENS SICHES "quien permanezca encerrado dentro del ámbito de las ciencias naturales y maneje exclusivamente sus métodos, jamás llegará a enterarse ni de lejos, de lo que el Derecho sea". (1)

Dentro de la escuela positiva, emerge con gran esplendor, el sabio jurista Rafael Garófalo, quien definió el delito natural como "la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispen-

1. Cfr. Vida Humana, Sociedad y Derecho, 2a. ed., México, - 1945, pág. 33.

sable para la adaptación del individuo a la colectividad". -
(1)

La concepción de Garófalo no penetra en la esencia del delito, a diferencia de la de Carrara; límitase el gran positivista a señalar los efectos producidos por el crimen y es que éste no puede conocerse desde el ángulo sociológico como lo pretendió Garófalo, sino solamente desde el punto de vista del Derecho. Ciertamente el delito vulnera la sensibilidad de los hombres en la medida media, como creyó el mencionado maestro italiano, mas este pensador no hizo sino precisar las consecuencias del delito, no la substancia del mismo.

Tratando de conciliar las posiciones opuestas de clásicos y positivistas surge, con CARNEVALE y ALIMENA, la Tercera Escuela. Fundamentalmente recoge, de la escuela positiva, el método experimental; niega el libre albedrío y proclama el determinismo positivista pero negando que el delito sea un acontecimiento inevitable; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, adoptando el criterio de la defensa jurídica, viendo en la sanción un medio intimidatorio cuyo fin es la prevención general del delito. De la Escuela Clásica acepta, únicamente la distinción entre imputables e inimputables.

La Escuela de la Política Criminal nace en Alemania con Franz Von Liszt y pretende una reestructuración dentro del seno de las disciplinas criminalísticas; señala el real contenido de la Ciencia del Derecho penal, cuyo campo no debe ser invadido por otras ciencias de naturaleza causal explicativa, cuyo papel debe quedar reducido al de simples auxiliares, tales como la Criminología y la Penología.

La Escuela de Von Liszt señala, como método de la ciencia

1. Cfr. Criminología, París, 1890, Capítulo I.

cia del Derecho Penal, el lógico abstracto; reconoce que la responsabilidad penal encuentra su necesaria justificación - en la imputabilidad del sujeto, entendiendo por tal la capacidad de éste para comportarse socialmente; el delito es, - por una parte, una creación de la ley, mientras por otra resulta ser un fenómeno social cuya etiología puede ser determinada por estudios realizados por otras ciencias; las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha - contra el delito.

Con Manzini se desarrolla, en Italia, una corriente designada Escuela Técnico-jurídica, caracterizándose por su - aversión a la filosofía, al estimar que la función del Derecho Penal, no va más allá de hacer la exégesis del Derecho - positivo. La pena es un instrumento, de conformidad con las exigencias de la técnica, para lograr no únicamente la pre- - vención general o especial, sino la readaptación del delin- - ciente; en esa forma, la pena cumple su función defensora - del orden jurídico. Bésase la responsabilidad en la capaci- - dad de entender y querer.

-SISTEMAS PARA EL ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO-

Dentro del sistema jurídico penal, y concretamente en - el estudio del delito, se ha manifestado con particular in- - tensidad el problema tendiente a determinar la esencia del - delito, y al abordar el estudio de dicho problema, tema de - particular interés, habremos de exponer las corrientes que - se han expuesto, analizando sistemáticamente y con rigor - - científico el aspecto técnico-jurídico, a fin de mostrar el - perfil intrínseco del delito, y así de una manera general - llegar a obtener un resultado determinado.

La doctrina penal se ha venido esforzando por determi- - nar la esencia del delito, y para tal objeto ha recurrido a dos concepciones principalmente. Por un lado, la concepción - totalizadora o unitaria, por otro, la analítica o atomizado- - ra.

La tesis totalizadora o unitaria, sostiene que el delito es como un bloque monolítico, es decir, una entidad, que no es susceptible de dividirse en elementos diversos; de tal manera que el delito es un todo orgánico sin dejar de presentar diversos aspectos, pero de ningún modo esto último implica su divisibilidad. En consecuencia la verdadera esencia, -- la realidad del delito, no obedece a la existencia de cada uno de sus elementos ni a la suma de los mismos, sino en el todo y en su intrínseca unidad, sólo considerando el delito-- bajo este punto de vista, es posible captar su verdadero contenido significativo. De tal suerte, que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria, y orgánicamente homogénea.

Por su parte, la teoría analítica sostiene que el delito debe ser estudiado a través de sus propios elementos, sin dejar de considerarlos en la íntima e indisoluble vinculación que existe entre ellos, en razón de la unidad del delito. Sin embargo esta tesis, no deja de sostener la importancia de estudiar el delito en su unidad dada la circunstancia de que el análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla. Es evidente que resulta ilógico -- sostener una consideración unitaria, que no tuviera por base una consideración analítica; por consiguiente el delito debe ser estudiado tanto desde el punto de vista sintético es decir, en su unidad y en sus elementos comunes que lo integran, considerando de esa forma la verdadera naturaleza del delito.

El delito considerado como estructura.-- Con frecuencia oímos hablar del delito como estructura, queriendo decir esto, que el delito debe ser conocido en su unidad, no olvidando complementar este procedimiento a través del análisis, es decir, no descuidar el carácter estructural del delito ni mucho menos su fundamentación unitaria, que envuelve al todo y a sus partes y hace precisamente, que el todo sea un todo y las partes, partes de dicho todo. Las aseveraciones ante--

riores no significan otra cosa que un intento de superación-tendiente a determinar el aspecto unitario, de cuyo punto de vista debe estudiarse el delito al igual que en su aspecto -analítico, toda vez que el mismo, además de estructurarse -con elementos positivos, correlativamente a ellos se presentan los aspectos negativos lo cual quiere decir, que es relevante estudiar el delito, tanto desde el perfil estructural-como desde el ángulo de la descomposición individual de sus-elementos.

Teoría de Cavallo.- Sabemos que el signo de toda filosofa radica en la búsqueda de los principios universales e intemporales, persiguiendo la simple demostración de la verdad, advirtiendo con evidencia que el método adoptado por el gran penalista Cavallo, en su obra, es claro, al estudiar la esencia del delito. Es por ello, que considero pertinente expo-ner su teoría, aportadora de un gran contenido científico, -manifestándonos el citado autor: "Que para estudiar con método el delito bajo todos los aspectos, es necesario, como para todo otro objeto de investigación general, estudiarlo desde-el punto de vista orgánico general, en seguida desde el punto de vista anatómico, y en fin desde el funcional. Es decir, es necesario estudiarlo antes en su unidad, como un todo orgánico en relación con la norma penal de la cual deriva su -calificación; en seguida analíticamente en cada una de las -notas o elementos que la componen y finalmente en la organi-zación de éstos, en los varios modos a través de los cuales-pueden presentarse. El delito por ello, debe ser estudiado -desde los siguientes puntos de vista, que consideramos imprescindibles y recíprocamente integrados: a).- Unitario, b). -Analítico, y c).- Sintético". (1)

Por nuestra parte, siguiendo la trayectoria difundida-en México principalmente por el profesor Porte Petit, esti-

1. Diritto Penale, Parte Generale, v. 2º. Napoli, 1955, pág. 46 y sig.

mamos el método analítico o atomizador como el único idóneo para lograr un entendimiento exacto del delito. Sin el conocimiento integral y profundo de la parte no es posible el — del todo; por supuesto, no negamos la unidad del ilícito penal; cuando analizamos sus ingredientes jamás olvidamos la — natural, la evidente relación entre ellos. Con acierto, Parte Petit escribe: "Reconocemos las más importantes consecuencias que se derivan de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad, sino es — el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica". (1)

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO.— Habiendo quedado manifiesto que el método analítico o atomizador es el indicado para estudiar el delito, urge ahora indagar cuántos elementos lo componen y en qué orden habrán de ser analizados. Desde luego debe dejarse debidamente esclarecido que entre los elementos del delito no existe una prioridad temporal, por no surgir uno primero y los restantes en forma sucesiva; se dan todos de una sola vez cuando el delito emerge, mas en un terreno conceptual, evidentemente primero ha de estudiarse un ingrediente y posteriormente el siguiente en orden lógico. Sin duda lo primero que debe tener presente el dogmático es el comportamiento humano y una vez constada su existencia, investigar si el mismo se matiza con la esencia de los demás elementos. Existe pues, si no una prioridad temporal, indiscutiblemente una prelación lógica entre ellos.

Dogmáticamente podemos obtener los elementos constitutivos del delito a la luz de un análisis sistemático del artículo 7º del Código Penal, cuyo precepto legal invocado reza:

1. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, ed. mimeográfica, Méx. 1960, pág. 121.

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; en efecto, los elementos dogmáticamente extraídos de la definición transcrita son: a) Un acto u omisión, y b).- Estar sancionados por las leyes penales. Naturalmente que con los elementos enumerados resulta incompleto el concepto del delito, toda vez, que no se hace alusión al elemento de la culpabilidad, sin embargo, en el enunciado mismo del artículo 7º de nuestro Código Penal, se haya implícito dicho elemento por razón de ser uno de los conceptuales del delito. De la misma manera, resulta en relación a la antijuridicidad que también se encuentra comprendida implícitamente en la fórmula sintética de la ley, por considerarse igualmente un elemento conceptual al grado de que si una acción u omisión en determinado caso conc reto resulta no ser antijurídica, ya sea por mandato expreso de la ley, o bien por determinadas circunstancias, no podrá hablarse de la existencia de un delito, por cuanto que falta uno de los elementos constitutivos de su contenido conceptual.

Por su parte José Arturo Rodríguez Muñoz, y Cuello Cañón, en España analizando los artículos correspondientes del Código Penal Español, han desprendido dogmáticamente los elementos del delito y al respecto el artículo 1º del citado ordenamiento a la letra dice: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley"; como podrá observarse la noción de delito que da el precepto legal enunciado con exclusión del término "voluntarias", es en el fondo idéntico al artículo 7º de nuestro ordenamiento penal; por tal consideración sus argumentos son susceptibles de aplicar a nuestro régimen penal de 1931.

De lo expuesto concluimos que a la luz de la hermenéutica jurídica de los artículos 7, 8, 9 y 15 del Código Penal, se obtiene el concepto dogmático del delito más acertado en la doctrina, al considerarlo como: a) una conducta, b) típica, c) antijurídica, d) imputable, e) culpable, f) que re-

quiere en ocasiones determinadas condiciones objetivas de punibilidad y g) punible. Es decir, en el momento en que se actualiza una conducta, es típica al haber una adecuación a alguno de los tipos que prevé la ley penal; y se presume anti-jurídica cuando dicha conducta típica no se encuentra bajo la protección de alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 15 en sus correspondientes fracciones. - Se considera imputable, al no mediar la "excepción regla" de no estar en capacidad de obrar en derecho penal, circunstancia ésta, comprendida en la fracción II del citado artículo-15; en otras palabras que no exista una causa de ininputabilidad.

Del mismo modo, será la conducta culpable cuando la misma quede comprendida dentro de las hipótesis previstas por los artículos 8º y 9º fracción II del Código Penal, en tanto que no exista una causa de inculpabilidad: y para terminar - será la conducta punible, en el supuesto caso de que no exista alguna de las excusas absolutorias que prevé la propia ley.

Concepción Dogmática del Aspecto Negativo del Delito.—

Una vez obtenido el concepto dogmático del delito en su aspecto positivo, en la forma anteriormente expuesta, es procedente como una consecuencia lógica encontrar cada más detenimiento una concepción dogmática referente a su aspecto negativo, y para tal objeto, seguiremos el método sistemático — que hemos venido adoptando.

Ausencia de conducta.— Hemos afirmado que el artículo - 7º del Código Penal, hace alusión al "acto u omisión" como elementos necesarios para que el delito se configure; es indiscutible que mediante la interpretación "a contrario sensu" del citado artículo, no habrá delito cuando falte la conducta, hipótesis que se encuentra prevista en el artículo 15, fracción I del Código Penal.

Ausencia de tipicidad.— Hemos considerado que para la existencia del delito, es necesario que haya tipicidad, de tal manera que nos encontraremos frente al aspecto negativo de esta relación conceptual, en el caso supuesto de que no haya una adecuación de la conducta o hecho, a alguno de los tipos establecidos por la ley.

Causas de justificación.— Son antijurídicas una conducta o un hecho, cuando siendo típicos, no se encuentran amparados por alguna de las causas de justificación que establece el artículo 15 del Código Penal en sus correspondientes fracciones, y que a continuación se expresan: I.— Legítima defensa (Art. 15, Fracción III), II.— Estado de necesidades cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado (Art. 15, Fracción IV), III.— Cumplimiento de un deber (Art. 15, Fracción V), IV.— Ejercicio de un derecho (Art. 15, Fracción V) y V.— Impedimento legítimo (Art. 15 Fracción VIII).

Inimputabilidad.— Por lo que se refiere al aspecto negativo denominado inimputabilidad, el artículo 15, Fracción II del Código Penal, hace alusión a la incapacidad de culpabilidad, es decir al trastorno mental transitorio, circunstancia ésta que impide al individuo ser sujeto de imputación normativa.

Inculpabilidad.— Nuestro ordenamiento penal, no hace referencia al aspecto negativo de la culpabilidad, pero, aún cuando la ley no lo prevé, podemos aseverar que el error esencial de hecho e invencible destruye la culpabilidad, por lo mismo, debe considerarse como la típica causa de exclusión de culpabilidad. Las hipótesis que se desprenden del artículo 15 del Código Penal son las siguientes: a).— Inculpable -- ignorancia (Art. 15 Frac. VI), b).— Obediencia jerárquica -- (Art. 15, Frac. VII), c).— Estado de necesidad cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado -- (Art. 15 Frac. IV), d).— Encubrimiento entre parientes (Art.

15, Frac. IX), e).- Art. 151, f).- Art. 154, i).- Aborto por causas sentimentales.

Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.- Este aspecto negativo se obtendrá a "contrario sensu" de aquellos casos en que la ley penal exija alguna condición objetiva de punibilidad.

Excusas absolutorias.- Se han considerado como excusas absolutorias las hipótesis previstas en los artículos 375, - 377, 385 y 390 del Código Penal y que a continuación se transcriben:

"Art. 375.- Cuando el valor de lo robado no pase de veinticinco pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia."

"Art. 377.- El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo o por éste contra aquel, no produce responsabilidad penal contra dichas personas. Si además de las personas de que habla este artículo, tuviere intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta la excusa absoluta pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido".

"Art. 385.- El delito previsto en este capítulo solamente se perseguirá a petición de parte ofendida, siendo aplicable en lo conducente a los artículos 377 y 378".

"Art. 390.- Son aplicables al fraude los artículos 377 y 378".

Con lo anteriormente expuesto consideramos haber presentado un panorama general del delito, analizando brevemente tanto su aspecto positivo como el negativo, temas que volveremos a tratar en capítulos subsecuentes con mayor amplitud, restando únicamente aportar nuestro punto de vista.

Partidarios como somos de una concepción analítica del delito, creemos que los elementos que integran el ilícito penal, se pueden reducir a cuatro: Conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por lo que negamos el carácter de elementos esenciales del delito a la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

A nuestro modo de ver la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo.

La punibilidad o sea la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, constituye para nosotros una consecuencia del ilícito penal y, por lo tanto, no forma parte del mismo. Con cuánta razón expresa Castellanos Tena: "Una acción o un abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y la conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente, mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles." (1)

Si bien es cierto que nuestro Código Penal preceptúa en el artículo 7º que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", la definición no entraña propiamente un precepto jurídico, por no imponer deberes de cumplimiento inexorable. La pena por lo tanto viene a ser la reac-

1. La Punibilidad y su Ausencia, Criminalia, pág. 415, XXVI, México, 1960.

ción del Estado con respecto al autor de un hecho típicamente antijurídico y culpable.

