

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**



**ESTUDIO DEL DELITO DE FRAUDE  
TIPIFICADO EN LA FRACCION XIX DEL  
ARTICULO 387 DEL CODIGO PENAL**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A**

**SERGIO PLIEGO MALDONADO**

**MEXICO**

**1972**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 MI PADRE

A quien admiro y venero  
por su vida ejemplar  
llena de sacrificios y  
desvelos.

A MI MADRE

Con amor.  
Como muestra de su  
esfuerzo y abnegación.

A MIS HERMANOS

Con mucho cariño.

A BLANCA

Con cariño  
por su apoyo moral  
y espiritual.

A MIS CUÑADAS

A MIS TIOS Y PRIMOS

A MIS MAESTROS

Con todo mi respeto y  
agradecimiento por  
sus sabias enseñanzas.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS

A LOS SEÑORES LICENCIADOS

Don Fernando Castellanos Tena  
Don Pedro Hernández Silva

Con mi sincero agradecimiento por su  
inapreciable ayuda en este ensayo jurídico.

## S U M A R I O

### C A P I T U L O I EL DELITO EN GENERAL.

1. Concepto del delito.
2. Las escuelas que tratan del delito.
3. Teorías que estudian el delito.
4. La teoría aceptable.

### C A P I T U L O II EL PRESUPUESTO DEL DELITO Y LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL MISMO.

1. Breve explicación de la teoría de los presupuestos de Manzini.
2. El presupuesto en el delito a estudio.
3. El sujeto activo.
4. El sujeto pasivo.

### C A P I T U L O III LA CONDUCTA EN EL DELITO.

1. La conducta en el delito en general.
2. Formas de conducta.
3. La ausencia de conducta.
4. La conducta en el delito a estudio.

### C A P I T U L O IV LA TIPICIDAD

1. Noción del tipo penal.
2. Elementos del tipo.
3. Teoría de la tipicidad.
4. Elementos del tipo de delito a estudio.

5. La atipicidad.
6. La atipicidad en el delito a estudio.

## C A P I T U L O V

### LA ANTIJURIDICIDAD.

1. La antijuridicidad en general.
2. Las causas de justificación.
3. La antijuridicidad y las causas de justificación en el delito a estudio.

## C A P I T U L O VI

### LA CULPABILIDAD

1. La imputabilidad.
2. La culpabilidad en general.
3. Formas de la culpabilidad.
4. La culpabilidad en el delito a estudio.
5. La inculpabilidad en el delito a estudio.

CAPITULO I  
EL DELITO EN GENERAL

SUMARIO: 1. Concepto del delito. 2. Las Escue--  
las que tratan del delito. 3. Teorías  
que estudian el delito. 4. La teoría -  
aceptable.

1. La opinión unánime de los filólogos res-  
pecto al origen de la palabra "delito" consiste  
en afirmar que proviene de "delictum", supino -  
del verbo "delinquere", a su vez compuesto de -  
"linquere", que significa "dejar" y el prefijo -  
"de", los cuales en la connotación peyorativa -  
se toman como "linquere viam" o "rectam viam", -  
es decir, "dejar o abandonar el buen camino", -  
"apartarse del sendero señalado por la ley".

En general, consideramos como delito la con-  
ducta de una persona desaprobada por la comuni--  
dad en forma tal que la considera merecedora de  
una pena.

Muchos autores han tratado de formular una  
noción del delito en sí, en su esencia, una no--  
ción de tipo filosófico que sirva en cualquier -  
país para determinar si un hecho es o no delic--  
toso. Pero tales tentativas han sido infructuo

sas, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y el tiempo, aquélla ha de seguir forzosamente los cambios de éstos y, por consiguiente, es posible que lo sancionado como delito el día de ayer, se considere hoy días lícito y viceversa.

2. Sabemos que los seguidores de la Escuela Clásica elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí sólo nos referimos a la más conocida, la de Francisco Carrara, principal exponente de esta corriente doctrinaria, para quien el delito es: "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". 1/

Acerca de esta definición, el penalista español Luis Jiménez de Asúa, al igual que Carrara expresa que el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del derecho. Carrara llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio (o sea el abandono de la ley moral), ni con el pecado (violación de la ley divina), afirma su carácter de -

infracción a la ley del estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no consiste en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del estado, sino de la seguridad de los ciudadanos.

Carrara juzgó preciso anotar en su definición, que la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos, y también para significar que solamente el hombre puede ser sujeto activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política, y se añade la fórmula políticamente dañosa, para aclarar mejor la idea contenida en la definición en las palabras seguridad de los ciudadanos y que considere en que el delito debe perturbar moralmente en todos los ciudadanos la opinión de la seguridad, presentándose así el daño mediato además del inmediato. 2/

Sabemos que a la Escuela Clásica se opone - la Escuela Positiva, cuyos seguidores pretendieron demostrar que todo conocimiento científico - ha de basarse exclusivamente en la experiencia y en la observación. El pensamiento positivista - niega valor científico a toda conclusión que no se obtenga mediante un método inductivo de investigación científica.

Los positivistas trataron de demostrar que en la conducta humana todo funciona de la misma manera que en la naturaleza; es decir, la conducta del hombre no es más que el resultado de fuerzas que puedan observarse y experimentarse; en consecuencia, "el hombre carece de libertad de elección", 3/ entre las diferentes posibilidades que se le presenten, es decir, actúa sometido a las leyes fatales, forzosas, necesarias, de la misma manera que los fenómenos de la Naturaleza.

A tres grandes pensadores italianos se les considera como los principales evangelistas de - la Escuela Positiva, o sean: César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo.

César Lombroso, médico, afirmaba que el delito es la resultante del factor biológico, hereditario.

Enrique Ferri, abogado, fundador de la Sociología Criminal, afirmaba que lo que motiva el

comportamiento de los seres humanos es, fundamentalmente el medio social.

Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, consideraba que era posible definir al delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. 4/

Según este concepto, habría una delincuencia natural constituida por los ataques a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, y una delincuencia artificial que comprendería los demás delitos que no los ofenden, como los delitos contra la religión, contra el pudor, etc. Esta teoría ha sido justamente objeto de vivas críticas. 5/

Colajanni, 6/ Tarde, 7/ y otros criminalistas, han formulado definiciones análogas a la de Garófalo, que atribuyen al delito como carácter principal su oposición a las condiciones fundamentales de la vida social y se pugna con la moralidad media.

Pero estos autores que frente a los delitos naturales colocan la criminalidad artificial, no hacen más que reproducir la antigua distinción entre los delitos malos en sí, intrínsecamente inmorales (delicta mala in se) y los delitos que lo son por estar prohibidos por la ley positiva

(delicta mala quia prohibita).

Maggiore ha recogido modernamente el concepto del delito natural considerando la existencia del derecho natural como presupuesto indispensable para la definición sustancial del delito; en este derecho basó Garófalo su noción del delito natural como lesión de los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, equivalentes a benevolencia y justicia.

Orientado en este sentido Maggiore define el "delito natural" como toda acción malvada que lesiona o pone en peligro la personalidad humana en su existencia individual y social o en uno de sus atributos esenciales, siempre que no concurre una causa de justificación.

El "delito" desde un punto de vista jurídico es toda acción que el legislador, en un determinado momento histórico, considera dañoso o peligroso para el orden constituido y, por ello, merecedor de pena. 8/

Desde el punto de vista jurídico sustancial se han dado varias definiciones del delito, pretendiendo caracterizarlo en función de sus elementos constitutivos.