Por lo que se refiere a las condiciones objetivas de penalidad, no son de la esencia del ilícito penal; trátase de circunstancias excepcionalmente requeridas por la ley para hacer posible la imposición de las penas al delincuente.— Celestino Porte Petit dice: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito".

Por nuestra parte sólo podemos agregar que el concepto mismo de las condiciones objetivas de penalidad confirma que no forman parte del delito; son a éste extrañas, poseen simplemente la virtud de condicionar la imposición de las penas, mas el delito permanece inalterable. Si, además, muy raras veces las exige la ley, significa que hay delitos sin tales condiciones y esto es suficiente para concluir negándoles el carácter de elementos de esencia.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA

- 1.- Antecedentes Legislativos: Código de 1871, 1929, 1931 y Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana.
- 2.- Bien Jurídico Tutelado.
- 3.- Su ubicación en el Ordenamiento Penal Positivo.
- 4.- Tentativa y Participación.

La Historia del Derecho Penal, afirma certeramente Villalobos, no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración. Creemos que este pensamiento del insigne maestro mexicano es aplicable al tema que comentamos, por lo que antes de entrar al estudio del delito de Asociación Delictuosa, consideramos de suma importancia examinar su origen.

Para el jurista romano no pasó inadvertido el problema de la participación previéndose tres formas claras de code-lincuencia.

- 1.- Cuando eran varios los participantes de un mismo delito y todos ellos lo ejecutaban en forma análoga, a los cuales se les llamó "socci".
- 2.- Cuando uno de ellos era el instigador o director del acto de que nos ocupamos, al cual se le denominaba "autor".
- 3.- Los que prestaban auxilio en la comisión del ilícito y a los que se les conocía con el nombre de "minister". (1)

En el Digesto, la Ley Julia, considera como delito de Lesa Majestad, a la reunión de individuos con fines criminales y encaminados a poner en peligro la seguridad pública o contra el pueblo". (2)

1. Teodoro Mommsen. Derecho Penal Romano, Págs. 106 y 107.
2. Digesto. Primera Parte. T. III Barcelona, 1897, Pág. 731, Título IV.

En la Ley de las XII Tablas, en el capítulo de los deli
tos en el inciso 26 de la VIII tabla se lee:

"Prohíbense los grupos sediciosos de noche, en la ciu—
dad, bajo pena capital".

En el inciso 27 de la mencionada Tabla se establece:

"Los individuos de las corporaciones (sociales), pueden
darse los reglamentos que les agrade, no contraviniendo
la ley general". (1)

Eugenio Cuello Calón afirma:

"En el derecho romano, el hecho de pertenecer a asocia—
ciones no autorizadas era penado como crimen extraordina
rius". (2)

En la Novísima Recopilación se prohibieron los monopo—
lios, las reuniones de obispos o de personas pertenecientes —
a la Iglesia, cuando escandalicen en villas y otros lugares,—
señalando para éstos pena de muerte y confiscación de sus bie
nes. (3)

Pero es en la legislación francesa en donde aparece el —
antecedente inmediato del delito a estudio, consignándose en
el Código de 1810 el delito de Asociación de malhechores, que
le dió carácter autónomo. En efecto el artículo 265 del cita—
do cuerpo legal estableció:

1. José Ma. Antequera. Historia de la Legislación Romana, Ma—
drid. 1883, Ed. V, Pág. 49.
2. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal Especial, 9a. Ed. T. —
IV, Barcelona, 1952, Págs. 49, 50 y sigs.
3. Los Códigos Españoles Concordados y Comentados, T.X. Noví—
sima Recopilación, Madrid, 1850, Pág. 32.

"Toda Asociación de malhechores contra las personas o las propiedades, es un delito contra la paz pública".

Y en el artículo 266 se dice:

"Este crimen existe, por el solo hecho de la organización de bandas o de correspondencia entre ellos y sus jefes, o dirigentes, o por medio de convenios que tiendan a dar cuenta o hacer la distribución o participación del producto de las acciones ilegales". (1)

En la Constitución Francesa de 1848, se consagra el derecho de reunión y asociación en forma pacífica, sin armas; limitando este derecho siempre que no lesiones los mismos derechos y libertades de otro, así como la seguridad pública. Se permitieron los clubs, los cuales, en la práctica, se convirtieron en un peligro para la seguridad del Estado, viéndose se éste en la necesidad de dictar leyes prohibiéndolos.

Antecedentes Legislativos

En México, es digno de hacer referencia al Proyecto de Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, en donde se incluyó el delito de Asociación Delictuosa conocido con el nombre de cuadrilla de malhechores, disponiendo el artículo 285:

"Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de dos o más personas en despoblado, mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades públicas o particulares". (2)

1. Codes et Lois Usuelles, Paris 1823, Ed. VII, Pág. 45.
2. Blanco y Aburto, Proyecto de Código Penal de Veracruz, - Sección XIII, México, 1835, Pág. 68.

En el Código Penal de 1871, el delito de Asociación Delictuosa aparece bajo el rubro: "Asociación formada para -- atentar contra las personas o la propiedad"; disponiendo en -- su artículo 951 lo siguiente:

"El solo hecho de asociarse tres o más individuos, con el objeto de atentar contra las personas o contra la -- propiedad, cuantas veces se le presenta la oportunidad de hacerlo es punible en el momento en que los asocia-- dos organizan una banda de tres o más personas".

Los artículos 952 y 953 del citado Código, establecían la forma en que se aplicarían las penas a los miembros de la asociación, que podían ser hasta de seis años, para los promotores, investigadores, jefes o directores de las bandas; -- y penas menores y atenuadas para aquellos miembros restantes del grupo, la cual era de dos tercios de la pena impuesta a los jefes principales.

El artículo 954, ordenaba la observancia de las reglas de acumulación en los casos en que la asociación llegara a -- ejecutar los delitos para cuya perpetración se había formado.

El Código Penal de 1929 en su artículo 451 dispuso:

"El solo hecho de asociarse tres o más individuos con -- el objeto de atentar contra las personas o contra las -- propiedades cuantas veces se les presente la oportuni-- dad de hacerlo es punible en el momento en que los asocia-- dos organizan una banda de tres o más personas. Esto se extiende al caso en que al asociarse, se determinen las personas o las propiedades".

El artículo 452 preceptuaba:

"A los que induzcan a la asociación, o la inicien, sean jefes de ella o de algunas de las bandas o tengan cualquier mando, se les aplicará una sanción de ocho meses de arresto a ocho años de relegación, según la gravedad de los delitos que fueren objeto de la asociación y las demás circunstancias del caso", superando de esta manera el Código anterior al suprimir el casuismo de que — adolecía ampliando a su vez el arbitrio judicial.

El artículo 453 del citado Ordenamiento se refiere a — las demás personas que tomen parte en la asociación, señalando para ellos una pena de cinco meses a cinco años de relegación.

Es en el Código de 1931, cuando el delito objeto de estudio, cambió de denominación llamándosele "Asociación Delictuosa". En efecto el Título IV, Capítulo IV del Código Penal vigente, estatuye en su artículo 164:

"Se impondrán prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos, al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena — que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido".

El actual Código considera a la "Asociación Delictuosa" como una figura autónoma, de carácter formal, ya que por el solo hecho de constituirse en miembro de la asociación, el asociado cae bajo la sanción prevista por la ley, independientemente de los delitos que intente realizar o haya realizado.

El antecedente más próximo del artículo 164, lo constituye el artículo 210 del Código Penal argentino, de 1921. El tipo penal de "asociación ilícita", configurado en éste, es substancialmente el mismo del artículo 164, hasta en su construcción gramatical.

El artículo 164 del Código Penal vigente manifiesta:

"Se impondrán prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos, al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de ser -- miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido".

De la definición transcrita se infiere que el delito -- que comentamos consta de los siguientes elementos:

- 1.- Ser miembro de una asociación o banda compuesta por tres personas como mínimo, incluyendo al propio -- agente.
- 2.- Que dicha asociación o banda tenga por objeto cometer delitos, inicialmente in abstracto, entre tanto se concretan.
- 3.- Que el agente quiera, al pertenecer a ella, participar, en cualquier grado y forma, en los delitos que la asociación o banda resolviera cometer.

Ser miembro de una asociación o banda, implica el propósito de participar en un acto que se encuentra sancionado -- en la ley, es por tanto, la libre manifestación de la conducta humana que presta su concurso para delinquir.

La asociación o banda debe tener el carácter de permanencia aunque fuere relativa, esto es, lo suficiente para -- desarrollar los propósitos delictuosos que unen a sus intergrantes, aunque no exista reunión material de los asociados-- ni identidad de lugar de residencia y, es más no se requiere el conocimiento recíproco de los que la constituyen.

Cuando se afirma que la asociación o banda debe estar formada por tres o más personas, se entiende que el tipo precisa la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, dando origen con ello al llamado concurso necesario. De esta manera la figura delictiva descrita en el artículo 164 del Código Penal vigente tipifica un delito plurisubjetivo y quienes participan tienen el carácter de autores en forma necesaria pues la descripción del hecho requiere la concurrencia de conductas culpables.

Eusebio Gómez afirma:

"El fenómeno de la asociación criminal en el concepto de Lombroso es uno de los más importantes del triste mundo del delito, no sólo porque en el mal también se verifica la gran potencia que da la asociación sino porque la unión de las almas perversas generan un verdadero fermento maléfico que haciendo revivir las viejas tendencias salvajes reformándolas por una especie de disciplina y por la vanidad que es propia de los criminales, impulsa a atrocidades que acaso, repugnaría a gran parte de aquellos mismos individuos, si no estuvieran asociados". (1)

Cuando la ley establece que la asociación o banda debe estar organizada para delinquir, nos especifica su finalidad: acuerdo para delinquir y unión permanente entre los asociados. Vincenzo Di Bella nos dice que:

"La resolución de entregarse a una serie de delincuencias que constituyen todo un programa para ejercer casi el oficio de delincuentes, debía conferir a la asociación, necesariamente el carácter de una asociación con cierta estabilidad, justamente en consideración al carácter continuativo del programa criminoso a desarrollar". (2)

1. Eusebio Gómez, Delitos contra la Seguridad Pública. Libro 5º Pág. 225.
2. Il reato di Associazione a delinquere. Torino. 1933 pág.-32.

Los delitos objetos de la organización, han de ser inde- terminados y no uno o varios delitos determinados caso éste- en el que se trataría de la participación delictiva configu- rada en el artículo 13 del Código Penal vigente.

Por tratarse de un delito per se, es independiente de - los delitos para cuya ejecución se hubieren concertado los - asociados. Se consuma el delito por el solo hecho de la par- ticipación de la asociación o banda y no en los delitos con- cretos que la misma cometiere; como que el delito es de peli- gro abstracto y doloso.

Ahora bien, qué clase de acto constituye la asociación- delictuosa? Jiménez de Asúa dice al respecto:

"Un tipo sui generis, como preparación para cometer de- litos que los códigos castigan como infracción per se, - es la asociación criminal o de malhechores". (1)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en diferentes ejecutorias ha hecho alusión al delito que comentamos de la- siguiente manera:

"Es preciso, no confundir la concurrencia de delincuen- tes que establece el art. 13 del Código Penal con la -- asociación delictuosa que constituye una figura delicti- va independiente de los delitos que son su objeto; las legislaciones penales antiguas consideraron como delito las asociaciones formadas con cualquier objeto, religio- so, político, literario, sin estar autorizadas por la - Ley ni permitidas por la Autoridad; pero al consagrarse como derecho del individuo la libertad de asociarse con

1. Códigos Penales Iberoamericanos. Estudios de Legislación Comparada, Vol. I. pág. 330.

fines lícitos, la asociación delictuosa consistió en - las cuadrillas o bandas organizadas para cometer delitos, lo que se ha conservado hasta la Legislación vigente". (A.J.t. XX, pág. 81).

La misma Suprema Corte sostiene que los elementos constitutivos de este delito son que se compruebe plenamente el hecho de que el indiciado, mediante un acuerdo previo, forma parte de una banda; que esa banda o asociación está integrada por lo menos por tres personas; y que la banda o asociación esté organizada esto es, tenga un carácter más o menos permanente y con un régimen establecido de antemano con el fin de ejecutar hechos delictuosos. (S. J., t. LIX, pág. 118).

El Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, en su sección tercera bajo el rubro delitos contra la sociedad en su título primero establece los delitos denominados "Contra la Seguridad Pública" tipificando en su artículo 178 el delito de Asociación Delictuosa de la siguiente manera: se impondrán de uno a siete años de prisión y multa de quinientos a cuatro mil pesos al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a delinquir.

Como se advierte claramente el artículo transcrito difiere del establecido en el Código Penal Vigente, al suprimirse la última frase de éste, "independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido", mejorando en forma ostensible la redacción de la citada figura delictiva.

- BIEN JURIDICO TUTELADO -

De suma importancia es determinar el bien jurídico tutelado en el delito de asociación delictuosa. El delito aludido se encuentra comprendido en el Código Penal vigente entre los delitos denominados contra la Seguridad Pública; su obje

tividad jurídica es según el propio Código la Seguridad Pública. Sin embargo, la doctrina no sigue un criterio unánime sobre la naturaleza del bien.

Carrara confundía la tranquilidad pública con la seguridad pública. Según el autor citado, la tranquilidad tiene un doble aspecto: interior y exterior. En el primer aspecto, expresa un estado real del ánimo consistente en la ausencia de toda conmoción violenta que lo agite, especialmente por ira, por dolor o por temor. Bajo el punto de vista exterior, "expresa el estado de ánimo consistente en la ausencia de movimientos extraordinarios, impetuosos y convulsivos. Cuando tales estados se concentran en un número indefinido de ciudadanos y posiblemente en todos, se usa la fórmula "tranquilidad pública"; aquellos hechos por los cuales se despierta en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos una concitación de efectos dolorosos o trepidantes, por los que se agita una multitud, dícense ofensivos de la tranquilidad pública". (1)

"La incriminación de estos hechos no responde, según el mismo Carrara al propósito de proteger la quietud física de los ciudadanos; lo que se quiere proteger, es la quietud moral comprometida por la sospecha de un peligro común". (2).

El concepto de Carrara, mereció la crítica de Pessina.- Para este autor "La seguridad es algo objetivo, no así la tranquilidad, que implica la conciencia de estar seguro. De ahí que un hombre puede estar seguro de toda suerte de peligro, y por errónea conciencia no sentirse seguro; y a la inversa, un hombre puede, erróneamente creerse seguro de todo peligro mientras corre graves peligros, y mientras la seguridad

1.- Programa Núm. 3014

2.- Programa Núm. 3014 Nota I.

dad le falta, vivir tranquilo por la eficacia del error y de la ignorancia sobre las verdaderas condiciones en las cuales se encuentra". (1)

El concepto de Pessina se afianza con relación al delito de asociación delictuosa, el cual en modo alguno puede lesionar la tranquilidad subjetiva, toda vez que no tiene propiamente sujeto pasivo. En cambio, la lesión a la seguridad pública es evidente, dado el peligro que para la colectividad humana implica la existencia de una sociedad constituida expresamente para cometer delitos. La ley, por consiguiente, - al establecer el delito objeto de estudio, tiende a proteger la seguridad colectiva. El delito de referencia puede pretender lesionar derechos individuales, especialmente los de índole patrimonial, como se observa en sus antecedentes históricos pero la circunstancia de que su existencia deriva un peligro común ha movido el ánimo del legislador para incluirlo entre los delitos que lesionan la seguridad pública, pues el propósito de cometer delitos que anima a sus componentes, constituye racionalmente considerado, una posibilidad de daño, y por consiguiente, peligran realmente los bienes jurídicos de la colectividad.