3. La Escuela Sociológica Francesa se ocupó también del delito. Durkheim afirmaba que el delito es: "un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos, dotados de una energía y de

una previsi3n particulares", 9/ y agrega posteriormente: "El delito lesiona aquellos sentimientos que en un mismo tipo social se encuentran en todas las conciencias sanas". 10/

La mayoría de estas definiciones de carácter sociol3gico, basadas en la fórmula garofaliana, han sido resultados de polémicas, al criticar la realizada por el creador del delito natural. 11/

El positivismo crítico que caracterizó a la terza scuola de Alimena, realizó objeciones de inconciliabilidad plenaria con la doctrina garofaliana. En primer lugar Alimena hace notar -- "una contradicci3n en los términos" diciendo que esta teoría "no sólo es arbitraria, porque es difícil decir en qué consiste la medida de estos sentimientos, sino que es completamente inútil para el Derecho Penal, porque daría solamente la explicaci3n de una parte mínima de los delitos contenidos en el Código y es falsa ante la historia y la psicología, porque esta teoría a lo más podrá servir para hoy, pues muchos sentimientos de épocas pasadas no son ya nuestros sentimientos como, probablemente, nuestros sentimientos no serán los sentimientos del porvenir". 12/

4. Dos son los sistemas principales que pretenden establecer el criterio de estudio del delito, a saber: el unitario o totalizador y el

analítico o atomizador; el primero ve en él un bloque monolítico (Antolisei), el cual puede presentar aspectos diversos pero no es en modo alguno fraccionable. 13/ El delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble.

El segundo sistema, o sea la concepción analítica o atomizadora estudia el ilícito penal por sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

Nosotros aceptamos la segunda concepción, la cual sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elementos, pues como dice Jiménez de Asúa sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes. 14/

Porte Petit señala que dentro de la concepción analítica o atomizadora se encuentran las concepciones, bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica, heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito.

Así tenemos que para Cuello Calón, el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. 15/ Se ha afirmado que esta -

elaboración de los elementos del delito hállase por vez primera en el penalista alemán Bohmer, - que señala como caracteres del mismo la acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. 16/ Sin embargo, casi con dos siglos de anticipación Tiberio Deciano, 17/ había formulado una definición más completa, pues contiene también el elemento de la tipicidad: "factum hominis vel dictum vel scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum qmos nulla justa causa excu sare potest".

Por su parte, Jiménez de Asúa textualmente dice: Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputables a un hombre y sometido a una sanción penal. 18/ Se puede ver en esta definición que se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Maurach expresa que el delito es la acción típica, antijurídica y culpable de un hombre.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo, con Castellanos Tena cuando afirma que los elementos esenciales del delito son:

- a) Conducta,
- b) Tipicidad,

- c) Antijuridicidad (o antijuricidad) y
- d) Culpabilidad.

Podríamos apuntar que: a) La conducta es - el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito. b) La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. c) Antijuridicidad es lo contrario a derecho, y d) El nexo intelectual y emocional que liga al - sujeto con el resultado de su acto, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario y así tenemos los cuatro elementos necesarios que requiere la concepción tetratómica.

Desde el punto de vista cronológico, no -- guardan entre sí prioridad ninguno de estos factores, ya que concurren todos a la vez al realizarse el delito. Pero procede observar en un determinado tiempo primeramente si hay conducta; - posteriormente constatar un amoldamiento al tipo legal, o sea la tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por - una causa de justificación, y en caso negativo, concluir de que existe la antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente, es decir, la imputabilidad, y finalmente, investigar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad.

Es interesante hacer notar que cuando un su jeto decide delinquir, lógicamente y temporalmente se da primero la culpabilidad (a título doloso) pre cedida, de la imputabilidad y hasta después ejecuta el acto típico y antijurídico. 19/

NOTAS:

## CAPITULO I

1. Cita de Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4<sup>a</sup> Ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1967, página -- 118.
2. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, T. II, Editorial Reus, Madrid 1954, página 40 y s.s.
3. Castellanos Tena, Op. cit., página 64.
4. Op. cit., página 118.
5. Vid. Alimena, Principios de Derecho Penal, T. I., página 239, Vaccaro, Genesi e funzione delle leggi penali, Turín 1908, página 149.
6. Colajanni, Socialismo e sociología criminale, 1<sup>a</sup> Milano 1955, página 64.
7. Tarde, La philosophie pénale. París 1892, pág. 71.
8. Maggiore, Scuola Positiva, París 1948, - pág. 366.
9. Durkheim, Regles, página 51.
10. Op. cit., página 47.

11. Jiménez de Asúa, Op. cit. T. III, página - 47.
12. Alimena, Op. cit., página 294.
13. Antoliseis, Manuale di Diritto Penale, 3<sup>a</sup> Ed. Milano 1955, página 143.
14. Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, Editorial "A. Bello", Caracas 1945, página 225.
15. Cuello Calón, Derecho Penal, T. I. Editorial Bosch, Barcelona 1968, página 282.
16. Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht, Berna 1946, página 69.
17. Tiberio Deciano, Tractatus Criminalis, Venecia 1551, página 153.
18. Jiménez de Asúa, Op. cit., página 256.
19. Fernando Castellanos T., Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4<sup>a</sup> Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1967, página 118.

## CAPITULO II

### EL PRESUPUESTO DEL DELITO Y LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL MISMO

SUMARIO: 1. Breve explicación de la teoría de los presupuestos de Manzini. 2. El presupuesto en el delito a estudio. 3. El sujeto activo. 4. El sujeto pasivo.

1. Antes de comenzar de lleno el estudio de los elementos del delito previsto en el artículo 387, fracción XIX del Código Penal, debemos manifestar que dicho tipo tiene un presupuesto que es indispensable analizar. Pero, antes de ello estimamos pertinente hacer una breve explicación de la teoría que consideramos más aceptable respecto a los presupuestos del delito y en general. Nos referimos a la elaborada por el distinguido profesor italiano Vincenzo Manzini.

Según el ilustre penalista, hay que distinguir entre presupuesto del delito y presupuestos del hecho: los primeros son los antecedentes jurídicos indispensables para la existencia de de-

terminado tipo delictivo. En caso de que falte este presupuesto, no deja de haber delito, y lo que acontece es que cambia el tipo delictivo. - Un ejemplo de presupuesto del delito es la calidad de empleado público en el peculado, necesaria para que se integre dicho tipo delictivo. En caso de faltar el citado presupuesto no deja de haber delito, y en vez de ser peculado, el hecho integra el ilícito de abuso de confianza.

Los presupuestos del hecho son aquellos antecedentes jurídicos o materiales indispensables para que exista delito. En caso de que falte dicho presupuesto, no habrá delito alguno. Por ejemplo, presupuesto jurídico del delito de bigamia es la existencia de un primer matrimonio no disuelto ni declarado nulo. En caso de que no se compruebe dicho antecedente jurídico, no habrá delito alguno.

Asimismo, un ejemplo de presupuesto material del hecho se presenta en el delito de aborto, en el que es indispensable comprobar que la mujer sobre la cual recaen las maniobras abortivas se encuentra en estado de embarazo. Si por alguna circunstancia no se puede demostrar este presupuesto, no habrá delito alguno.