El delito de asociación delictuosa, no es un delito de daño sino de peligro. Se consuma por el simple hecho de tomar parte en la banda o asociación, con independencia de que se cometan o no los delitos para cuya realización se forma. Ahora bien, ¿Cuál es el peligro? Para Rocco no es sino la posibilidad del daño. Empero, la doctrina alemana presenta respecto del modo de concebir el peligro, una teoría subjetiva y otra objetiva. Conforme a la primera, el peligro no es más que una representación de la mente humana; es una hipótesis

1. Elementi di Diritto Penale. Napoli, 1883, Vol. 2 Pág. 398.

no un hecho; una suposición no una realidad. En suma, es una abstracción subjetiva y no una entidad concreta. Conforme a la teoría objetiva, si en determinadas condiciones un fenómeno no puede verificarse, como puede no verificarse, el fenómeno es objetivamente posible. Merkel, uno de los sostenedores de esta teoría, dice que la apreciación de la peligrosidad, como carácter constitutivo del delito, no puede tener lugar si no bajo el supuesto de que, al considerarla estudiamos una circunstancia objetiva que ha de ser fijada y determinada en cada caso, y sostiene que esto es también, sin duda, lo que sucede.

El peligro que la ley considera al sancionar el delito de Asociación Delictuosa, es el peligro objetivo, es decir - la posibilidad o probabilidad de que sus componentes cometan los delitos que se han propuesto. Podría oponerse a esta afirmación la consideración de que los delitos ejecutados por la banda no son otra cosa que la exteriorización de una conducta subjetiva y que por lo tanto se confunden ambos conceptos subjetivo y objetivo. Según nuestro particular punto de vista la cuestión carece de sentido. La conminación penal que se hace por el legislador a la Asociación Delictuosa, se hace bajo el supuesto de que los delitos que sus componentes se proponen cometer, son acciones dañosas, las cuales por este motivo deben ser evitadas.

Se afirma que el delito de Asociación Delictuosa lesiona el orden público. Sin embargo cuando se trate de fijar el concepto de orden público, la doctrina no adopta un criterio unánime, pronunciándose generalmente en términos de gran confusión y vaguedad.

Sebastián Soler afirma: "El equívoco fundamental proviene de que esa expresión tiene, por lo menos, dos sentidos muy distintos de uso constante en el derecho, y además, de -

que es una expresión próxima o semejante a otras, en particular a la expresión "Orden Jurídico". Se hace necesario fijar previamente esa pluralidad de sentidos, para determinar luego, en el modo más preciso posible cuál de todas las acepciones es la que corresponde al concepto jurídico del título 8 de la parte especial". (1)

Para Manzini, la noción de orden público es más amplia que la de orden jurídico. En cambio para Soler orden público quiere simplemente decir, tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil. No se trata de defender la seguridad social misma, sino más bien - la opinión de esa seguridad, que a su vez en realidad, constituye un factor más de refuerzo de aquella.

La expresión orden público se emplea por el derecho en general, en referencia a instituciones de índole constitucional. Para Sebastián Soler, sólo teniendo en cuenta esa posible referencia de muchos derechos a las instituciones fundamentales, se puede hablar del orden público, como el conjunto de principios jurídico/políticos supremos que determinan una organización jurídica concreta.

A nuestro criterio orden público y seguridad pública, - son conceptos antitéticos. El orden público, no es otra cosa que el equilibrio normal de las instituciones, en tanto que la seguridad pública viene a ser la confianza social en un orden de paz, nacido del equilibrio de los diversos bienes - jurídicos.

La Asociación Delictuosa lesiona la seguridad pública y no el orden público. Su objeto es exclusivamente cometer delitos que lesionen bienes jurídicos que pueden ser comunes -

1. Derecho Penal Argentino, Tomo IV, pág. 629.

al Estado o a los particulares pero nunca delitos que lesionen exclusivamente la seguridad del Estado. De otra manera, no sería posible diferenciar la asociación delictuosa de la conspiración.

UBICACION DEL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA EN EL ORDENAMIENTO PENAL POSITIVO

Nuestro legislador, sitúa el delito de Asociación Delictuosa en el Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo IV del Código Penal vigente, denominado "Delitos contra la Seguridad Pública".

El artículo 164 del Ordenamiento citado dice textualmente: "Se impondrán prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos, al que tomare participación en una asociación y banda de tres o más personas organizada para delinquir por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido".

Eusebio Gómez, al hacer un estudio de los delitos contra la seguridad pública afirma: "La seguridad pública es la opinión que todos los miembros de una sociedad civilizada tienen de que su vida, su integridad corporal y su salud, es tan bajo el amparo de las leyes o de las instituciones y, por consiguiente, exentos de todo peligro". (1)

"Peligro es la posibilidad de que la acción ocasione el efecto dañoso que la ley prevé en defensa de bienes que pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos". (2)

- 1.- Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Argentina 1941, t.V. Págs. 19, 22 y 23.
- 2.- Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Argentina 1941, t.V. págs. 22 y 23.

Ahora bien, de capital importancia resulta precisar el concepto de asociación o banda, empleado por el legislador - en forma disyuntiva. De acuerdo con los antecedentes históricos del delito, ambas expresiones pueden ser consideradas como sinónimas. Si bien es cierto que la idea de asociación supone más bien una organización de índole industrial, en tanto que la de banda responde a otra organización de tipo militar, que se identifica con el concepto de cuadrilla, de ricos antecedentes en el derecho español, sin embargo, en la actualidad las nociones de asociación y banda, carecen de relevancia, pues ambas presentan como denominador común, el acuerdo de voluntades de sus componentes, que viene a constituir el elemento subjetivo del delito.

La palabra asociación, proviene del latín *Associare* que significa socio (1).

Para el Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española la palabra asociación denota: "Acción de asociar o asociarse, conjunto de los asociados, figura que consiste en decir de muchos, lo que sólo es aplicable a varios o a uno solo" (2)

La palabra delictuosa halla su origen en *delicto*, que significa culpa, crimen, violencia o quebrantamiento de la ley. Delictuosa, perteneciente o relativo al delito: "Que implica delito". (3)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, asienta que: "Por asociación, jurídicamente hablando, debe entenderse la

- 1.- Pedro Felipe Monlau, Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, Madrid, 1881, 2a. Ed. págs. 324 y 531.
- 2.- Diccionario Manuel e Ilustrado de la Lengua Española, — Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1950, págs. 158.
- 3.- Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, — Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1950, pág. 524.

unión, el acuerdo permanente y estable entre los asociados, para dirigir su actividad a un fin determinado..." (S. J., - t. XXXV, págs. 332 y sigs.)

El concepto penal de asociación no coincide con el establecido en Derecho Civil. Para el Derecho Civil, uno de los elementos de la asociación es la licitud del fin, en tanto - que la esencia del delito que nos ocupa, se integra precisamente por la ilicitud del fin.

Diversos ordenamientos hacen alusión también, al concepto de asociación, como la Ley Federal del Trabajo al hablar de los Sindicatos, la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando reglamenta las Asociaciones Mercantiles y la Constitución General de la República, en sus artículos 9, 36 y 130 - al hacer mención en éste último de las Asociaciones denominadas iglesias.

Quando la ley dice: "Al que tomare participación en una asociación o banda", hace referencia a la culpabilidad y no sólo a la conducta sin que baste la participación conjunta - de tres o más personas en la comisión del delito, pues de admitirse esto se confundiría el delito con la coautoría.

Por otra parte, partiendo de la base fundamental de la corresponsabilidad, es necesario que, para que concorra ésta, todos y cada uno de los acusados tengan conocimiento del delito que se va a ejecutar (concierto previo) o del que ya se ejecutó (concierto posterior) y es necesario también que los acusados tengan conciencia de su propia participación en el hecho delictuoso.

La jurisprudencia italiana, ha resuelto que la asociación delictuosa se integra, "por el solo concierto de los asociados para cometer delitos, sin que sean exigibles ni -

una organización, ni el programa específico ni una constitución de jerarquías, ni desde luego, el principio de ejecución de los fines determinantes". (1)

La jurisprudencia mexicana, por el contrario, de acuerdo con la interpretación dada a la expresión "organizada para delinquir" ha resuelto que la banda ha de estar "sometida a un régimen determinado de funcionamiento"; (2) y que "se establezca una jerarquía entre sus componentes y que el jefe o director de ella esté en aptitud de hacerse obedecer, por los medios o sanciones que se hayan creído oportuno adoptar". (3).

La pluralidad de sujetos es un elemento esencial del delito que nos ocupa. El Código Penal Mexicano, a semejanza del argentino, fija en tres el número de partícipes.

El concepto de partícipe, es a la vez objetivo y subjetivo, afecta tanto a la conducta como a la culpabilidad. En consecuencia, no basta la participación de los miembros de la asociación, sino que cada uno de ellos, debe saber que forman parte de la misma.

Según Sebastian Soler, "no altera el número mínimo constitutivo de asociación ilícita, la circunstancia de que algún partícipe resultare impune en la comisión de alguno de los hechos planeados, por mediar causas personales de exclusión de pena, si el delito se consumase". (4)

- 1.- La scuola positiva, 1925, 2a. parte pág. 341.
- 2.- Tomo LIII pág. 1342.
- 3.- Tomo LXX pág. 9 Semanario Judicial de la Federación.
- 4.- Derecho Penal, Tomo IV, pág. 643.

En los delitos cometidos por la banda, ya consumados o ya en grado de tentativa, el asociado a aquella participa como autor intelectual, como ejecutor, como cómplice o como encubridor.

El propósito colectivo de cometer delitos, que es el fin de la asociación, tiene naturaleza objetiva con respecto a cada uno de los partícipes; fin que deberá ser conocido — por todos y cada uno de ellos pues de lo contrario, no existiría delito por falta de culpabilidad.

La frase "organizada para delinquir" empleado en infinitivo el verbo, presupone el propósito de parte de los asociados de cometer un número indefinido de delitos, entendiéndose que la expresión "delinquir" hace referencia a la conducta o hecho, típica, antijurídica y culpable, es decir únicamente a las figuras conocidas como delitos, por lo que por ejemplo, la constitución de asociaciones destinadas a la comisión de faltas administrativas, no integrarían el ilícito-que nos ocupa.

Materia de gran controversia en la doctrina, es la discusión de si los delitos que integran el propósito colectivo de la asociación deben ser determinados o indeterminados. Eusebio Gómez opina de la siguiente manera: "cuando la ley exige que la asociación ilícita esté destinada a cometer delitos, se refiere a delitos indeterminados, de cualquier naturaleza que sean". (1)

Sebastián Soler, por el contrario afirma: "con respecto a la indeterminación de los delitos propuestos por la asociación, es preciso tener presente que lo que requiere la ley — es la pluralidad de delitos o, mejor dicho, de planes. En —

1. Derecho Penal, Tomo V, Pág. 231.

consecuencia, parece poco feliz la interpretación dada por algunos, en el sentido de que los hechos deben ser indeterminados". (1)

Por nuestra parte creemos que los delitos que se proponga cometer la asociación, han de ser indeterminados y no uno o varios delitos determinados, caso éste que quedaría encuadrado en la figura de la participación delictiva, descrita en el artículo 13 del Código Penal en vigor.

- LA TENTATIVA -

Interrogante de gran preocupación de parte nuestra, ha sido el determinar con toda claridad, si el delito materia de estudio, admite la tentativa en cualquiera de sus formas. Recordemos al respecto las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento, conocidas en la doctrina como iter criminis.

Tradicionalmente se distingue en el iter criminis, la fase interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva. El delito se encuentra en su fase interna cuando aún no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; este momento comprende la ideación, la deliberación y la resolución de delinquir.

La idea criminosa o ideación, surge en la mente humana como la tentación de delinquir y puede ser acogida o rechazada. Si el agente le da albergue y permanece fija en la mente, puede surgir la deliberación. Por ésta se entiende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos principios morales, religiosos y sociales del agente. Por último si en el sujeto persiste la idea criminosa después de haber agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir.

1. Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Pág. 647.

La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal en actos o palabras no llega a lesionar ningún interés jurídicamente protegido. Si la manifestación de las ideas no constituye en sí un delito, no es posible sancionarla, ya que la incriminación de las ideas daría como consecuencia una invasión al campo propio de la moral, desatendiendo el Derecho su misión especial y esencial, que es coordinar puramente las relaciones externas humanas entre sí, en virtud de la convivencia y la cooperación necesarias en la vida gregaria.

La fase externa comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación, abarcando por tanto la manifestación, la preparación y la ejecución.

En la manifestación, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado antes existente sólo en la mente del sujeto.

Como el Derecho regula relaciones puramente externas de los hombres, la manifestación de las ideas no es incriminable, principio consagrado en la célebre frase de ULPIANO: "Cogitationis poena nemo patitur" y recogido por nuestra Constitución al expresar en su artículo 6º que: "la manifestación de las ideas, no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público", sin embargo, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica, como el caso contemplado en el artículo 282 del Código Penal vigente que sanciona el tipo de amenazas.

La Preparación.- Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Son -

definidos por Sebastián Soler como: "aquéllas actividades - que por sí mismas son insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado". (1)

Por su naturaleza indeterminada, los actos preparatorios generalmente no son punibles, porque no llegan a constituir violación de la norma jurídica. Pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no rebelan en forma categórica el propósito de delinquir.

La Ejecución.- El momento pleno de ejecución del delito puede ofrecer dos diversos aspectos: Tentativa y Consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. Antolisei, dice: "El delito es consumado cuando el hecho concreto corresponde exacta y completamente al tipo abstracto delineado por la ley en una norma incriminadora especial". (2)

TENTATIVA.- El Derecho Romano siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada, no llegó a concretar un criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término técnico alguno para diferenciar tales grados del delito.

La doctrina reconoce que fue el Código llamado de la Carolina dictado por Carlos V, el primero que contiene una definición de la tentativa. La definición la contiene el artículo 178 del Código Carolino que dice: "Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que pueden ser apropiadas para la consumación del acto malo, y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo -

- 1.- Derecho Penal Argentino, tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, T. II, Pág. 216.
- 2.- Manual de Derecho Penal, parte general, UTEA, Argentina, 1960, pág. 342.

fuera impedido contra su voluntad por otros medios será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa".

Jiménez de Asúa define la tentativa: "como la ejecución incompleta de un delito". (1) Y Eusebio Gómez afirma que: - "Jurídicamente considerada, la tentativa es un delito imperfecto". (2)

Se distingue entre tentativa acabada y tentativa inacabada; existe la primera cuando el agente emplea todos los me di os adecuados para cometer el delito y ejecuta todos los ac to s encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la tentativa-inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendien tes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no sur ge; hay una incompleta ejecución.

- LA TENTATIVA EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA -

Es casi unánime el pensamiento de que los delitos de pe li gro, como el de asociación delictuosa, no admiten quedar - en grado de tentativa, en ninguna de sus dos formas (acabada e inacabada). Mariano Jiménez Huerta dice que, por excepción los delitos de peligro pueden conformar la tentativa, si los actos típicos, sin integrar en plenitud la conducta peligrosa, son en su esencia típicamente idóneos para su realización,

- 1.- La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Editorial Hermes, México Buenos Aires, 1959, III, Ed. Pág. 474.
- 2.- Tratado de Derecho Penal, I, p. 474 Cfa. Argentina de Editores, 1939.

lo cual opera cuando los actos ejecutados inician el riesgo al bien jurídico tutelado. (1)

El delito de asociación delictuosa es de predominante actividad. La conducta y el resultado jurídico se funden de modo inseparable. La acción es indivisible; el simple acto de realizar la conducta es suficiente para que el delito se perfeccione, o sea por el solo hecho de ser miembro de la asociación, ya le es imputable dicho delito; en consecuencia podemos afirmar que el delito de asociación delictuosa no admite el grado de tentativa.

- LA PARTICIPACION -

Al estudiar el concurso de personas en el delito, no debe perderse de vista el pensamiento de Maggiore cuando dice: "sin duda, la teoría del concurso criminoso es uno de los puntos más disputados, discutidos y analizados del derecho criminal. Y si el tema es por sí mismo intrincado, hemos de convenir que la ciencia también ha contribuido a embrollarlo cada vez más. Así, le toca al estudioso, ante todo, una tarea de simplificación". (2)

En todo delito pueden haber participado una pluralidad de personas, una de estas conductas de participación puede representar un papel de índole directiva y ejecutiva; la otra, puede más bien, tener carácter de auxilio y servir a la conducta de ejecución. Esta diversa responsabilidad en la comisión del hecho ilícito es la que regula el artículo 13 de nuestro Código Penal, que a la letra dice:

- 1.- Cfr. La Tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, pág. 128.
- 2.- Derecho Penal, II, p. 97, Ed. Temis, Bogotá, 1954.

"ART. 13.- 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 prestan auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución y

IV.- Los que, en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa".

Las formas contenidas en el dispositivo de la participación anteriormente descrito, obliga, como consecuencia lógica a examinar individualmente el contenido de cada una.

a) CONCEBIR.- En la fracción I del artículo 13, al declarar responsables a los que intervienen en la concepción de los delitos, nos autoriza a declarar, que el concurso en esta hipótesis se reduce a una simple causalidad psíquica, - esto es, no seguida de actividad corporal. Ya Carrara había dicho: "todo delito tiene una causa moral, que yace en la mente de quien lo ideó y quiso, y otra física, que está en el brazo ejecutor". (1)

Concebir, es el proceso psicológico que hace surgir en el autor el propósito de delinquir, comunicándolo a otras u otras personas para que lo ejecuten (momento distinto de la preparación y ejecución del delito), y absteniéndose de intervenir en los actos materiales que constituyen la ejecución.

No debe estimarse que concebir un delito, implique necesariamente

1.- Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, parágrafo 193.

sariamente la configuración de una conducta típica, toda vez que, el simple pensamiento criminal no delinque.

b) INDUCIR.- La fracción II del artículo 13 del Código Penal, preceptúa que son responsables de los delitos "los — que inducen.... a otros a cometerlos".

La palabra inducir, desde el punto de vista etimológico, proviene del latín inducere, que quiere decir instigar, persuadir, mover a uno. Por lo que, inducir significa determi—nar a otro u otros a realizar una conducta determinada. Cabe hacer notar que las palabras provocación, excitación, insti—gación, determinación e inducción a un delito, tienen idéntica significación gramatical, por lo que es factible usarse como sinónimos en el léxico jurídico.

El dispositivo legal a que nos hemos venido refiriendo, no hace referencia a los medios, mediante los cuales la in—ducción pueda llevarse a cabo, a pesar de ello, estimamos — que puede realizarse a través de diversas formas; pero que — naturalmente impliquen el concurso de una conducta de índole psicológica, que impulse la voluntad de otro hombre a la rea—lización del verbo típico, ejemplo: la instigación. Los me—dios a través los cuales se realiza tal determinación, de—ben estar exentos de todo género de coacción.

c) COMPELER.- Desde el punto de vista gramatical la palabra compeler, significa tanto como "la acción de obligar — a determinada persona, con fuerza o por medio de autoridad,— a que realice lo que no quiere". Su significado jurídico se reduce a: compulsión, constreñimiento o apremio que, a tra—vés de amenazas, abuso de autoridad o de poder, se ejerce — sobre un sujeto para que ejecute una conducta delictiva.

MARIANO JIMENEZ HUERTA, nos dice que "la compulsión psí—quica que importa la acción de compeler, puede ser contundén

te, reverencial o jerárquica. Es contundente aquella que se ejerce mediante amenazas de males que impresionan el ánimo;— es reverencial la oriunda del temor, respeto o veneración — que algunas personas ejercen sobre otras, v.gr: el padre sobre el hijo y el ministro de una religión sobre los creyentes; y jerárquica, la que autoridades o funcionarios ejercen sobre sus subordinados". (1)

d) PREPARAR.— Al hacerse referencia en la fracción I — del artículo 13, sobre los sujetos que intervienen en la preparación de los delitos, es claro que para determinar a aquellos sujetos que han cooperado mediante su conducta psíquica o física a preparar su ejecución por otra persona.

Consideramos oportuno exponer el pensamiento de MARIANO JIMENES HUERTA a este respecto: "Las conductas preparatorias de los delitos pueden ser de índole psíquica o física. En la primera entran todas aquellas conductas de naturaleza intelectual que anteceden a la ejecución del delito y tienen por fin proporcionar datos, exponer ideas o planes y prometer — ayudas posteriores que contribuyan o facilitan la ejecución". (2) En tal preparación del verbo típico, realizada por medios psíquicos que hacen posible los propósitos delictivos — del sujeto activo primario, están comprendidas las instrucciones, los procedimientos técnicos mediante los cuales habrá de procederse a la ejecución de la figura delictiva.

e) INTERVENIR EN LA EJECUCION.— Es posible que en la — ejecución material de un delito, intervengan además del sujeto activo primario que realiza la conducta descrita en el tipo, otros sujetos que, si bien participan en actos propios — y simultáneos en la ejecución de la conducta principal, no — realizan dicha conducta. Es por ello que MARIANO JIMENEZ —

1.— La Tipicidad, pág. 190, México, 1955.

2.— La Tipicidad, pág. 191, y 192, México 1955.

HUERTA nos dice al respecto; "Para captar típicamente esta clase de conductas, la fracción II del artículo 13 amplía la base típica de los delitos a los que intervienen en la ejecución de ellos". (1)

f).- AUXILIAR A LA EJECUCION.- Son también responsables de los delitos según declara la fracción III del artículo 13, "los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución".

Vale decir, que el auxilio que se presta para la ejecución de un delito puede ser, según lo hemos expresado en el párrafo anterior, "de cualquier especie", quedando comprendido tanto el auxilio activo como el pasivo.

Entendemos por auxilio activo, el concurso de alguna conducta, precisamente en el momento de la realización de la acción principal; por ejemplo: el auxilio que presta una persona para que los ejecutores no sean descubiertos en la ejecución del plan delictivo.

El auxilio omisivo consiste precisamente en la no realización de alguna conducta impuesta por un deber jurídico, es decir, se adopta una conducta pasiva; no haciéndose lo que debió hacerse de acuerdo con lo ordenado por la norma jurídica.

CONCEPTO DE PARTICIPACION.- Para centrar en el lugar debido el problema de la participación, MAGGIORE (2), empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque-

1.- La Hipótesis, pág. 195, México, 1955.

2.- Derecho Penal, II, pág. 96, 5a. edición, Bogotá, 1954.

eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo — cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas. El mismo autor afirma: "hay participación cuando fuera de los casos necesarios, concurren varias personas para la producción de un delito". (1)

Para Fernando Castellanos Tena, la participación consiste en: "la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad". (2)

NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICIPACION.— Es incuestionable que uno de los problemas más arduos, discutidos y analizados del derecho penal, es el de determinar la naturaleza y estructura jurídica de la participación. Las doctrinas que pretenden desentrañar su esencia, pueden reducirse a tres: — Teoría de la causalidad, de la accesoriedad y, de la autonomía.

a) Teoría de la causalidad.— Estima que todo evento criminal es el resultado de un conjunto de fuerzas o causas — igualmente necesarias y suficientes para realizarlo, de tal forma que si los copartícipes son todos concausas del delito, es natural que el mismo delito es consecuencia de la actividad de cada uno y de todos, ya que estima que ese delito es una producción colectiva y solidaria.

b) Teoría de la accesoriedad.— Se considera como autor del delito sólo a quien realiza la conducta descrita en el —

1.— Derecho Penal, II, pág. 97, 5a. edición, Bogotá, 1954.

2.— Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, 1969, pág. 269.

tipo legal; la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tienen como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de lo principal. El delito producido por varios su jetos, único e indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondientes a los partícipes.

c) Teoría de la autonomía.- Esta doctrina considera que el delito producido por varios individuos pierde su unidad, al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo, realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia.

PARTICIPACION NECESARIA.- Es importante no confundir la participación en el sentido amplio de la palabra, con la par ticipación necesaria. Sobre el particular expresa Luis Jiménez de Asúa, que "la cooperación necesaria no es codelin cencia, sino que afecta a la naturaleza misma de los tipos aludidos". (1) Eusebio Gómez por su parte dice que: "Cuando en la comisión de un delito determinado intervienen dos o más - personas, se dice que existe participación, salvo el caso de que la pluralidad de agentes esté compuesta por la propia na turaleza del hecho. La asociación ilícita, el duelo, la re belión, el adulterio, constituyen otros tantos ejemplos de - estos delitos en los que la intervención de varios no implica participación en sentido estrictamente jurídico". (2)

- LA PARTICIPACION EN EL ARTICULO 164 -

Del estudio del tipo delictivo, se arriba a la conclu sión forzosa de que dada su intrínseca naturaleza de delicto-

- 1.- La Ley y el Delito, 2a. Ed. 1954, Buenos Aires, Pág. 531.
- 2.- Tratado de Derecho Penal, pág. 484, Ed. Buenos Aires, 1939.

plurisubjetivo, rechaza la participación en sentido estricto. En efecto, en páginas anteriores quedó demostrado que el ilícito a estudio, es un delito de peligro que se consume y en consecuencia se sanciona por el simple hecho de tomar parte en la asociación o banda, con independencia de que se cometan o no los delitos para cuya realización se forma, en cambio en la participación, se requiere que el hecho acordado - tenga un principio de ejecución para ser punible.

Dice Eusebio Gómez: "la participación, para ser reprimida exige la producción de actos materiales constitutivos de un delito o de su tentativa. La asociación ilícita en cambio, se reprime por el mero hecho de ser miembro de la misma".(1)

1.- Tratado de Derecho Penal, pág. 233, Tomo V.

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO A ESTUDIO

1.- El elemento objetivo. 2.- Tipo y Tipicidad. 3.- Antijuricidad. 4.- Imputabilidad. 5.- Culpabilidad.

- ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO A ESTUDIO-

No existe uniformidad de criterio en la doctrina respecto a qué calificativo emplear para denominar a las notas -- esenciales del delito. Se emplean los términos, aspectos, ca^uracteres, requisitos, presupuestos de punibilidad y fuerza -- del delito.

Nosotros creemos que debemos hacer uso del adjetivo, -- "elementos" por ser el más adecuado. En efecto, el término -- elemento, proviene del latín "elementum" que significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base, al mismo tiempo que concurre a formarlo.

EL ELEMENTO OBJETIVO.-- Entre los elementos del delito -- hay una prelación lógica ya que para que concorra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. Ahora bien, el primer elemento del delito lo constituye el elemento objetivo, -- designado así para distinguirlo del elemento subjetivo o cul^upabilidad. A este primer elemento se le conoce con los nombres de acción, acto, conducta, hecho.

Fernando Castellanos Tena emplea la palabra conducta, -- a su juicio suficiente para designar el soporte naturalístico del delito, por comprender, en su significado conceptual, tanto el hacer la actividad cuanto el no hacer o abstención.
(1)

Mariano Jiménez Huerta alude al término "conducta" por -- reflejar mejor el sentido finalista que es forzoso captar -- en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afir--

mar que integran un comportamiento dado. (1)

Celestino Porte Petit afirma al respecto: "Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material". (2)

Jiménez de Asúa prefiere la expresión acto, considerando conveniente no hablar de hecho en virtud de resultar éste -- "demasiado genérico, ya que, como Binding señaló, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito, mientras que por acción se entienden voluntades jurídicamente significativas". El mismo autor rechaza el vocablo conducta, porque se refiere "a una actuación más continuada y sostenida que la del mero acto psicológico que es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad". (3)

A mi juicio en ocasiones la descripción del delito hecha en la ley hace alusión a una mera actividad o a una simple abstención humana, en otras en cambio el tipo exige que la actividad u omisión produzcan una mutación en el mundo exterior. De aquí se deriva que estaremos frente a una conducta, cuando se llenen las exigencias típicas con el simple hacer o con el abstenerse y si además de la actividad o inacción se requiere en el precepto legal la producción de un resultado material, vinculado al comportamiento por un nexo causal, se estará en presencia del hecho.

- 1.- Panorama del Delito, Imprenta Universitaria, México, -- 1950, págs. 7 y sigs.
- 2.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, 1969, pág. 287.
- 3.- Tratado de Derecho Penal, t. III, págs. 292 y 293, Buenos Aires, 1951.

La conducta por sí misma puede constituir el elemento objetivo del delito cuando el tipo describa una mera conducta, o bien, hecho cuando el tipo comprenda en su descripción, un resultado material.

Con toda razón se le ha asignado a la conducta un importante y primario lugar, dentro de la teoría del delito. Para Battaglini la conducta constituye el nudo de la figura del delito y Bernes, estima que la conducta es el esqueleto sobre el cual se configura el delito.

Por nuestra parte, consideramos que la conducta consiste en el comportamiento del hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. Tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima relación con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada.

Formas de conducta.- Dentro del término conducta quedan incluidas la acción, esto es el hacer y la omisión o no hacer.

La acción consiste en la conducta positiva, expresada medante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario, con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva, (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).

El Hecho.- Por lo que se refiere al término Hecho, éste lo entendemos como formado por una conducta, un resultado y un nexo causal.

Precisado en líneas anteriores el concepto de conducta, entraremos al análisis del término resultado.

Para Maggiore el resultado "es el efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente, la modificación en el mundo exterior, como efecto de la actividad delictuosa". (1)

Nosotros pensamos que el resultado en su acepción más completa, consiste en la actividad o inactividad del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo jurídico o material. Este punto de vista tiene en cuenta tanto la concepción jurídica o formal, como la naturalística o material que se han elaborado en la doctrina para estudiar el concepto de resultado.

Ahora bien, qué debemos entender por nexo causal? La relación causal consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material).

Según Mezger, el concepto de causalidad es concepto lógico y no jurídico, por constituir una forma de conocer que debe ser entendida como "categoría", es decir, como una posición de la actividad de pensamientos por medio de la cual se trata de "comprender" las conexiones dentro del mundo de la experiencia". (2)

Ahora bien, independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es inconcuso que cuando la descripción típica sea de una mera conducta o un hecho éstos vienen a ser el primer elemento del ilícito dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del mismo, es decir un hacer o no hacer, o bien, un resultado material.

1.- Derecho Penal, T. I, pág. 357, Ed. Temis, Bogotá, 1954.

2.- Tratado de Derecho Penal, T. I, págs. 224 y 225. Madrid 1955.

Con lo anteriormente dicho se llega a la conclusión de — que dos son las formas de la conducta: La acción y la omi— sión. Ya se hizo notar que la acción consiste en el hacer vo luntario y que la omisión por el contrario es la inactividad voluntaria, aún en los llamados delitos de olvido, pues en — éstos como acertadamente señala Jiménez Huerta en ellos basta la voluntad de la conducta diversa y aún cuando en algunos casos la inactividad corpórea no es querida por faltar en el instante dado la voluntad, voluntaria es la conducta antecedente que ocasiona el estado de inactividad.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de omi— sión simple y comisión por omisión. En la omisión simple bas ta un no hacer, independientemente de que tal abstención ori— gine o no un cambio en el mundo de relación; los de comisión por omisión son delitos en los cuales la inactividad ocasiona un resultado material. Ya dijimos en párrafos anteriores— que mientras en la omisión simple se infringe una norma pre— ceptiva, en la comisión por omisión se violan dos, una norma preceptiva y otra dispositiva.