Como se puede observar, la diferencia entre los presupuestos del delito y los del hecho es - que faltando los primeros, cambia el tipo delictivo.

tivo y de no comprobarse los segundos, no existe ningún delito.

Explicada en forma somera esta teoría de los presupuestos de Manzini, pasemos ahora a explicar en qué consiste el presupuesto en el delito que estamos analizando.

2. Consideramos que en el delito previsto en la fracción XIX del artículo 387 del Código Penal, se exige un presupuesto del delito, o sea un antecedente jurídico necesario para que existan dicha figura delictiva. El presupuesto consiste en que el sujeto activo debe haber recibido dinero, títulos o valores del sujeto pasivo con un fin determinado, o sea precisamente para destinarlos en todo o en parte al objeto de la operación concertada.

Si analizamos cuidadosamente el mencionado presupuesto podemos afirmar que se trata de un acto jurídico de mandato verbal, celebrado entre el sujeto activo y el pasivo, mediante el cual el primero recibe del segundo dinero, títulos o valores para que los conserve por un tiempo, en calidad de depósitos y, que con posterioridad los destine total o parcialmente al objeto de la operación que se ha propalado, y así el intermediario, como lo llama el Código Penal (o el mandatario según el Código Civil), se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, la operación de -

compraventa que viene a constituir la operación de translación de dominio de bienes inmuebles, o de gravámenes reales sobre estos (contrato de mutuo con garantía hipotecaria).

En la ejecución del mandato, el mandatario debe sujetarse en el ejercicio del mismo, a las instrucciones del mandante, que en el caso a estudio son los de realizar la operación de compraventa del inmueble, propalada para realizar la operación del traslado de dominio de un inmueble, o de constituir sobre éste un gravamen real, y por lo cual obtiene dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen.

El mandatario que se exceda en sus facultades es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante, pero esto dentro de la legislación civil resultaba insuficiente para garantizar los daños y perjuicios, toda vez que en la realidad se ha venido observando, que el intermediario o mandatario, como venimos expresando, no se ha excedido en el ejercicio del mandato, sino que no lo ha ejecutado en la forma debida, y sí, por el contrario, ha dispuesto para sí o para otro del dinero, documentos y valores recibidos, causando con estos hechos un grave perjuicio por el mandante.

Por todo lo anterior, fue por lo que el legislador tuvo que erigir una nueva figura delic-

tiva del fraude específico, dando lugar a que en el Código Penal se creara la fracción XIX del artículo 387 de los fraudes específicos y se expresara: "A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos. que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro. Esto por lo que venimos analizando".

Por lo que respecta a la parte tercera, de la misma fracción que venimos analizando, se encuentran perfectamente definidos los contratos civiles celebrados y cuyos contratantes han faltado al cumplimiento de los mismos, en la forma prevista, en la parte anterior analizada, y así se menciona a los gerentes, directivos, mandatarios, con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior.

3. Una vez hecha la explicación anterior, debemos ocuparnos ahora del sujeto activo del delito en examen. Sólo pueden cometer este ilícito las personas que tengan la calidad de intermediarios en operaciones traslativas de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre -

éstos, y los gerentes, directivos, mandatarios - con facultades de dominio o de administración, - administradores de las personas morales. Es decir, únicamente pueden realizar la figura delictiva en examen quienes intervienen en las operaciones mencionadas.

Pueden considerarse dentro de esta categoría a los llamados "corredores de casas", a los gerentes de compañías dedicadas a la compra y venta de inmuebles.

4. Por otra parte, encontramos que el sujeto pasivo del delito en estudio está constituido por todas aquellas personas como propietarios, - poseedores, vendedores, deudores del gravamen real, compradores y acreedores del mismo gravamen, y los propietarios de instituciones o compañías que confieran a terceras personas cargos de gerentes, directivos, mandatarios, administradores.

### CAPITULO III

#### LA CONDUCTA EN EL DELITO

SUMARIO: 1. La conducta en el delito en general.  
2. Formas de conducta. 3. La ausencia de conducta. 4. La conducta en el delito a estudio.

1. Acerca del primer elemento del delito se han elaborado diversas denominaciones. Algunos autores utilizan el término "elemento objetivo del delito"; otros emplean "conducta", "hecho", "acontecimiento", "proceder", "acción", - "obrar", etc.

Jiménez de Asúa prefiere utilizar el término "acto", 1/ pues considera que "hecho" es de masiado genérico, y como Binding, señaló, con esta palabra se digna todo acontecimiento, nazca - de la mano o de la mente humana, o acaezca por - caso fortuito. 2/

Sebastián Soler utiliza la palabra "acción", reservando la designación de "hecho" para los - efectos causados por los animales y las cosas -

inanimadas.

Porte Petit, utiliza los términos "conducta o hecho" para denominar el elemento objetivo del delito. "Pensamos -dice-, no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material". El elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otros, hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal.

Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica.

Así pues, Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento del hecho cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. Es conveniente advertir que en el lenguaje ordinario, por "hecho" se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vis-

ta, un hecho.

También los fenómenos naturales son "hechos". En la teoría del Derecho se entiende por hechos jurídicos los acontecimientos a los cuales el Derecho atribuye ciertas consecuencias. De aquí resulta que todo delito es un hecho jurídico.

Nosotros preferimos el término "conducta", pues dentro de él se pueden incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

Por su parte, dice Radbruch que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto "conducta" pueden comprenderse la acción y la omisión, es decir, el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obrar. 3/

Desde un punto de vista general y filosófico, "conducta" (o acción en sentido estricto) es toda actitud o comportamiento del hombre, positivo o negativo que produce un cambio en el mundo exterior. Conforme a esta noción, los actos que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, - pensamientos, deseos, propósitos o voliciones, - constituyen también "conducta". Sin embargo, al Derecho Penal no le interesan los actos puramente internos. El delito es en todo caso un acontecimiento que se realiza en el mundo exterior,

ya que el acto psíquico, que no es un comportamiento externo, o sea un quid exterior, no es posible nunca. Este es el significado de la antigua máxima: "Cogitationis poenam nemo patitur", 4/ que se traduce técnicamente: "El solo pensamiento no delinque".

Por tanto, para el Derecho Penal "conducta" no es cualquier comportamiento humano, sino sólo el que se manifiesta exteriormente. 5/

La conducta puede adoptar dos formas distintas, una positiva y otra negativa; consistentes en un hacer o en un no hacer. En el primer caso se está en presencia de la acción (en sentido estricto, denominada también acción positiva); en el segundo caso se está en presencia de la omisión (denominada también acción negativa).

Nosotros estamos de acuerdo con Castellanos Tena cuando afirma que: "conducta" es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

2. Lo expresado anteriormente pone de manifiesto que la voluntad, al exteriorizarse, puede adoptar las formas de: a) acción y b) omisión. A esta última se la divide en: 1. Omisión simple y 2. Omisión impropia o comisión por omisión.

a) La Acción: Hemos expresado que la conducta (llamada también acto o acción) puede mani

festarse mediante haceres positivos o negativos, es decir, por actos o por abstenciones.

La acción o el acto, es todo hecho humano - voluntario, todo movimiento voluntario del organismo capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

Cuello Calón, considera a la acción, en sentido estricto, como una actividad corporal voluntaria, dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que ésto se produzca. 6/

Para Eugenio Florián, la acción representa y consiste en un movimiento del cuerpo humano - que se proyecta en el mundo exterior y por esto determina en él una variación que puede ser ligera, casi imponderable e imperceptible, casi a modo de reflejo del movimiento mismo. 7/ Para Maggiore, la acción es una conducta positiva que produce un cambio en el mundo exterior. 8/ Según Antolisei, la acción (en sentido lato) consiste en un movimiento corporal del sujeto.