Además de la distinción, en cuanto a la conducta, entre— delitos de acción y de omisión, se hace referencia a los de— litos formales y materiales, distinguiéndose porque en los — primeros el elemento objetivo se integra por un hacer o por— una inactividad, en tanto que en los últimos se requiere ade más de la producción de un resultado material.

También se distingue entre delitos unisubsistentes y plu— risubsistentes. El delito es unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto; es plurisubsistente cuando la — acción requiere, para su agotamiento, de varios actos.

Celestino Porte Petit dice: "aquí insistimos en la conve— niencia de distinguir el acto de la acción, ya que podemos — estar frente a un delito unisubsistente, constituida la — —

acción por un acto o ante un delito plurisubsistente, constituida la acción a su vez, por varios actos. En el primer caso, el acto forma la acción, y en el segundo, los actos la constituyen también, siendo en este caso, la acción susceptible de fraccionamiento". (1)

El interés de esta clasificación se estima orientado a obtener un criterio válido para distinguir los delitos que admite la tentativa de los carentes de un proceso ejecutivo, así como para resolver el problema del tiempo y lugar de comisión del delito. Se estima a los delitos unisubsistentes no susceptibles de tentativa, como el caso del abuso de confianza, delito en el cual el puro acto dispositivo consuma la conducta ilícita. Este criterio sin embargo, no es absoluto, pues siendo cierto que en algunos casos resulta acertado, en otros no es eficaz. Así tenemos el delito de robo, recogido en el artículo 367 del Código Penal en que la acción constitutiva es el apoderamiento, pues a pesar de ser en algunos casos un delito de acto único, unisubsistente, admite sin embargo la tentativa. También podemos citar como ejemplo el homicidio, que puede consumarse por un solo acto como por varios actos; esto no quiere decir, que por el hecho de que se puede consumir por un solo acto, no admita la tentativa, ya que puede presentarse un homicidio en grado de tentativa realizándose un solo acto como el que dispara y no mata.

Se distingue en la doctrina también, el delito plurisubsistente y el delito complejo. Se asemejan en que tanto el delito plurisubsistente como el complejo constan de varios actos y se diferencian que en el primero cada uno de estos actos no constituye delito, en tanto que en el segundo cada uno de estos actos constituye una figura delictiva. Sebastián Soler dice que: "el delito plurisubsistente es fusión de hechos y el delito complejo es fusión de figuras delictivas". (2)

1.- Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, pág.

376, Ed. Jurídica Mexicana, Primera Edición, México, 1969.

2.- Derecho Penal Argentino, T. I. pág. 205. Buenos Aires, 1956.

Por la duración del comportamiento, divídense los delitos en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Es delito instantáneo, aquél que tan pronto se produce la consumación, se agota, como el tipificado en el artículo 330 del Código Penal vigente que sanciona el delito de aborto.

En los instantáneos con efectos permanentes, tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos; tal es el caso del delito de lesiones.

En el delito continuado se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. En el Código Penal vigente, no se capta el delito continuado. Fernando Castellanos Tena, pone como ejemplo de este delito el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta. (1)

Existe un delito permanente, también denominado, continuo o sucesivo, cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada. El Código Penal vigente en su artículo 19, parte in fine, preceptúa que se considera para los efectos legales, delito continuo, aquél en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen. Sirven de ejemplo de delitos permanentes los tipos delictuosos recogidos en los artículos 335 (abandono de personas), 366 (plagio o secuestro) y 395 (despojo).

1.- Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 5a. Ed. México, 1969, pág. 132.

Clasifícanse también los delitos, desde el punto de vista de la conducta, en delitos de lesión y de peligro, según causen al realizarse una destrucción al bien jurídicamente tutelado, o sólo pongan dicho bien en posibilidad de ser vulnerado. Como ejemplo del primero mencionaremos al delito de fraude y del segundo el delito de disparo de arma de fuego.

- EL ELEMENTO OBJETIVO EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA-

En el delito materia de análisis, el elemento objetivo, lo constituye sin duda alguna, la conducta y no el hecho, en razón de no requerirse una mutación en el mundo exterior, esto es; de un resultado material, pues de acuerdo con lo estatuido en el artículo 164, es suficiente con tomar participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido.

Si la conducta admite la acción y la omisión, cuál de estas formas hacen su aparición en este delito? En el ilícito que nos ocupamos, es incontrovertible de que sólo es posible admitir la forma activa como medio de comisión de esta figura delictiva. Del enjuiciamiento del tipo delictivo se desprende que se necesita la participación del sujeto activo, en una organización para delinquir, ser miembro de ella, lo cual trae como consecuencia irremediable una acción, una actividad, un hacer. Por lo que no se presenta la forma omisiva en ninguna de sus dos especies.

Es asimismo de resultado jurídico, denominado también formal, pues conforme a nuestra ley, se considera consumado por la mera ejecución de la conducta que lo constituye prescindiendo completamente del resultado que se haya pretendido

alcanzar.

Es delito unisubsistente, ya que no se requiere una repe ti ci ón de conductas; es suficiente una sola: Pertenecer a - una banda como miembro de ella.

Es un delito permanente, ya que la acción delictiva de - los asociados se prolonga voluntariamente en el tiempo. Por eso consideramos que el lapso durante el cual el sujeto per te ne ce a la asociación, está delinquiendo y hasta que ter mi na tal situación cesa el estado antijurídico.

Es exclusivamente un delito de peligro, por cuanto que - por sí mismo no lesiona de modo directo e inmediato los bienes jurídicamente tutelados, sólo los pone en posibilidad de ser lesionados.

Es por último un delito plurisubjetivo, de concurso nece s ario, al señalar la ley como mínimo tres individuos.

- TIPO Y TÍPICIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA -

A partir de la obra del Marqués de Beccaria (1764), se - llegó a la conclusión de que sólo las leyes pueden establecer los delitos y las penas, aunque se cita como nacimiento de - la garantía de legalidad, el año de 1215, en el cual se exp i di ó en Inglaterra la Carta Magna por el Rey Juan sin Tierra, empero fue necesario que la Revolución Francesa proclamara - los Derechos Individuales para que el principio de legalidad fuera plasmado en las leyes como conquista definitiva del in di vi du o frente al Estado. Nuestra Constitución Federal, reco ge este principio en su artículo 14, al establecer que en - los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito - específico, imponiendo por tanto la necesidad de fijación de

los delitos y de las penas en fórmulas precisas.

De esta manera, el tipo es, el injusto descrito en el ordenamiento jurídico, la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, Por eso, por reprobable que sea una conducta, un comporta— miento, si no se encuentra ínsito en la fórmula legal no — constituirá delito. En consecuencia, no es posible concebir el delito sin tipicidad; ésta viene a ser la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. El tipo expresa con innegable acierto Mariano Jiménez Huerta, es el injusto recogido y descrito en la Ley Penal; la tipicidad consiste en un juicio lógico en donde se — afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función. (1)

La tipicidad en conclusión es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, como se aprecia de la lectura del artículo 7 del Código Penal vigente: "Delito es el acto u omisión que sancionan las le— yes Penales".

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: — "El tipo delictivo de acuerdo con la doctrina, puede definir se como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena". (2) — En otra ejecutoria se establece, que "bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, —

- 1.- Cfr. La Tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, págs.42 y — 207.
- 2.- Semanario Judicial de la Federación, CXIX, p. 2887. Cfr: Semanario Judicial de la Federación, XVI, p. 257, Sexta Época, Segunda parte.

de donde se sigue que una acción con el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse". (1)

CLASIFICACION DE LOS TIPOS.- Cada especialista elabora su propia clasificación de los tipos, de tal manera que existen diversos criterios al respecto. Nosotros, siguiendo en lo fundamental a los profesores Celestino Porte Petit y Mariano Jiménez Huerta anotamos lo siguiente:

Normales.- Son aquellos tipos que contienen elementos sensorialmente perceptibles de naturaleza objetiva, como el homicidio, pues para comprobar si ha cesado o no la existencia de una persona, basta en términos generales, que el médico ponga en juego sus sentidos. El artículo 302 del Código Penal vigente dispone: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro".

Anormales.- Describen elementos no objetivos, es decir, de carácter subjetivo o normativo, para cuya apreciación es menester una valoración jurídica o cultural. El estrupro, - por ejemplo, es un tipo anormal; el artículo 262 lo describe así: "Al que tenga cópula con mujer menor de 18 años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño..." En este tipo la cópula es elemento objetivo; la castidad y honestidad, el consentimiento, la seducción y el engaño, son requisitos que para determinarlos requieren una valoración de carácter cultural o jurídico.

Fundamentales o básicos.- Cualquier lesión del bien jurídico es suficiente, por sí sola, para integrar el ilícito.

- 1.- Semanario Judicial de la Federación CXIX, p. 2884, Semanario Judicial de la Federación, XVI, p. 257, Sexta época Segunda parte.

La calificación de un tipo como básico o fundamental, sólo - puede hacerse cuando figura en el rubro del Código como centro o médula de otros tipos con él agrupado; el Profesor Mariano Jiménez Huerta dice: "Los tipos básicos constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código. - Dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es tipo básico el de homicidio descrito en el artículo 302". (1)

Simples.- Son aquéllos que no están en directa relación con otros tipos.

Especiales.- Se integran necesariamente con un tipo fundamental, al cual se añade algún (o algunos) requisitos, pero constituyendo, con el agregado, un tipo nuevo, diverso - del principal. El parricidio, por ejemplo, no es sino un homicidio perpetrado en un ascendiente consanguíneo, más adviene como un tipo diverso. Al parricida no es dable aplicarle la pena del homicidio del artículo 302, sino precisamente la del 324, en función del 323.

Complementados.- Intégranse también al lado de un tipo-básico pero sin subsumir a éste, no enriquecen con alguna - circunstancia, la cual ensancha o restringe la antijuricidad. Como señala Jiménez Huerta distingúense los tipos especiales de los complementados, en que mientras los primeros excluyen la aplicación del tipo básico al cual comportan, los segundos presuponen la presencia del fundamental al que se agregan como aditamento. El homicidio en riña es complementado - por sancionarse en función del tipo básico de homicidio y de la modificativa de riña.

Independientes o Autónomos.- Trátase de tipos con vida-propia, sin depender de ningún otro como por ejemplo, el homicidio y el robo simples. Se dirá que los tipos independientes o autónomos se confunden con los fundamentales o básicos, sin embargo la primera clasificación atiende a su existencia per se, en tanto la segunda a su relación con otros tipos de

un mismo sistema. Claro está que a veces un tipo tiene a la vez dos atributos de los mencionados, es decir, puede ser independiente y al mismo tiempo fundamental.

De formulación precisa.- Son los que prevén una hipótesis única.

De formulación casuística.- Son aquéllos en los cuales se describen diversas hipótesis siendo a veces suficiente una para colmar el tipo (alternativamente formados), otras precisan de todas para su configuración (acumulativamente formados). El estupro es casuístico, por prever dos casos diversos, a saber: Que el consentimiento para la cópula con mujer menor de 18 años, casta y honesta se obtenga por medio de la seducción o bien, mediante el empleo del engaño; es alternativamente formado, por colmarse el tipo por cualquiera de los dos medios comisivos, es decir, por seducción, o por engaño. En cambio, el artículo 255 contempla un tipo casuístico acumulativo; dice el precepto: "Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto, sin causa justificada y tengan malos antecedentes...." Sólo se integra la figura con las dos hipótesis previstas; es insuficiente la demostración de que el agente no se dedica a trabajar honestamente sin justa causa; precisa, además, la comprobación de sus malos antecedentes.

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

básico; por último los tipos complementarios "presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan". Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al "sujeto activo", de tal manera que sólo pueden cometer este delito aquéllos que reúnan las condiciones o "referencias típicas en el sujeto"; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal calidad". (1)

- LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA -

El delito materia de análisis, se encuentra contenido - como ya lo expresamos, en el artículo 164; el cual reza: -- "Se impondrán prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos, al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido".

De la definición transcrita, llegamos al convencimiento de que nos encontramos en presencia de un tipo esencialmente anormal, porque en la descripción realizada por la ley se emplean elementos que no son puramente objetivos; tal es el caso del elemento "asociación", lo mismo que la finalidad del grupo "delinquir". En cambio cuando la ley habla de tres o más personas, emplea un elemento puramente objetivo, de fácil percepción, de valoración sensorial.

No podemos afirmar que se trate de un tipo básico o fundamental, por no servir de eje o médula central de una serie de tipos.

Tampoco estamos en condiciones de clasificarlo como tipo especial, ni como complementado, por tratarse de un tipo simple, es decir, también independiente o autónomo; no forma parte de ningún otro ni complementa a figura delictiva alguna, vive per se.

Es de formulación precisa y no casuística, porque el legislador enuncia una hipótesis única y no varios modos de ejecutar el ilícito: pertenecer a una asociación o banda de tres o más personas organizada para delinquir.

Asimismo encontramos que en el delito de Asociación Delictuosa, el valor que el Estado tutela o protege es la Seguridad Pública; que cualquier persona puede cometer el delito, pues no se requiere calidad en el sujeto activo; que es delito plurisubjetivo, es decir de concurso necesario, ya que el tipo se integra cuando intervienen por lo menos tres personas.

El sujeto pasivo, lo constituye la sociedad; que el elemento subjetivo, se encuentra en este delito en el propósito de los individuos de reunirse con el fin de delinquir y que finalmente el elemento normativo del tipo, se resume en la expresión "delinquir".

- LA ANTIJURICIDAD -

Se afirma que un hecho es anti-jurídico cuando en forma objetiva contradice las normas del Derecho. El delito, escribe Fernando Castellanos Tena, es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea -

típica, antijurídica y culpable. (1)

Para Cuello Calón, la antijuricidad es el aspecto más relevante del delito; de tal importancia, que para algunos no es mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. (2)

Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores establecida por el Estado. Por eso tiene razón el erudito Profesor mexicano Celestino Porte Petit cuando dice: "una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación". (3)

Para nosotros, la antijuricidad no es más, que la relación de contradicción entre la conducta o hecho típicos y el interés o los valores que la norma tutela cuando no existe una causa de justificación.

Antijuricidad Formal y Material.- La antijuricidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial, sin embargo dentro del tal unidad, es posible concebir un doble aspecto; formal y material, pues es evidente la pugna con el mandato o la prohibición contenidos en el tipo cuando éste se actualiza, e igualmente el choque con los valores o intereses tutelados por el mismo tipo.

De esta manera, sin negar a la antijuricidad un carácter

- 1.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Sa. Ed., México.
- 2.- Derecho Penal, I, pág. 335, 12a. Ed. Barcelona, 1956.
- 3.- Porte Petit, Programa de la Parte General del Derecho Penal, pág. 205, México, 1958.

unitario, se puede presentar desde un aspecto formal, en tanto el actuar humano surge oponiéndose al Derecho objetivo y material, en cuanto dicho comportamiento lesiona o hace peligrar los bienes tutelados por la tipicidad.

Entre nosotros el juspenalista, Ignacio Villalobos, escribe: "En todo precepto legal va implícita una norma, y aún el lenguaje usual, tomando el continente por el contenido y viceversa, hace sinónimos los términos de Ley y norma jurídica; así, la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal, por la violación del precepto positivo derivado de los órganos del Estado; y una antijuricidad material, por el quebrantamiento de las normas que la Ley interpreta, o de los intereses sociales que una y otra (norma y ley) reconocen y amparan". (1)

-LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA -

Hemos afirmado que toda conducta humana coincidente con un tipo penal, es antijurídica, a no ser que se encuentre protegida por una causa eliminatoria de la antijuricidad. De aquí se sigue que el comportamiento que se ciñe a lo preceptuado en el artículo 164 de nuestro Código Punitivo será antijurídico, a no ser que opere en su favor alguna justificante.