En este tipo de conducta la fuerza psíquica opera sobre los nervios motores, provocando un movimiento muscular, que representa la manifestación exterior de la voluntad del sujeto. Trátándose la mayoría de las veces de movimientos de las extremidades, que son los órganos con los que el hombre realiza la mayor parte de las modi

ficaciones en el mundo exterior. Con frecuencia la acción se concentra en la palabra, que es también el efecto de determinados movimientos musculares, pero también con otros desplazamientos o movimientos del cuerpo y hasta con una mirada - pueden producirse efectos en la realidad externa.

La acción se presenta muchas veces de una manera compleja, es decir, como una multiplicidad de movimientos corporales. Cada uno de tales movimientos corporales se denomina "acto" y el conjunto de los actos constituye la acción. 9/

En resumen, respecto a la acción en sentido estricto, los autores estiman como tal a la "actividad voluntaria, realizada por el sujeto", haciéndose referencia tanto al elemento físico de la conducta como al psíquico de la misma (voluntad). Resulta casi unánime la opinión de que la acción consta de tres elementos: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

b) La omisión: Frente a la acción como conducta positiva, encontramos a la omisión como conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria, en una abstención simplemente; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar.

De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la -

ley penal impone el deber de ejecutar un hecho - determinado. 10/

Para Sebastián Soler el delincuente puede - violar la ley sin que un solo músculo de su cuer - po se contraiga, por medio de una omisión o abs - tención. 11/ Según Eusebio Gómez son delitos - de omisión aquellos en los que las condiciones - de donde deriva su resultado reconocen como base determinante la falta de observancia por parte - del sujeto de un precepto obligatorio. 12/

En los delitos de acción se hace la prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo manda - do expresamente. En los de acción se infringe - una ley prohibitiva y en los de omisión una dis - positiva. 13/

Como elementos de la omisión tenemos: una - manifestación de voluntad, una inactividad del - agente y una relación de causalidad entre la ma - nifestación de voluntad y la abstención.

La omisión puede presentar dos formas:

- a) La omisión simple u omisión propia y
- b) La omisión por omisión u omisión impro -  
pia.

Porte Petit estima como elementos de la omisión propia:

- a) Voluntad, o no voluntad (delitos de olvido);

- b) Inactividad, y
- c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico.
- a) La omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico". 14/
- b) La omisión impropia, también denominada comisión por omisión, consiste en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva, o mandato de abstenerse produciendo un resultado tanto típico como material. 15/

En la comisión por omisión existe una doble violación de deberes "de obrar y de abstenerse" infringiéndose por ello dos normas, una preceptiva y otra prohibitiva.

"Existe un delito de comisión por omisión, dice Porte Petit, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva". 16/

3. La ausencia de conducta es uno de los -

aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos - de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior - irresistible. Quien actúa bajo la presión de - una fuerza física irresistible, no actúa, teniendo el carácter de instrumento de otro.

Coinciden algunos penalistas en considerar como hipótesis constitutiva de ausencia de conducta a los siguientes:

- a) Vis absoluta o fuerza física irresistible;
- b) Fuerza mayor o vis maior;
- c) Hipnotismo;
- d) Sueño;
- e) Sonambulismo;
- f) Movimientos reflejos.

Evidentemente en todos estos casos hay, en apariencia, un comportamiento del hombre, pero - en realidad no existe por faltar el elemento fundamental, a saber: la voluntad.

Quien obra impulsado por una fuerza física irresistible no actúa, tiene el carácter de instrumento de otro; con acierto señala Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. 17/

En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntaria por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. 18/ Por tanto, ésta difiere de la vis absoluta en que proviene de la naturaleza, y aquélla emana de otro individuo.

El hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido verificada en múltiples experiencias. Consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones pueden ir desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por diversos períodos en los cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnosis.

El sueño es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente, que puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. El sonambulismo es un estado similar al sueño, diferenciándose éste en que el sujeto deambula dormido por causas ajenas al natural descanso.

Para Jiménez de Asúa, el sonambulismo "es una enfermedad nerviosa o, mejor dicho, probablemente no es más que una manifestación parcial de otras neuropatías (como el histerismo)".

Mezger dice que los movimientos reflejos - son "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no está bajo un influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico, corporal, esto es, en los que un estímulo, subverticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento. 19/

Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios, pues "si el sujeto puede controlarlos o, por lo menos, retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito". - 20/

El sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, no son considerados en forma unánime por los autores como capaces de impedir la conducta; algunos sostienen que se trata de causas de inimputabilidad.

Los movimientos reflejos sí impiden la configuración del delito por ausencia de conducta, puesto que quien actúa ante un movimiento de esa naturaleza, no lo ejecuta voluntariamente. Sin embargo, al decir de Enrico Altavilla, 21/ debe tenerse presente si el individuo estuvo o no en condiciones de retardar el movimiento, pues - en el primer caso se configurará el delito, al menos en forma culposa, pues para el autor mencionado, el movimiento reflejo puede tener un -

desarrollo que permite, si no inhibirlo, al menos realizar maniobras oportunas para hacerlo inofensivo; si el sujeto no las ejecuta pudiendo hacerlo, se presenta la imputación culposa; en cambio, cuando el resultado se produce a consecuencia del movimiento reflejo, pero sin posibilidad de retardarlo o neutralizarlo, se elimina el delito por ausencia de conducta, ya que no existió comportamiento humano voluntario.

4. Al inicio de este capítulo dejamos asentado lo que entendemos por conducta, o sea el comportamiento humano voluntario encaminado a un propósito. Sabemos que la relación entre el hombre y la naturaleza está determinada por la fuerza o energía que el primero desarrolla, ya sea para modificar o aprovechar los elementos de la segunda, pero toda gira en los movimientos del hombre, el que no puede permanecer en un estado de quietud absoluta, porque no le sería posible vivir. Se dice en forma literaria que la vida es movimiento, pues todo lo estático es muerte, es por ello que tiene tanta importancia en todos los órdenes sociales, el comportamiento humano y éste es indispensable, en todas las ramas del Derecho, aun cuando en este estudio lo que nos interesa es referirnos a la conducta que el legislador ha considerado necesaria para la tipificación del delito, pues debemos saber, que el delito en especial a más de tener los elementos gene

rales del delito, contiene elementos especiales o notas distintivas que habrán de destacarlo de otras figuras; en tal razón, la conducta necesaria para el tipo en estudio que es, el fraude es pecífico a que se refiere la fracción XIX del artículo 387 del Código Penal vigente que nos dice:

Artículo 387.

F. XIX. A los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Para los efectos de este delito se entenderá que un intermediario no ha dado su destino, o ha dispuesto, en todo o en parte, del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en Nacional Financiera, S. A. o en cualquier institución de depósito, dentro de los treinta días siguientes a su recepción a favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado, dentro de este

término, al vendedor o al deudor del gravamen real, o devuelto al comprador, o al acreedor del mismo gravamen.

Las mismas sanciones se impondrán a los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales que no cumplan o hagan cumplir la obligación a que se refiere el párrafo anterior.

El depósito se entregará por Nacional Financiera, S. A. o la institución de depósito de que se trate, a su propietario o al comprador.

Cuando el sujeto activo del delito devuelva a los interesados las cantidades de dinero obtenidos con su actuación, antes de que se formulen conclusiones en el proceso respectivo, la pena que se le aplicará será la de tres días o seis meses de prisión.

De la lectura del tipo anterior, debemos colegir que la conducta en este delito es mixto, es decir, de omisión y de acción.

Omisión  
 Conducta Mixta            y  
                                   Acción

Omisión: Consiste en no destinar en todo o en parte el dinero, títulos o valores obte-

nidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real.

Acción: Consiste en disponer del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real.

El resultado en este delito consiste en el incremento patrimonial del sujeto activo del delito (o de un tercero) y la consecuente disminución del patrimonio del sujeto pasivo.

En este tipo delictivo existe una presunción "jure et de jure" de que el sujeto activo no ha dado su destino, o ha dispuesto en todo o en parte, del dinero, títulos o valores obtenidos por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no realiza su depósito en Nacional Financiera, S. A. o en cualquier institución de depósito dentro de los treinta días siguientes a su recepción a favor de su propietario o poseedor, a menos que lo hubiese entregado, dentro de ese término, al vendedor o al deudor del gravamen real, o devuelto al comprador, o al acreedor del mismo gravamen.

## NOTAS:

## CAPITULO III

1. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, 2<sup>a</sup> Ed. T. III, Buenos Aires 1951, página - 329.
2. Binding, Die Normen; T. II, página 92.
3. Cita de Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; 4<sup>a</sup> Ed. Editorial Porrúa, S.A., México 1967, página 139.
4. Cita de Cuello Calón, Derecho Penal; T. I, 15<sup>a</sup> Ed. Editorial Bosch, Barcelona 1968, - página 327.
5. F. Antolisei, Manuale di Diritto Penale; - 3<sup>a</sup> Ed. Milano 1955, página 164.
6. Cuello Calón, Op. cit., página 326.
7. Cita de Cuello Calón, Op. cit., página 325.
8. Maggiore Ginseppe; Derecho Penal, T. I, Ed. Témis, Bogotá 1954, página 194.
9. F. Antolisei, Op. cit., página 165.
10. Cuello Calón, Op. cit., página 273.
11. S. Soler, Derecho Penal Argentino, I, Buenos Aires 1951, página 336.

12. Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, I, Buenos Aires 1948, página 416.
13. Castellanos Tena, Op. cit., página 145.
14. Porte Petit, Programa de la Parte General del Derecho Penal, México 1958, página 162.
15. F. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S. A. 2<sup>a</sup> Ed. - México 1967, página 175 y s.s.
16. Porte Petit, Op. cit., página 175.
17. Código Penal concordado y comentado, T. I, 4<sup>a</sup> Ed. página 171.
18. F. Pavón Vasconcelos, Op. cit., página 231.
19. Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, T. I. Madrid 1955, página 215 y s.s.
20. Castellanos Tena, Op. cit., página 155.
21. Enrico Altavilla, La Culpa, Ed. Témis, Bogotá 1956, página 87.

CAPITULO IV  
LA TIPICIDAD

SUMARIO: 1. Noción del tipo penal. 2. Elementos del tipo. 3. Teoría de la tipicidad. - 4. Elementos del tipo de delito a estudio. 5. La atipicidad. 6. La atipicidad en el delito a estudio.

1. En un sentido amplio, se considera que el tipo es el delito mismo, es decir, la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia como vieja aceptación del término, Ernesto Beling y Franz von Liszt. 1/

Mezger alude a la palabra "tipo" en el sentido de la teoría general del Derecho, es decir, como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica".  
2/

En sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado

por las notas especiales de una concreta figura de delito. 3/

Destacados autores de la materia estiman - que el antecedente de la noción del tipo se encuentra en el concepto de corpus delicti.

Respecto al tipo son múltiples las definiciones que se han dado. Mezger dice: 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 reali- zación va ligada a la sanción penal. 4/

Jiménez de Asúa lo define como la abstrac- ción concreta que ha trazado el legislador des- cartando los detalles innecesarios para la defi- nición del hecho que se cataloga en la ley como delito. 5/

Para Ignacio Villalobos el tipo es la des- cripción del acto o del hecho injusto o antiso- cial (previamente valorado como tal), en su as- pecto objetivo y externo. 6/

Para Pavón Vasconcelos el tipo legal, dándo- le connotación propia jurídico-penal, es la des- cripción concreta hecha por la ley de una conduc- ta a la que en ocasiones se suma su resultado, - reputada como delictuosa al conectarse a ella - una sanción penal. 7/

Para Castellanos Tena el tipo es la crea- ción legislativa, la descripción que el Estado -

hace de una conducta en los preceptos penales. 8/

Jiménez Huerta en su obra "La tipicidad" define el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal. En concreto, a veces el tipo, es la descripción legal del delito y, en otras, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código en su artículo 302, lo comete: "el que priva de la vida a otro".

En las anteriores definiciones podemos apreciar como nota característica, la referencia de una determinada conducta a la que la ley le ha dado el carácter de delito.

2. Los distintos elementos del tipo que entran en la integración de los tipos, pueden ser:

- a) De naturaleza objetiva.
- b) De naturaleza normativa.
- c) De naturaleza subjetiva.

a) Elementos objetivos. Por tales debemos entender, dice Pavón Vasconcelos, aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal. 9/

Aunque el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendentes para el Derecho, expresado generalmente por un verbo (atentar, -

destruir, poseer, vender, traficar, portar, disparar, privar, ejecutar, etc.), son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc., conectados a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal.

Estas modalidades no interesan en principio a la ley, según expresión de Mezger y, por ende, no influyen en la tipicidad de la conducta o del hecho, pero en ocasiones la adecuación típica sólo puede producirse cuando se satisfacen las exigencias concretas de la ley. Esas modalidades son: a) Calidades referidas al sujeto activo; b) Calidades referidas al pasivo; c) Referen---cias temporales y espaciales; d) Referencias a los medios de comisión y, e) Referencias al objeto material. Examinemos cada una de ellas.

a) Calidades referidas al sujeto activo. A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción.

En nuestro Código se pueden señalar numerosos ejemplos de tipos que contienen determinadas calidades en el sujeto activo. Así, por ejemplo, el artículo 123, definitorio del delito de traición a la patria, exige en el sujeto la calidad de mexicano por nacimiento o naturalización; el artículo 212, que sanciona el ejercicio indebido o abandono de funciones públicas requiere, en el

sujeto activo, la calidad de funcionario o empleado público; el artículo 220, referente al peculado, individualiza al sujeto activo al concretar su comisión únicamente por aquellas personas encargadas de un servicio público, estableciendo por ello una calidad especial excluyente de las demás que no satisfagan tal requisito legal, etc.

b) Calidades referidas al sujeto pasivo. En otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento tipo cuando el sujeto no la reúne y, por tanto, la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto. Son calidades exigidas por la ley, en el sujeto pasivo, el ser ascendiente del autor - en el parricidio (artículo 323); descendiente en el infanticidio (artículo 325); hijo cónyuge en el abandono de deberes de asistencia (artículo - 336); menor de siete años en el delito de exposición de infantes, etc.

c) Referencias temporales y espaciales. La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. Así sucede, por ejemplo, - respecto al tiempo en los artículos 123 fracción

VI (en tiempos de paz o de guerra), 325 (muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento). En cuanto al espacio: el artículo 124 fracción II (en los lugares ocupados por el enemigo).

d) Referencias a los medios de comisión. - Aún cuando, por lo general, el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Ello sucede, entre otros casos, en los delitos tipificados por los artículos 180 (al que empleando la fuerza, el amago o la amenaza), 265 (cópula obtenida mediante la violencia física o moral), 386 (engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halle).

e) Referencias al objeto material. En ocasiones se hace referencia al objeto material sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto corporal de la acción. Las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes: sellos, marcas, punzones, cuños, troqueles, títulos al portador y documentos de crédito (artículos 239 y 241); moneda, billetes de banco (artículos 234 y 238); mujer (artículos 267); mujer menor de dieciocho años (artículo 262).

b) Elementos normativos. Según Mezger, son

presupuestos del "injusto típico" que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. 10/ Para Pavón Vasconcelos forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denominan normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley.