De esta manera podemos decir en términos generales, que es antijurídico tomar parte en una asociación o banda de tres o más personas organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación. La antijuricidad formal hace su aparición en el instante de ser miembro de la asociación en tanto se infringe el artículo 164 mencionado.

1.- Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2a. Ed. México, 1960, págs. 249 y sig.

Lo antijurídico de fondo o material consiste en el ataque a los valores tutelados en el dispositivo aludido; estos valores constituyen el objeto jurídico del delito de asociación delictuosa. Ese objeto es, según quedó establecido claramente cuando hablamos del bien jurídico tutelado, la seguridad pública, y no el orden público, conceptos éstos que a nuestro entender son diferentes. La simple existencia de una asociación formada para cometer delitos, aunque éstos no se cometan efectivamente, es algo contrario al orden público y acarrea grave alarma social. Por eso es exacto, de que como afirma Raúl Carrancá y Trujillo en su Código Penal anotado, el objeto jurídico del delito, es la seguridad general, encomendada a la Administración Pública. (1)

Nuestro Código enmarca el delito de Asociación Delictuosa en el Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo Cuarto. El título Cuarto se denomina: "Delitos contra la Seguridad Pública" lo cual nos está diciendo que dogmáticamente dicha seguridad es el bien tutelado por el Derecho.

Al lado del delito de asociación delictuosa, el Código de 1931 incluye en el mismo Título los delitos siguientes: - evasión de presos, quebrantamiento de sanción y armas prohibidas.

- LA IMPUTABILIDAD -

El delito es ante todo una conducta humana, que se ajusta a un tipo penal y contrario a los valores jurídicamente tutelados; pero la noción completa se integra con un elemento de naturaleza subjetiva, esto es: la culpabilidad.

La culpabilidad es privativa de los sujetos con capacidad para entender y querer, para rebelarse en su fuero interno - contra el orden jurídico establecido. Esa capacidad de ser culpable, es lo que constituye la imputabilidad.

Maggiore dice: "El juicio de culpabilidad presupone, -- pues, un juicio de imputabilidad. El uno es un juicio que recae sobre el hecho, en cuanto afirma que alguno es culpable, el otro es un juicio que tiene por contenido una posibilidad, en cuanto afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable; en aquél, se juzga al hombre como sujeto real; en éste, como sujeto posible". (1)

Al decir del maestro Carrancá y Trujillo, es imputable -- quien posee, 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 -- conforme a las exigencias de la vida en sociedad humana. (2)

Para el distinguido jurista Fernando Castellanos Tena, -- la imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. (3)

Muchos tratadistas consideran a la imputabilidad como -- presupuesto general del delito; otros lo estiman como un elemento autónomo del ilícito penal y, una tercera posición -- dice que es un presupuesto indispensable de la culpabilidad,

- 1.- Derecho Penal, t. 1. pág. 479, Bogotá, 1954.
- 2.- Derecho Penal Mexicano, Ed. Robredo, 4a. ed. México, 1955 t. 1. pág. 222.
- 3.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Sa. Ed. México 1969, Editorial Porrúa, S.A. pág. 208.

criterio éste último compartido por nosotros, porque como hemos dicho en párrafos precedentes, para ser culpable se requiere la capacidad de entender y querer, es decir, la imputabilidad y sin ésta por supuesto no hace su aparición el delito.

- LA IMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA -

En el delito de asociación delictuosa, para la integración de la culpabilidad es necesario, de acuerdo con los conceptos antes expresados; demostrar la imputabilidad del sujeto partícipe de la banda criminal. Toda persona mayor de dieciocho años, poseedor del mínimo de salud y desarrollo mentales para poder autodeterminarse, es capaz de ser culpable en el delito que nos ocupa.

- LA CULPABILIDAD -

La culpabilidad es un elemento básico del delito, denominado por algunos, elemento subjetivo. En torno a la naturaleza de este elemento del delito, se han elaborado dos importantes teorías: la psicológica y la normativa; se hace indispensable pues, adentrarnos al estudio de ambas corrientes del pensamiento penal.

La teoría psicológica de la culpabilidad afirma que para integrar ésta, es necesario comprobar un nexo de carácter psíquico entre el acto y su autor. De esta manera la culpabilidad radica en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor de una conducta típica y antijurídica, dando por supuesta la imputabilidad.

Castellanos Iena concibe la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. (1)

1.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. Ed. México 1969, Editorial Porrúa, S.A. pág. 222.

Por su parte Ignacio Villalobos estima que la culpabilidad no consiste en la reprochabilidad sino en la actitud psicológica del sujeto; es el desprecio del individuo por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio manifestado por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. (1)

El discutido maestro y gran jurista Celestino Porte Petit, afirma que la culpabilidad con base psicológica "consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres; de la conducta y del resultado; y el segundo, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta". (2)

El Código Penal Mexicano, parece captar la teoría psicológica de la culpabilidad, cuando dice en su artículo 8 que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia.

Los normativistas por su lado, estiman que la culpabilidad radica en un juicio de reproche que se dirige al sujeto por haber obrado contrariamente en lo dispuesto en la norma.

Jiménez de Asúa, dice que es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (3)

- 1.- Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2a. Ed. 1960, pág.-272.
- 2.- Celestino Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, pág. 49.
- 3.- La Ley y el Delito, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1957, pág. 10 y sig.

La culpabilidad, normativamente considerada afirma Luis-Fernández Doblado, no es solamente una liga psicológica entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del sujeto; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico; considerada como reprochabilidad de la conducta del individuo al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. (1)

Carlos Fontan Balestra, critica la concepción normativa de la culpabilidad, pues según dice, afirmar que la culpabilidad es un juicio de reproche equivale a sostener que el agua no es sólo oxígeno, sino también hidrógeno, lo cual es verdad, dice, mas no es dable pasar de ahí a la afirmación de que el agua es hidrógeno; del mismo modo, continúa el mismo autor, cuando se expresa que la culpabilidad no es únicamente una relación psicológica, sino también una actitud reprochable no puede censurarse; pero de ello llegar a sostener que la culpabilidad es un juicio de reproche, significa reemplazar el objeto valorado por el juicio de valor, "la culpabilidad es una actitud subjetiva reprochable, pero no el reproche de una actitud subjetiva". (2)

Si hemos afirmado que la culpabilidad constituye el elemento subjetivo del delito, no podemos menos que afiliarnos a la doctrina psicológica de la culpabilidad. Para esta concepción que analiza el nexo psíquico que media entre su autor y el resultado, supone la integración de los demás elementos del delito, conducta, tipicidad y antijuricidad y por esta razón no se preocupa de formular un juicio de valor, es to es, de reprocharle al individuo una conducta diversa a la realizada, pues como hemos afirmado en párrafos anteriores, esta ponderación surge al analizar la antijuricidad, o sea la oposición de los valores jurídicamente tutelados.

(1) Cfr. Culpabilidad y Error, México, 1950, pág. 27.

(2) Cfr. El Elemento Subjetivo del Delito, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 10 y sig.

ESPECIES DE CULPABILIDAD.- Don son las formas que puede-revestir la culpabilidad: el dolo y la culpa.

EL DOLO.- Miguel Garcilópez lo define como la consciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en con-tradicción con la norma penal. (1)

Luis Jiménez de Asúa lo estima como la producción de un-resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta-el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y-del curso esencial de la relación de causalidad existente en-tre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del-resultado que se quiere o ratifica. (2)

Giuseppe Maggiore, lo considera como la intención de cau-sar un hecho antijurídico. (3)

Para Fernando Castellanos Tena el dolo consiste en el — actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. (4)

El anteproyecto de Código Penal del año de 1958, expresa en su artículo 8º que son dolosos los delitos no solamente — cuando se quiere o acepta el resultado sino lo necesariamente unido al querer del agente.

El proyecto de Código Penal Tipo de 1963 expresa en su-artículo 12, que el delito es doloso, cuando el agente quie-

- 1.- Derecho Penal, parte general, 1a. ed. Madrid, 1940, pág. 142.
- 2.- La Ley y el Delito, Ed. Hermes, B. Aires, 1954, págs. 392 y 393.
- 3.- Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1954, T. I. pág. 576.
- 4.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. ed., Méxi-co, 1969, pág. 228.

re o acepta el resultado, o cuando éste es consecuencia necesariamente unida a la conducta realizada.

Por su parte nuestra Ley Penal no define el dolo, sino solamente hace alusión a él, cuando clasifica los delitos en intencionales y de imprudencia.

ESPECIES DE DOLO.- Suele hablarse en la doctrina de dolo directo, indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado y de consecuencia necesaria. Por nuestra parte solamente mencionaremos las clasificaciones más usuales.

DOLO DIRECTO.- Cuando el resultado producido voluntariamente por el agente concuerda con la intención que tuvo para producirlo.

DOLO EVENTUAL.- Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

Dolo Indeterminado.- Si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

De consecuencia necesaria.- Es aquél en el que el agente no desea ni tiene la intención de realizar el resultado, pero si éste se encuentra inexorablemente unido a otro que sí quiere, al realizarlo tiene el agente que aceptar las consecuencias del primer resultado que no quiere, que no desea, -

LA CULPA.- Para Edmundo Mezger actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumba y puede prever la aparición del resultado. (1) Para Ricardo C. L. Cfr. Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1949, t. II, pág. 171.

Núñez es una omisión de cuidado en el obrar o en el omitir, - porque sin la inobservancia de un deber que lo prohíba, el - descuido no es reprochable. (1)

Según Eusebio Gómez, un delito es culposo cuando el re-
sultado determinante de la acción no ha sido previsto ni que-
rido por quien lo realiza sin la intención de producir lesión
jurídica alguna; ese resultado deriva de la imprudencia, ne-
gligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, -
órdenes, deberes o disciplinas; entre la acción u omisión -
del autor debe mediar, necesariamente una relación directa.-
(2)

El artículo 13 del Proyecto de Código Penal tipo define-
el delito culposo, cuando habiéndose previsto el resultado, -
se confió qu eno se produciría, cuando no se previó siendo-
previsible, o cuando se causó por impericia o ineptitud.

A nuestro entender, existe culpa (imprudencia, según la-
terminología empleada en el Código de 1931), si el sujeto -
obra u omite sin tomar en cuenta las providencias indispensa-
bles para no lesionar a los demás, más el resultado previsi-
ble y penalmente tipificado, adviene por su conducta descui-
dada.

Diversas Especies de Culpa.- Dos son las especies princi-
pales de la culpa: consciente, con previsión o con represen-
tación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

- 1.- Derecho Penal Argentino, Ed. Omeba, Buenos Aires, s/f,
t. II. pág. 75.
- 2.- Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1939, t. I. pág.
447.

La culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible. Es pues, - una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, - pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

En el artículo 8° de nuestro Código Penal, se hace alusión a la culpa empleando el vocablo imprudencia, término que tan sólo abarca una especie de aquélla.

Respecto a la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin, es opinión de los doctos que existe - cuando el resultado sobrepasa a la intención del agente.

Dice textualmente el artículo 14 del Proyecto de Código Penal Tipo: El delito es preterintencional, cuando se produce un resultado mayor al querido o aceptado, si aquél no fué - previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, - se confió en que no se produciría.

Nosotros creemos que dicha forma de culpabilidad no se encuentra regulada en la ley penalmexicana, puesto que el artículo 8° sólo habla de delitos intencionales e imprudenciales (culposos) y cuando en la fracción segunda del artículo 9° dice que existe presunción de intencionalidad, aunque - el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u - omisión en que consistió el delito, sólo está haciendo - alusión al dolo de consecuencias necesarias.

Por otra parte, se afirma que en el delito preterintencional hay dolo respecto del resultado querido y culpa respec

to del resultado producido. Postura ésta que no comportamos, en virtud de que el dolo y la culpa son formas antitéticas - que se excluyen recíprocamente, y por lo tanto no es posible que converjan respecto a una misma conducta.

Sin embargo hay autores como el Maestro Porte Petit y Ricardo Franco Guzmán entre nosotros, que aceptan la preterintencionalidad. Este último dice que sí es posible hablar de delito preterintencional; si cuando el agente queriendo obtener un resultado determinado produce uno más grave. (1)

Ahora bien, atento a lo dispuesto en el artículo 164 del Ordenamiento Penal, aparece la culpabilidad a título doloso y nunca culposamente: participar en una asociación o banda - de tres o más personas, "organizada para delinquir...." Si - el propósito de los asociados es por fuerza de naturaleza - delictiva, indiscutiblemente el tipo en cuestión rechaza la comisión culposa.

1.- La Culpabilidad y su Aspecto Negativo, Criminalia XXII, - México, 1956, Noº 2, págs. 458 y 463.

CAPITULO IV

ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA. -

- 1.- Ausencia de conducta.-
- 2.- Atipicidad.
- 3.- Causas de Licitud.
- 4.- Causas de Inimputabilidad.-
- 5.- Causas de Inculpabilidad.

AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA.— Si falta la conducta no emerge el delito, así sea en los casos en los cuales el elemento objetivo se constituye por un hecho, pues éste, lo hemos dicho en otra parte, se integra por la conducta, el resultado y el nexo causal.

En función de las causas impositivas del actuar o del abstenerse, nunca aparece el comportamiento; propiamente no se excluye o elimina, sino que no nace y, consecuentemente, tampoco surge en ningún momento el delito, empero, en ocasiones las apariencias hacen suponer la existencia de la conducta cuando en realidad ha estado ausente. Cualquier factor capaz de anular la actuación o la inactividad voluntarias del hombre será eficaz para establecer la inexistencia del delito por falta de conducta, aún cuando la ley no lo diga en forma expresa.

Como excluyentes de responsabilidad por falta de conducta, la ley señala la vis absoluta en la fracción I del artículo 15; en esa misma fracción se enmarca la vis maior o fuerza mayor, ya que la ley solamente habla de fuerza física exterior irresistible sin distinguir si dicha fuerza proviene del hombre o de la naturaleza. De naturaleza suprallegal se citan las siguientes causas: sueño, hipnotismo, sonambulismo y movimientos reflejos, porque en estos casos el individuo propiamente no actúa en forma voluntaria al ejecutar el acto o al abstenerse de obrar.

Quien realiza un movimiento o deja de ejecutarlo impulsado por una irresistible fuerza física que le es ajena, ya provenga de otro individuo (vis absoluta) o de la naturaleza (vis maior), no verifica una conducta; es, como dice Joaquín Francisco Pacheco, mero instrumento, tan inocente como la espada misma de la cual un asesino se valiera. (1)

1. Cfr. El Código Penal Concordado y Comentado, 4a. ed., 1879, t. I, pág. 171.

Dice el maestro Celestino Porte Petit: "El Código Mexicano no innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula nullum crimen sine actione". (1)

En el sueño, en el hipnotismo y en el sonambulismo, se hallan ausentes las fuerzas inhibitorias y suprimida, como dice Pavón Vasconcelos, la conciencia del sujeto. (2)

Un movimiento reflejo tampoco permite la aparición de la conducta en razón de su involuntariedad; sin embargo, debe recordarse la autorizada opinión de ENRICO ALTAVILLA, en el sentido de que aún en los actos reflejos es dable la conformación del delito cuando el agente, antes del surgimiento del movimiento, estuvo en condiciones de retardarlo un instante suficiente para evitar los resultados típicamente antijurídicos. (3)

Fuera de estos casos de excepción, los movimientos reflejos impiden la integración del delito por falta del elemento objetivo.