En nuestro Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, podemos mencionar, como ejemplos de tipos con elementos normativos los siguientes: artículo 173, fracción I y II (abrir o interceptar indebidamente una comunicación escrita no dirigida a él); artículo 178 (al que, sin causa legítima rehusase prestar un servicio de interés público a que la ley obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos); artículo 179 (el que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración cuando legalmente en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar).

Los elementos normativos, al decir de Jiménez de Asúa, se encuentran vinculados a la anti-juridicidad, pero no puede por ello excluirles de la descripción típica y negarles su carácter

de elementos, como pretende Mezger. "En verdad no vemos razón alguna —expresa el maestro español— para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características de ser 'antijurídico', 'contrario al Derecho', 'fuera de los casos permitidos por la ley', etc., es patrimonio general de todos los delitos, ya que éste no existe si no es contrario a la norma". 11/

c) Elementos subjetivos. Los tipos contienen muy frecuentes elementos subjetivos, referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos, dice Jiménez de Asúa, exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere. 12/ A estos elementos se les ha venido denominando elementos subjetivos del injusto.

Entre los autores surgen diversas posiciones y Pavón Vasconcelos formula una síntesis de la doctrina en la siguiente forma:

"a. Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad. Tal es el criterio sostenido entre otros, por M. E. Mayer".

"b. Otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad. Este es el punto

de vista expuesto por Goldschmidt".

"c. Otro criterio mixto encuentra referen---cias, en tales elementos, tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particu--lar".

Nosotros estamos de acuerdo con Pavón Vasconcelos en considerar que, "los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad".

Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, en el ámbito de tal o de cual elemento del delito; ello hace el estudio de cada tipo en particu--lar.

3. La teoría del tipo hace su solemne ingreso en el campo del Derecho Penal por obra de Beling, el cual atribuye al principio por el enunciado el puesto de primer orden en la jerarquía de los elementos esenciales a la noción del delito. 13/

Es preciso recalcar que, con Beling, primero se materializa y después se espiritualiza el concepto de tipo penal.

La teoría del tipo se materializa cuando en 1906, Beling publica su fundamental obra Die -- Lehre vom Verbrechen; se espiritualiza veinticu--tro años más tarde, cuando en 1930 da a conocer

su Die Lehre vom Tatbestand. 14/ En esta obra desarrolla, una ampliación de su doctrina, introduciendo nuevos términos, tales como: Deliktstypus (tipo de delito), Typizität (tipicidad), -- Tatbestandsmassigkeit (adecuación típica), etc. 15/

El esfuerzo de Beling estuvo orientado a establecer una necesaria relación entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad con el Tatbestand legal o Leitbild, construcción que, como con acierto hace notar Soler, 16/ no es un mero intento doctrinario, porque trata de encontrar su razón en el empleo del término Tatbestand en la propia ley alemana (parágrafo 59). Dentro de la estructura belingmana, Soler considera que se debe distinguir:

a) El Deliktstypus (tipo de delito), o sea la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera (apoderamiento de una cosa ajena; privar de la vida a otro, etc.) es el esquema legal o la llamada por los italianos "figura de delito".

b) El Tatbestand legal o Leitbild, es el primitivo Tatbestand, al que Beling da este nuevo nombre para evitar confusiones; constituye la figura rectora, vacía de contenido, cuya naturaleza es puramente descriptiva y objetiva, haciendo por ello posible reunir en sí los tipos de ilicitud y de culpabilidad.

c) El Unrechtstypus (o tipo de ilicitud), se identifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura (la muerte injusta de un hombre por otro; el apoderamiento ilícito de una cosa ajena, etc.).

d) El tipo de culpabilidad, el cual no es sino la culpabilidad típica, el dolo concreto exigido por una determinada figura y que en unión del Unrechtstypus (tipo de ilicitud) va a llenar el Leitbild o Tatbestand legal.

e) La Tatbestandmassigkeit (o adecuación típica) constitutiva de la relación entre el hecho concreto y real y del Deliktstypus o tipo de delito; es la acción que da contenido real al - - Tatbestand legal.

f) La Tipizitat (o tipicidad), que expresa la necesidad de acuñar los delitos en tipos y no en definiciones genéricas y vagas. "La Ley penal moderna, correctamente hecha, no dirá, pues: 'el ladrón sufrirá tal pena', sino que definirá la acción que constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esa acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto; dirá, pues: 'el que se apodere de una cosa mueble total o parcialmente ajena'. Y con figuras de acción como ésta se integrará el Código Penal". 17/

La concepción del Tatbestand, en la doctrina

alemana anterior a Beling, quedó como el total delito, es decir, la suma de todos sus elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos. Pero con Beling, tal concepto se limita, porque con él surge la primera fase en la evolución del concepto del tipo, llamada por Jiménez de Asúa; 18/ a) Fase de la independencia: en ésta la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, completamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. Precisar si la acción típica es injusta y su autor culpable, son cuestiones ajenas al tipo correspondientes en la valoración de la misma acción; ella cae en el ámbito de lo antijurídico y lo culpable.

Por tanto, tipicidad y antijuricidad son elementos independientes del delito, aun cuando su concurrencia sea necesaria para su integración. Posteriormente viene una segunda fase llamada: b) De carácter indiciario: esta segunda fase de la teoría de la tipicidad se halla expuesta en la obra de Max Ernesto Mayer "Tratado de Derecho Penal", que aparece en 1915. En este libro, resurge la doctrina del tipo. Pero para él la tipicidad no es ya una mera descripción; sino que le atribuye un valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuricidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuricidad. La función indiciaria se cum-

ple principalmente en relación con los elementos normativos, como por ejemplo: La inclusión en el tipo del hurto, de la cualidad ajena de la casa, y por último tenemos la tercera fase llamada:

c) Fase de la identidad: en ésta el tipo es ratio essendi de la antijuridicidad, la cual es extremadamente opuesta a la posición de Beling, representada por Edmundo Mezger, que, al referirse al tipo como fundamento de la antijuridicidad, expresa: "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad". 19/

La teoría de Mezger se encuentra ya clara en su definición del delito: "acción típicamente antijurídica y culpable". Según Mezger, toda conducta típica es siempre antijurídica, a menos que opere una causa de exclusión del injusto; por ello, para él, el tipo es ratio essendi de la antijuridicidad. Pero si consideramos que, desde un punto de vista formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicas las conductas en ellas descritas.