A la luz de estos apuntamientos, analicemos ahora la posible operancia de la vis absoluta y la vis maior en el delito de asociación delictuosa. Como no estamos frente a la vis compulsiva (fuerza moral), sino precisamente ante la energía física, nos parece difícil poder imaginar alguna hipótesis en la cual un sujeto, no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho, tome participación en una banda de tres o más

1. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. pág. 35.

2. Cfr. Apuntes de Derecho Penal, ed. mimeográfica, México, 1959.

3. Cfr. La Culpa, Bogotá, 1956, pág. 86.

personas organizada con el fin de delinquir; no bastaría el hecho de penetrar, por ejemplo, mediante la fuerza, al local en donde estuvieran reuniéndose los demás individuos para organizar la societas sceleris, sería indispensable el ánimo de ser miembro de la asociación, en una palabra, constituirse en socio y ello no es dable por la fuerza física o por la fuerza mayor, sí en cambio por la vis moral, la que viene a constituir una causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta como portunamente veremos.

Las mismas razones enunciadas en el párrafo antecedente, son operantes con referencia a los movimientos reflejos; éstos en consecuencia, no funcionan como eliminatorios de la conducta en el caso que nos ocupa.

Sería posible admitir que un individuo bajo el hipnotismo, el sonambulismo o la embriaguez del sueño, participara en una asociación destinada a cometer delitos; entonces el comportamiento sólo sería aparente, no real, y por ende, el delito no se configuraría.

AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.- Hemos considerado que para la existencia del delito, es necesario que haya tipicidad, de tal manera que nos encontramos frente al aspecto negativo de esta relación conceptual, en el caso supuesto que cuando no haya una adecuación de la conducta o hecho, a la hipótesis legislativa.

Se distingue en la doctrina entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad. Así se afirma que el primer caso existe cuando la ley no describe una conducta o hecho como delictivo, en tanto que el segundo se da, cuando existiendo el tipo, la conducta no se amolda a él. Nosotros nos adherimos sin reservas, al pensamiento de Fernando Castellanos Tena, cuando dice que en realidad en toda atipicidad hay falta de tipo, pues si la conducta no se amolda de modo exacto, con la deg-

cripción en abstracto hecha en la ley, significa que respecto de tal comportamiento específico no existe tipo.

Los estudiosos señalan como causas de atipicidad las siguientes:

I.- La falta de calidad requerida por el tipo legal, en cuanto a los sujetos activo y pasivo. Algunas veces el legislador establece la necesidad de que el sujeto activo, el pasivo o ambos, reúnan determinadas condiciones, como ocurre, por ejemplo, en el delito de incesto, en el que el concubito venéreo debe realizarse entre ascendientes y descendientes; así mismo como lo establecido en el artículo 325, que al definir el infanticidio exige que la muerte del niño, dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, sea causada por alguno de sus ascendientes consanguíneos, de tal manera que sólo quienes reúnan tal calidad tendrán carácter de sujetos activos del delito.

II.- La ausencia del objeto material o jurídico tutelado en el precepto legislativo. Las referencias al objeto material en los tipos penales son frecuentes: sellos, marcas, punzones, cuños, moneda, billetes de banco, cosa ajena mueble. Por lo que se refiere al objeto jurídico su ausencia también impide la configuración del delito, como cuando el agente trata de privar de la vida a una persona que ya no la tiene.

III.- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo. La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de tal suerte que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. Como sucede cuando el legislador exige que el comportamiento se realice (en despoblado o en paraje solitario), artículo 286; (en lugar cerrado), artículo 381; (en casa habitada), artículo 381 bis.

IV.- Cuando no se realice el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley. El legislador exige a veces que el agente utilice, para poder delinquir, medios concretos, específicos, determinados, Tal ocurre, por ejemplo, en los cuales se necesita emplear la violencia física o moral, la furtividad o el engaño.

V.- Por faltar los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; estos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Así se elude a los conceptos: "a sabiendas", "con el propósito", como lo establecido por los artículos 199 bis y 277 fracción III.

VI.- Por no presentarse en su caso, la antijuricidad especial. Como sucede en el delito de allanamiento de morada, previsto en el artículo 285 del Código Penal, al señalar que el comportamiento se efectúe "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la ley lo permita".

LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA.- En repetidas ocasiones hemos dicho que cuando la conducta o el hecho, no se ajustan a la hipótesis legal, opera una atipicidad. Ahora bien la atipicidad en realidad, constituye una falta de tipo respecto al caso concreto, como acertadamente a nuestro juicio, señala Castellanos Tena, aunque en la doctrina dichos temas son todavía materia de controversia. Por lo tanto la falta de adecuación del comportamiento a la descripción del artículo 164 del Ordenamiento penal, impide la configuración del delito por atipicidad.

En el delito materia de análisis, las causas de atipicidad son muy raras, por tratarse en primer lugar, de un delito de mero peligro abstracto y en segundo lugar porque la ley no señala medios comisivos, pues cualquier forma de

participación en la *societas scleris* es eficaz para colmar la descripción del artículo 164, ya que el hecho mismo de participar en una organización con las características requeridas, llena el aludido tipo, independientemente del medio usado por el socio.

Ahora bien el objeto jurídico siempre existe: la seguridad pública. Por lo que solamente podemos anotar como causa específica de atipicidad, la falta del número de personas requerido, por tratarse como antes ha quedado asentado, de un delito plurisubjetivo.

Por otra parte, no escapa a nuestra consideración que el requisito relativo a la participación en la asociación organizada para delinquir, lleva aparejado un elemento subjetivo del injusto, pero como es indispensable que el asociado tenga consciencia de ser miembro de la *societas scleris*, la no participación la encuadramos en la inculpabilidad como posteriormente se verá y no en la atipicidad.

LAS CAUSAS DE LICITUD.-- Las causas de licitud o de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad en presencia de ellas la conducta o hecho realizados con conforme a derecho.

Para Porte Petit, existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés son conforme a derecho.

Para Porte Petit, existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante.

Como lo antijurídico lo establece la ley expresamente en los tipos penales, su eliminación sólo puede hacerla, en con

secuencia, la propia ley, de aquí que no puedan existir eximentes de antijuricidad supraleales. Nuestra legislación recoge como causas de licitud las siguientes: La legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado), el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignados en la ley y el impedimento legítimo.

LEGITIMA DEFENSA.- Jiménez de Asúa, lo considera como la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios empleados para impedir la o repelerla. (1)

Celestino Porte Petit, escribe: "Se puede definir esta causa de justificación como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente". (2)

La fracción III de nuestro artículo 15, preceptúa: "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente...."

Resumiendo podemos afirmar que la legítima defensa, constituye una causa de justificación, eliminatoria de la antijuricidad de la conducta típica; en función de ella el sujeto no delinque, actúa de conformidad con la ley al estar facultado por ésta.

1. Cfr. la Ley y el Delito, Ed. Hermes, B. Aires, 1954, pág. 311.
2. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Ed. Jurídica Mexicana; la. Edición, 1969, pág. 501.

EL ESTADO DE NECESIDAD.— Estamos frente al estado de necesidad cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.

De acuerdo con la valía de los bienes en conflicto, se pueden distinguir tres diversas hipótesis; pero solamente — cuando el bien sacrificado es inferior al salvado, se estará en presencia de una causa de inculpabilidad o de impunidad;— cuando el bien salvado es inferior al sacrificado se integra el delito.

Algunas leyes romanas como la "Aquilea" y la "Rodia de Jactu", se refirieron a estados de necesidad, autorizando — los daños a la casa vecina como medio para salvar la propia, así como la pérdida de la mercadería, mediante su abandono — en el mar, cuando se trataba de evitar el naufragio del barco. (1)

El Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, se refiere a bienes de igual o de menor valor, estableciendo en su artículo 23 fracción V, que es causa excluyente de incriminación: "Obrar por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro grave, actual o inminente, no ocasionado por el agente, lesionándose otro bien jurídico de igual o menor valor, siempre que la conducta sea proporcionada al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

La ley, en la fracción IV del artículo 15, erige un excluyente de responsabilidad: "La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista — otro medio practicable y menos perjudicial".

(1) Federico Puig Peña, Derecho Penal, t. 1, 1955, p. 407.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.— Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen, de ordinario, situaciones prohibidas, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención) mas cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho—adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal.

Estas justificantes, se fundan en el principio de la preponderancia de intereses, y se explican suficientemente, si tenemos en cuenta que una conducta no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida de tal forma que dos normas contradictorias entre sí, no pueden ambas ser válidas; por ende, el Derecho está más interesado en que los destinatarios de la norma, cumplan sus deberes y ejerciten sus facultades a pesar de la excepcional posibilidad de que, al hacerlo, cometen algún tipo penal.

El Código de 1931 en su artículo 15, fracción V dice: — "Obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley".

EL IMPEDIMENTO LEGITIMO.— El impedimento legitimo se encuentra consagrado en el artículo 15 fracción VIII: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legitimo". En este caso, la conducta enjuiciada será siempre omisiva, pues solo las normas preceptivas, cuya violación se origina en una omisión, imponen un deber jurídico de obrar. El impedimento, cuando deriva de la propia ley, está legitimado y por esa razón la omisión típica no es antijurídica.

LAS CAUSAS DE LICITUD EN EL ARTICULO 164.— Después del análisis somero de las causas de justificación o de licitud, toca ahora contemplar éstas referidas concretamente al delito de asociación delictuosa. Por lo que se refiere a la defensa legitima es difícil pensar en el caso de que un sujeto,

a fin de repeler una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente para sí o para un tercero, tenga que hacerse socio de una banda organizada con el exclusivo propósito de llevar a cabo delitos; en consecuencia, queda descartada, en la especie, dicha justificante.

El estado de necesidad, tampoco se presenta, pues para que esta justificante opere se requiere que el individuo se encuentre ante la existencia de un peligro inminente, situación que por la inmediatez, actualidad que reviste, no permite lógicamente a que el sujeto tenga tiempo de entrar a formar parte de una asociación para delinquir, como medio para resolver la situación de peligro en que se encuentre, ya que por inminente debemos entender, "lo que está por suceder prontamente", sin perder de vista, de que la ley exige además, para la operancia de esta justificante, la no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

No se nos viene a la mente, ninguna hipótesis en la cual, para cumplir un deber, la persona se vea precisada a figurar como miembro de una asociación delictuosa; menos aún para ejercer una facultad conferida legalmente.

Tenemos que proscribir en el delito objeto de nuestro estudio, la justificación por legítimo impedimento, el cual entraña una conducta omisiva y el tipo delictivo a estudio esencialmente de actividad, nunca omisivo.

- LA INIMPUTABILIDAD -

Si la imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capaciten para responder del mismo, su aspecto negativo la inimputabilidad queda circunscrita a todas aquellas condiciones reveladoras de que el sujeto carece de facultades de juicio y decisión.

Tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto - las excluyentes legales como las llamadas supralegales. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal, son a nuestro entender, las siguientes:

I.- Estados de inconsciencia (permanentes y transitorios)

II.- El miedo grave.

III.- La sordomudez.

La ley positiva vigente, dispone en el artículo 68: "Los locos, idiotas, imbeciles, a los que sufran cualquier otra - debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecu - tado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluídos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, - con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. - En igual forma procederá el juez con los procesados o condena - dos que enloquezcan".

Indudablemente los casos planteados por el precepto son - de ausencia de imputabilidad; sin embargo, el Código Penal - sólo se refiere a los trastornos mentales transitorios para excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones - ejecutan hechos típicos del Derecho Penal. CENICEROS y GARRI - DO, en la Ley Penal Mexicana, después de referirse a las so - luciones apuntadas en las escuelas clásica y positiva, con - relación a los enfermos, así como señalar los inconvenientes de adoptar una u otra, en razón del impedimento constituido - por nuestro sistema constitucional, terminan por aceptar, - como la "menos mala", a la adoptada por el legislador de - 1929, esto es, la de la "responsabilidad social". No obstan - te tal afirmación, cabe reflexionar si, como la pretendieron los autores de la ley, efectivamente existe dicha responsabi - lidad social. Declarar de plano la inimputabilidad de los - enajenados y retrasados mentales (trastornos mentales perma-

nentes) no equivale a desatenderse socialmente de ellos, —
 pues existe la posibilidad de la imposición de restricciones
 tales como la internación en establecimientos adecuados para
 su vigilancia y curación como auténticas medidas de seguri—
 dad, cuya naturaleza es bien diversa a la de las sanciones —
 penales. Lo que se evidencia cuando el maestro Villalobos —
 afirma: "Basta leer la declaración categórica del artículo —
 8, sobre que los delitos son intencionales o de imprudencia,
 y recordar las nociones unánimemente admitidas respecto del—
 dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alie—
 nado, aún cuando sean típicamente antijurídicos, no constitu—
 yen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; todo
demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad
penal (aún cuando su excluyente sea supralegal); y solo cabe
aplicarle medidas de seguridad y no penas. Sin esta interpre
tación; si el hecho de todo demente se tuviera como delito y
la reclusión de los enfermos se equipararse a las penas, no-
podría tal medida tener una duración indeterminada, por pro-
hibirlo nuestra Constitución Federal...." (1)

Para nosotros el artículo 68 contempla un verdadero caso
 de inimputabilidad, aún cuando los efectos de la aplicación—
 de tal dispositivo son distintos a la de los casos compendi—
 dos en el artículo 15, pues mientras los trastornados menta—
 les transitorios no quedan sujetos a ningún tratamiento, ni—
 tampoco quienes sufren miedo grave, sí, en cambio, los enfer—
 mos mentales permanentes.

Por lo que hace a los trastornos mentales transitorios,—
 nuestro Código Penal dentro del cuadro de las excluyentes de
 responsabilidad concretamente en el artículo 15, fracción II,
 se refiere a ellos cuando dice: "Hallarse el acusado, al co
meter la infracción, en un estado de inconsciencia de sus ac
tos, determinado por el empleo accidental e involuntario de

1. Derecho Penal Mexicano, pág. 404 y sig. 2a. Edic. Porrúa,
 1960.

substancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

Los comentarios de los intérpretes del Código, respecto a la citada excluyente, precisan cuales son los trastornos de carácter transitorio, distinguiendo, como lo hace Carrancá y Trujillo, entre los estados: a) producidos por la ingestión de substancias embriagantes, tóxicas o enervantes; b) toxinfeciosas, y c) crepusculares de mayor o menor duración e intensidad y transitorios, con base histérica, epiléptica, neuropática, etc., y de desmayo. Según lo considera el autor citado, todos esos estados son trastornos mentales transitorios, de naturaleza patológica, motivados por causas involuntarias y accidentales, lo cual elimina la imputabilidad del autor por carecer éste, al cometer el hecho, de la capacidad de entendimiento y de voluntad.

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad: "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor...."

En la fracción transcrita se habla de miedo grave y de fundado temor, que técnicamente no se identifican. El miedo grave al decir de los doctos, constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad.

Miedo, al decir de Carrancá y Trujillo, es la perturbación angustiada del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación. Si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de la voluntad, constituye indudablemente una causa de inimputabilidad.

Con relación a los sordomudos, el artículo 67 de la ley-

dispone: "A los sordomudos que contravengan los preceptos - de una ley penal, se les recluirá en escuelas o establecimientos especiales para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción". A pesar de la redacción del precepto en donde parece que los sordomudos son "socialmente responsables", consideramos que de los términos del mismo dispositivo dedúcese la inimputabilidad de quienes carecen del oído y la palabra, porque no se les aplica penas, sino medidas educacionales.