4. La exacta adecuación del actuar humano a la descripción legal, realiza la tipicidad, sólo es doble la configuración del delito, si opera -

esa coincidencia; en virtud de lo establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución. Por lo cual sólo habrá tipicidad en el delito a estudio cuando se reúnan todos los elementos requeridos por el tipo.

Para Porte Petit, la tipicidad "es la adecuación de la conducta al tipo". 20/ Pavón Vasconcelos señala al respecto: "Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; el encuadramiento a la subsunción del hecho en la figura legal". 21/

Para Castellanos Tena, la tipicidad, es un elemento esencial del delito, pues su ausencia impide la configuración del mismo y la define como "la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". No debe, sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Cuando se refiere a la función de la tipicidad, señala: "Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal" --

(nullum crime sine lege, equivalente a nullum -  
crimen sine tipo). 22/

De todo lo anterior, podemos concluir que en el ilícito a estudio se presentará la tipicidad, siempre y cuando se encuentren reunidos los requisitos señalados en el tipo.

Es decir; cuando el sujeto activo tenga la calidad de intermediario en operaciones traslativas de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre estos, y los gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, administradores de las personas morales, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe del precio o a cuenta del inmueble objeto de la traslación de dominio o del gravamen real, si no los destinaren en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro; esto es, únicamente pueden realizar la figura delictiva en examen quienes intervienen en las operaciones mencionadas; pudiéndose considerar dentro de esta categoría a los llamados "corredores de casas", a los gerentes de compañías dedicados a la compra y venta de inmuebles.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, en el delito a examen, estará constituido por todas aquellas personas como propietarios, poseedores, vendedores del gravamen real, compradores y acreedores del mismo gravamen, y los propieta---

rios de instituciones o compañías que confieran a terceras personas cargos de gerentes, directivos, mandatarios, administradores.

5. Para la existencia del delito es menester la cabal coincidencia entre el comportamiento fáctico y el descrito legalmente; la falta de algún requisito típico evitará la integración del delito; es aquí que los medios comisivos son constitutivos del tipo, luego su ausencia hará atípica la conducta. La ausencia de tipicidad (o atipicidad) constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Porque, ésta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho.

Hay atipicidad, manifiesta Pavón Vasconcelos, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto, por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica. 23/

Por su parte, Jiménez de Asúa afirma que existe ausencia de tipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en la realidad se ha presentado con la característica

de antijurídica (ausencia de tipicidad, en sentido estricto). 24/

Para Castellanos Tena, cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta del tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. 25/

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; sin un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo. Jiménez de Asúa indica que la atipicidad específicamente considerada puede provenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la ausencia en la conducta de los elementos subjetivos de lo injusto y hasta de los elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica. 26/

Para Castellanos Tena las causas de atipicidad se reducen a las siguientes: a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales re--

queridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) Si faltan los elementos - subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial. 27/

En ocasiones -continúa Castellanos-, el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; tal ocurre, por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (artículo 220 del Código Penal). Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico). El artículo 302 dice: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho "en despoblado", "con violencia", etc. (V.gr.: el tipo del delito de asalto, a que se refiere el artículo 286). Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integra-

ción del ilícito; V.gr. como en el caso de violación (artículo 265) que dice: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo".

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto: éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc. Su ausencia hará operar una atipicidad, como ocurre en el artículo 323 (parricidio); el artículo 277 ("a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en: Atribuir a un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre"); el artículo 199 bis ("el que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro"). Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuricidad, como sucede, por ejemplo, en el artículo 285 del Código Penal (allanamiento de morada) al señalar en la descripción, que el comportamiento se efectúe "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la ley lo permita". Entonces al obrar justificadamente, con el permiso legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, tórnase en atipicidades en estos casos.

6. La Atipicidad en el delito a estudio se presentará cuando esté ausente alguno de los requisitos exigidos por el tipo.

Así, por ejemplo habrá atipicidad cuando el presunto sujeto activo del delito no se le hayan conferido las facultades de intermediario, gerente, directivo, etc., y realice un lucro indebido con los bienes inmuebles, gravámenes reales sobre estos, etc., con los cuales tenga relación o contacto por el trabajo que desempeña, estando en este caso frente a otro tipo de delito; o también cuando el sujeto activo se le hayan conferido las facultades antes mencionadas por el sujeto pasivo con la libre autorización de éste, para que el sujeto activo realice toda clase de operaciones en beneficio propio o de otro con los bienes o derechos, puestos a su cargo.

NOTAS:

## CAPITULO IV

1. Ernesto Beling y Franza von Liszt; Die Lehre vom Verbrechen y Tratado de Derecho Penal. Madrid 1926-1927.
2. Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Madrid 1955-1957; traducción: José Arturo - Rodríguez Muñoz, página 365.
3. Op. cit., página 367.
4. Op. cit., página 366.
5. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal; Ed. Losada, Buenos Aires 1951, página 654.
6. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México 1960, página 258.
7. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A. México 1967, página 243.
8. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A. México 1967, página 157.
9. Pavón Vasconcelos, Op. cit., página 248.
10. Mezger; Op. cit., página 388.

11. Jiménez de Asúa; Op. cit., página 780.
12. Jiménez de Asúa; Op. cit., páginas 716 y - 717.
13. Beling, La Doctrina del Tatbestand, nella sua ultima formulazione en Revista Italiana de Diritto Penale, año 1932, página 526.
14. Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad; Ed. Porrúa, S.A. México 1955, página 24.
15. F. Pavón Vasconcelos; Op. cit., página 240.
16. Sebastián Soler; Derecho Penal Argentino; T. II, Buenos Aires 1951, página 161.
17. Soler; Op. cit., página 165.
18. Jiménez de Asúa; Op. cit., página 660 y - s.s.
19. Op. cit., páginas 375 y 376.
20. Celestino Porte Petit; Importancia de la Dogmática Jurídico Penal; México 1954, página 37.
21. F. Pavón Vasconcelos; Op. cit., página 261.
22. Castellanos Tena; Op. cit., páginas 159 y 160.
23. F. Pavón Vasconcelos; Op. cit., página 261.

24. Jiménez de Asúa; Op. cit., página 812.
25. Castellanos Tena; Op. cit., página 164.
26. Jiménez de Asúa; Op. cit., páginas 934 y 935.
27. Castellanos Tena; Op. cit., páginas 164 y 165.

CAPITULO V  
LA ANTIJURIDICIDAD

SUMARIO: 1. La antijuridicidad en general. 2. - las causas de justificac*ó*n. 3. La antijuridicidad y las causas de justificac*ó*n en el delito a estudio.

1. En el lenguaje jur*í*dico penal, han veni*do* siendo empleados indistintamente, los t*ér*minos "antijuridicidad", "injusto" e "il*í*cito", a los cuales se da una connotac*ó*n sin*ó*nima.

Comunmente se acepta como antijur*í*dico lo contrario al Derecho. Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un "anti", l*ó*gicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva. Sin embargo, Ignacio Villalobos se abstiene de equiparar los t*ér*minos "antijuridic*id*ad" e "ilicitud", porque afirma que no se trata de sin*ó*nimos perfectos y el sentido que el segundo tiene ya de relaci*ó*n con la norma prohibitiva o de determinaci*ó*n, avoca a la confusi*ó*n y a todos los errores en que han caído los partidarios de un car*á*cter subjetivo de la antijuridicidad.

1/

Acerca de la antijuridicidad, uno de los principales exponentes de la corriente subjetiva, Aldo Moro, dice: "No hay en verdad ilicitud si el Derecho no es contrastado en su ausencia propia de mandato, de voluntad imperativa que comunica con otra voluntad y la vincula motiv*á*ndola;

la condición preliminar indispensable se manifiesta luego en un comportamiento voluntario que tiene significado de valor." 2/

Welzel también subraya la distinción entre antijuridicidad, injusto e ilícito, advirtiendo que la primera es "desacuerdo de la acción con las exigencias del Derecho", un juicio de valoración objetiva; en tanto que lo injusto es "un sustantivo que comprende la acción, objeto del juicio y su predicado de valor". También el mismo Welzel hace un estudio sobre el concepto de lo injusto, apuntando la impresión que causó el advertir que hay en algunos casos, elementos subjetivos del injusto, lo que aumentado a la situación especial de la tentativa en que el propósito del agente se ha tenido como elemento indiscutible de antijuridicidad, concluyendo, mediante una generalización discutible, no que en algunos delitos el carácter de injustificación incluya elementos subjetivos, sino que en todos los delitos dolosos, el dolo es un elemento especial de lo injusto. 3/

Carrancá y Trujillo, por su parte, entiende por antijuricidad "la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado, aclarando que, oposición a las normas, no se refiere a la ley, sino a las normas de cultura, o sea, a las órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus inte-

reses".

Cuando estas normas de cultura continúa, - son reconocidas por el Estado, la oposición a - ellas constituye lo antijurídico; cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma. 4/

La norma crea lo antijurídico, la ley, el delito. Cuello Calón, por su parte escribe al respecto que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. 5/

La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica y obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales. 6/

Es frecuente entre los autores el empleo del término "causas de justificación", pero también se utilizan términos como, en Italia "causas que excluyen la responsabilidad" (Manzini), "causas impeditivas de que surja el delito" (Rocco), "requisitos negativos del delito" (Grispigni), "circunstancias negativas del delito" (Vannini), "elementos esenciales negativos" (Gallo),

etc. En la Argentina, Eusebio Gómez se ha opuesto a la denominación de causas de justificantes, "porque si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito". 7/

En México han tratado de eludir la correcta denominación de causas justificantes: Raúl Carrancá las llama "causas que excluyen la incrimación"; Jiménez Huerta "circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad", etc.

Luis Jiménez de Asúa, define las causas de justificación de la siguiente manera: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, agrega, aquellos actos y omisiones que revisten aspecto del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen. 8/ Castellanos Tena, al respecto dice: "Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho". 9/ Por su parte, Jiménez Huerta estima que la esencia de -

lo antijurídico radica en el binomio: lesión de un bien jurídicamente protegido y ofensa a las aspiraciones valorativas de la comunidad, y no puede juzgarse antijurídica la acción que no reúne ambos caracteres. 10/

Son circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad: el consentimiento del titular del derecho protegido y el hecho de que la acción lesiva de un bien jurídico se considere al ser juzgado y valorado en las circunstancias en que realizó, como no ofensiva para los ideales de la comunidad, pues si bien lesiona bienes jurídicos ajenos, salvaguarda bienes e intereses preferentes, desde el punto de vista social. En el primer caso falta totalmente el binomio lesión ofensa, en el otro no hay ofensa, por existir un interés social preponderante. Analizando separadamente las hipótesis, podemos decir: a) inexistencia de lesión. Esta tesis se manifiesta en forma única, como consentimiento del titular del bien jurídico lesionado (consentimiento del ofendido), depende de si el lesionado que consiente, posee o no la facultad de disponer del bien jurídico. b) Inexistencia de ofensa, bajo este rubro podemos agrupar diversas situaciones impeditivas de la antijuridicidad, cuyo denominador común se encuentra en que, ante la imposibilidad de proteger dos bienes jurídicos en conflicto, el Estado emite un juicio de -

valor, proclamando la superioridad del interés - que en cada situación alcanza mayor jerarquía y aceptando la lesión del bien de menor rango.

En nuestro Código Penal, en el Título Primero, Capítulo Cuarto y con el rubro de "Circuns--tancias Excluyentes de Responsabilidad" en el artículo 15 cataloga desde la forma negativa de la conducta, en la fracción I hasta el caso fortuito, en la fracción X incluyendo las causas de -justificación. En efecto, la fracción III incluye la legítima defensa, en la IV el estado de necesidad, en la V el cumplimiento de un deber, y el ejercicio de un derecho, en la VII la obediencia jerárquica y en la VIII el impedimento legítimo.

Podemos dejar asentado que, las justificantes recogidas en nuestro ordenamiento penal son:

- 1) Legítima defensa.
- 2) Estado de necesidad.
- 3) Cumplimiento de un deber.
- 4) Ejercicio de un derecho.
- 5) Obediencia jerárquica.
- 6) Impedimento legítimo.

Max Ernesto Mayer expone una tesis y dice: "debido al valor indiciario de antijuridicidad - que tiene el tipo y como éste debe tener existencia legal, es decir, debe haber sido creado, también las causas de exclusión de la antijuridici-

dad, las que vienen a ser las excepciones frente a la regla del tipo, deben existir en el artículo de la ley, no podría deducirse la excepción de una elaboración teórica para destruir una realidad legislada; la excepción debe también ser legislada. Ese carácter objetivo de la antijuridicidad y de la causa de justificación nos lleva a afirmar que el elemento subjetivo de la antijuridicidad, el estado anímico del sujeto que determina el juicio desaprobatorio respecto a la conducta, debe existir también el tipo, debe tener objetividad en la ley, pues de lo contrario se desconocerán los valores del Estado, perderá la antijuridicidad su fase objetiva que se encuentra en el tipo, como perdería la causa de justificación su base primaria si dejara de existir dentro del catálogo de la ley, por es que puede afirmarse, que no hay justificantes legales, de la antijuridicidad que no existen en la ley. Perdería la técnica penal toda su consistencia si hubiera de buscarse la solución a los problemas con una base diversa a la típica. Una conducta que aparece como medio; justo para un fin justo, nunca puede contradecir a una norma jurídica si por una parte la norma está, de hecho, justificada". 11/

3. Para establecer la esencia propia de lo antijurídico, se discute si basta la formal contradicción con la norma. Así se perfilan las concepciones formal y material de la antijuridici-

cidad, superados por la teoría unitaria, que ven en la antijuridicidad un doble aspecto: el supuesto al que la norma enlaza una sanción (aspecto formal) que lesiona además el bien jurídico protegido (aspecto material).

Franz Von Liszt afirma la existencia de una antijuridicidad formal y otra material: hay antijuridicidad formal, cuando se transgrede la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; existe la antijuridicidad material, cuando la acción antijurídica resulta contraria a la sociedad. Sebastián Soler comentando la doctrina de Von Liszt, dice que éste confunde lo antijurídico formal con la tipicidad, lo cual no tiene razón de ser. Afirma también que la antijuridicidad es siempre un juicio de valoración sobre el hecho en su comparación con el Derecho, lo cual se comprueba la oposición del mismo, en su consecuencia, o en su proyección a los que el Derecho quería evitar. 12/

La afirmación de que una conducta es antijurídica es un juicio valorativo