También suele invocarse como excluyente de imputabilidad la minoría de edad. Desde un punto de vista dogmático, esto es, estrictamente legal, indudablemente los menores de dieciocho años son inimputables a virtud de ser imposible aplicarles la ley penal, pero en el terreno doctrinario pueden ser perfectamente capaces de entender y querer, a no ser de que se trate de sujetos de tierna edad.

- LA INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA -

En el delito que nos ocupa para la integración de la culpabilidad es necesario, demostrar la imputabilidad del sujeto partícipe de la banda criminal. Todo individuo (mayor de dieciocho años) con sana psíquica, poseedor del mínimo de salud y desarrollo mentales para poder autodeterminarse, es capaz de culpabilidad en el delito que nos ocupa. De tal suerte que sólo operando algún factor suficientemente idóneo para anular la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) impedirá el nacimiento del delito. En la especie es dable admitir como causas de inimputabilidad y, por ende, excluyentes de responsabilidad, los estados de inconsciencia transitorios a que se refiere la fracción II del artículo 15 del Código Penal. Un sujeto, bajo el influjo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, accidental e involuntariamente empleadas, puede constituirse en miembro de una sociedad organizada para delinquir. Sin embargo, surge el problema, --

en el ejemplo, de la falta de permanencia de la agrupación, - pues evidentemente el individuo, al recuperar la consciencia de sus actos, dejará de pertenecer al grupo, Lo mismo se puede afirmar respecto a los enajenados mentales permanentes y a quienes se encuentran bajo una situación de miedo grave.

Tratándose de anomalías mentales transitorias y con los requisitos exigidos por la ley (de que el empleo de enervantes, sustancias tóxicas, etc., sea en forma accidental e involuntaria), se desintegra el delito y el sujeto se halla amparado por una causa excluyente de responsabilidad; en cambio, en función de los trastornos mentales permanentes, quedará sujeto a tratamientos en manicomios o departamentos especiales por todo el tiempo necesario para recobrar la salud.

Además de las causas de inimputabilidad señaladas, resulta eficaz para anular la capacidad de culpabilidad cualquier factor adecuado, así sea de naturaleza suprallegal.

- LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA -

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas -- que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología según expresión de JIMENEZ DE ASUA.

Llenan el campo de la inculpabilidad, el error y la no exigibilidad de otra conducta. 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, Es una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación.

La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, -- la carencia de toda noción sobre una cosa. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha manifestado que "el hecho de

que no se consigne en el catálogo de las excluyentes, la ausencia de culpabilidad como circunstancia que impide la incriminación, no significa que eno pueda dictarse sentencia absolutoria, pues, sin necesidad de crear la excepción mediante la correcta interpretación del artículo 8º del Código Penal, puede dictarse sentencia absolutoria partiendo del principio que del mismo se desprende, y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito". (1)

El error se divide en error de hecho y de Derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca: aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El error de Derecho no produce efectos de eximente, por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación; en tal virtud, únicamente nos ocuparemos del error de hecho esencial que es el único que puede anular la culpabilidad.

Porte Petit, escribe: "El error esencial de hecho para tener efectos eximentes 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 anti jurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la anti juridicidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo". (2)

1. Boletín de Información Judicial. t. XI, pág. 648.
2. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 52.

Luis Jiménez de Asúa, afirma que: "El error de hecho es el más característico motivo de inculpabilidad, que los códigos reconocen y en muchos de ellos se deriva de la interpretación sistemática puesto que no mencionan el error como — causa eximente". (1)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: — "La culpabilidad como proceso psicológico reprochable, entraña la presencia del dolo o de la culpa. Como el dolo es — voluntad del resultado y conciencia de la antijuricidad de — la acción, no puede afirmarse que se e dé, si es que en el — sujeto existe un error invencible que impida la conciencia de la antijuricidad del acto". (2)

La no exigibilidad de otra conducta, viene a constituir otro de los aspectos de la inculpabilidad. Su concepto aún — no ha sido precisado en la doctrina, pero puede afirmarse — que estamos en presencia de ella, cuando la realización de — un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación espe — cialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento.

Edmundo Mezger la define de la siguiente manera: "No — procede culpablemente el autor si se admite conforme a dere — cho, que en las circunstancias del caso particular, no se le puede exigir otra forma de actuar". (3)

En el delito a estudio puede pensarse en la posibilidad del error esencial de hecho, invencible. Un sujeto, v.gr., — se hace admitir como miembro de una agrupación de criminales que ha sido instituida con el exclusivo propósito de delin — quir, mas creyó por error de consideración, que se trataba — de una asociación con fines ilícitos; seguramente no delin —

1. La ley y el delito, pág. 430, 2a. Ed. 1954.
2. Boletín de Información Judicial, t. X, pág. 66.
3. Edmundo Mezger, Derecho Penal, parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina 1958, pág. 272.

que a pesar de considerarse él mismo miembro del grupo.

En el caso de que un inferior, desconociendo a virtud de insuperable error la ilicitud del mandato superior, se hace miembro de la *societas scleris*, funcionaría una causa de inculpabilidad.

En cuanto a la inculpabilidad por no exigibilidad de — otra conducta, tal vez sea dable en el delito de asociación delictuosa en los casos de temor fundado e irresistible de — un mal inminente y grave en la persona del miembro de la *societas scleris*. Si a una persona que no tiene el menor propósito de formar parte de una banda criminal, se le amenaza — seriamente con causarle graves daños a ella o a sus seres — queridos, a menos que forme parte de la agrupación, al aceptarlo, bajo los efectos de tal situación, evidentemente carece de culpabilidad; su conducta no es reprochable por que el Estado no puede exigirle un comportamiento diverso.

-TESIS SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NA-
CION -

Después de haber hecho, en los capítulos precedentes, - un estudio dogmático del delito de asociación delictuosa, - creemos conveniente transcribir algunas de las más importantes tesis sustentadas por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"ASOCIACION DELICTUOSA": Conforme al artículo 164 del Código Penal del Distrito, el delito de asociación delictuosa se integra al tomar participación de una banda, tres o más personas, cuando aquélla está organizada para delinquir; pues según lo expresa la Jurisprudencia de la Suprema Corte se requiere un régimen determinado con el fin de estar delinquiendo y aceptando previamente por los componentes del grupo o banda, es decir, debe existir jerarquía entre los miembros que la forman, con el reconocimiento de la autoridad sobre ellos, del que manda, quien tiene medios o manera de imponer su voluntad; este delito difiere esencialmente de la participación múltiple o coparticipación en la realización de un hecho antijurídico, porque en este supuesto, aunque las infracciones se repitan, surgen de momento, pero quedan aisladas una de otra; y en el caso de la asociación, el propósito de delinquir persiste en los miembros de la banda que se despliegan a las decisiones del jefe; y si uno de los acusados acudió al sitio en donde se pretendía cometer el delito, su responsabilidad surge por el acuerdo previo de entre él y los demás copartícipes, pues la presencia de ellos refleja la actitud intimidatoria asumida por todos y encaminada a lograr los propósitos ilegales". Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Volumen LXXV, Página 8762.

"ASOCIACIONES DELICTUOSAS": Los elementos constitutivos del delito de asociación delictuosa son: que se prueba plenamente el hecho de que el inculcado, mediante un acuerdo previo, forma parte de una banda; que esa banda o asociación -

está integrada por lo menos por tres personas: que está organizada, esto es, tenga un carácter más o menos permanente — con régimen establecido de antemano, con el fin de ejecutar actos delictuosos y con una jerarquía". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen, XL, la. Sala, México 1960, pág. 16.

"ASOCIACIONES DELICTUOSAS": La autoridad responsable, procedió con acertado criterio jurídico, al declarar al reo culpable del delito de asociación delictuosa ya que según su confesión y la de los demás coparticipes, se organizó una banda para delinquir, en la que se designaron jefes, teniendo los demás participes señalada la actividad que debían desplegar al cometerse los robos, de tal manera, que en la especie resultaba perfecta la organización de la banda, ya que bajo la dirección de sus jefes concebían el delito, conviniendo en el procedimiento que habían de seguir para lograr su propósito delictivo, distribuyéndose las funciones dentro de una innegable jerarquía en la que había jefes o subordinados, — pues ya se sabe que tales circunstancias caracterizan el delito de asociación delictuosa". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XLI, la. Sala, México, 1960, — Pág. 11.

"ASOCIACIONES DELICTUOSAS: Si con anterioridad a los hechos que motivaron su procesamiento, los acusados se habían dedicado a robar, comandados o jefaturados por uno de ellos, quien se encargaba de repartir entre los miembros de la banda, el dinero obtenido, debe concluirse que el delito de asociación delictuosa quedó debidamente integrado". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XIV, la. Sala, México 1960, pág. 57.

"ASOCIACIONES DELICTUOSAS: Si dos personas se asociaron con el reo, para cometer robos en los automóviles que se encontraban estacionados, y en esa asociación o unión, que tenía un carácter de estabilidad y permanencia aparece como director a quien se entregaban los objetos robados y repartían las utilidades; el citado reo, la sentencia reclamada que condenó a los acusados por el delito de asociación delictuosa, es legal y no violatoria de garantías". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XXXIV, la. Sala, México, 1960, pág. 12.

CONCLUSIONES

I.- De los diferentes sistemas que se ocupan del estudio del delito, es el de la teoría atomizadora, el que consideramos el más adecuado, ya que analiza con rigor científico el perfil intrínseco de cada uno de los componentes del ilícito penal sin perder de vista la unidad del mismo.

II.- De la teoría atomizadora estamos de acuerdo en considerar la postura tetratómica como la más acertada, admitiendo como elementos esenciales del delito la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

III.- Estamos concientes de que la descripción que nos da el Código Penal y las Leyes Penales Especiales, son tipos penales y no delitos, pues sabemos que el delito pertenece al mundo fáctico, ya que en tanto una conducta no se adecúa a lo preceptuado en el dispositivo legal, no habrá delito.

IV.- Al realizar el estudio del delito motivo de este ensayo, llegamos al convencimiento de que su redacción es confusa, por lo que proponemos sea reformada y se adopte la fórmula sintética que recoge el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

V.- Cuando abordamos el tema referente al bien jurídico tutelado, dijimos que el delito de asociación delictuosa se consuma por el simple hecho de tomar parte en la banda o asociación con independencia de que se cometan o no los delitos para cuya realización se forma, sin embargo, esta afirmación la hicimos con mucha reserva en razón de que siempre surgió el interrogante de cómo comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad cuando la conducta se limita a organizarse en una banda para delinquir pero sin haber cometido ningún delito en concreto; ya que ni tan siquiera nuestro delito objeto de estudio admite la tentativa.

VI.- No es necesaria la jerarquía para que el delito de asociación delictuosa se integre debidamente, pues de lo contrario el Código Penal señalaría de manera específica la jerarquía entre los miembros integrantes de la asociación y solo indica que comete el delito quien participa en una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir. En apoyo de nuestra opinión diremos que el mencionado ordenamiento no hace una distinción respecto a la aplicación de las sanciones, fijando para todos una sola, consistente en prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos. Si la jerarquía fuese elemento constitutivo, el legislador tendría que señalar diversas sanciones entre los organizadores y los simples partícipes.

VII.- El legislador mexicano ubica correctamente el delito de asociación delictuosa entre los delitos contra la seguridad pública, ya que ésta viene a ser la confianza social entre un orden de paz, nacido del equilibrio de los diversos bienes jurídicos y la existencia de sociedades constituidas expresamente para cometer delitos, causa gran alarma social.

VIII.- En orden a la conducta, nuestro delito se clasifica como de acción, conforme al resultado es formal o de resultado jurídico, permanente y de peligro. En orden al tipo se clasifica como básico o fundamental, autónomo e independiente, de formulación libre, simple y anormal, es plurisubjetivo y de concurso necesario.

IX.- El delito de asociación delictuosa puede cometerse únicamente en forma dolosa en razón de ser de predominante actividad.

X.- No opera la vis absoluta, ni la vis compulsiva; la atipicidad se presenta cuando no se reúne el número de personas que requiere el tipo; no existe ninguna causa de justificación, ni excusa absolutoria. Es posible admitir los estados de inconsciencia transitorios, el error de hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra conducta por fundado temor.

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

- ALTAVILLA, Enrico. La Culpa. Bogotá, 1956.
- ANTEQUERA, José María. Historia de la Legislación Romana, — Madrid, 1883, ed. V.
- ANTOLISEI, Francisco. Manual de Derecho Penal, parte general Uthea, Argentina, 1960.
- BLANCO Y ABURTO. Proyecto de Código Penal de Veracruz, Sección XIII, México 1835.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Ed. Robredo, 4a. ed. México, 1955, t.I.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, 6a. ed. — México, 1962. t. I.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado, 2a. ed. 1966.
- CARRARA, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal.— Ed. Temis, Buenos Aires, 1956, Vol. I, párrafo 21.
- CARRARA, Francisco. Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, parágrafo 193.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. La punibilidad y su ausencia, — Criminalía, pág. 415, XXVI, México, 1960.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, 1969.
- CAVALLO, Diritto Penale, parte general, Vol. II, Napoli, — 1955.
- CENICEROS Y GARRIDO. La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, 1934.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Especial, 9a. ed. t. IV Barcelona, 1952.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal, t. I, 12a. ed. Barcelona, 1956.
- DI BELLA, Vincenzo. Il reato di Associazione a delinquere. Torino. 1933.

- FRANCO GUZMAN, Ricardo. La Culpabilidad y su aspecto negativo, Criminalia XXII, México, 1956.
- GARCILOPEZ, Miguel. Derecho Penal, parte general, 1a. ed. - Madrid. 1940.
- GAROFALO, Rafael. Criminología, París, 1890, Capítulo I.
- GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1939 T. I.
- GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Argentina 1941, t. V.
- GOMEZ, Eusebio. Delitos contra la seguridad pública. Libro - 5o. pág. 225.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. 2a. ed. Ed. Hermes. 1954.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de Legislación Comparada, Vol. I. pág. 330.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, t. III, --- Buenos Aires, 1951.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad. Ed. Porrúa, México, - 1955.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Panorama del Delito, Imprenta Universitaria, México 1950.
- LA SCUOLA POSITIVA, 1925, 2a. parte pag. 341
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, t. I y II, Ed. Temis Bogotá, 1954.
- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid. 1955, trad: José Arturo-Rodríguez Muñoz.
- MONLAU, Pedro Felipe. Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, Madrid, 1881, 2a. ed. pags. 324 y 531.

- MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano, págs. 106 y 107.
- NUÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino, Ed. Omega, Buenos Aires s/f., t. II, pág. 75.
- ONECA, José. Derecho Penal, t. I, págs. 103 y 104, Madrid - 1949.
- PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado, 4a. ed. 1879, t. 1, pág. 171.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Apuntes de Derecho Penal, ed. mimeográfica, México, 1959.
- PESSINA. Elementi di Diritto Penale. Napoli, 1883, Vol. II - pag. 398.
- PORTE PETIT, Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, ed. mimeográfica, Méx. 1960, pag. 121.
- PORTE PETIT, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal, pág. 285, México, 1958.
- PORTE PETIT, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 49.
- PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal, t. I, p. 407, 1955.
- RECASENS SICHES, Luis. Vida Humana, Sociedad y Derecho, 2a. ed., México, 1945, pág. 38.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomos II y IV.
- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1960.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, II, p. 254, Ed.-
Reus, Madrid, 1927, Trad: Luis Jiménez de -
Asúa.

BOLETIN DE INFORMACION JUDICIAL.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

TRABAJOS DE REVISION DEL CODIGO PENAL DE 1871.

DIGESTO. PRIMERA PARTE, TITULO IV.

CODIGOS PENALES IBEROAMERICANOS.

DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

CODES ET LOIS USUELLES, PARIS 1873.

LOS CODIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y COMENTADOS.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917

CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA.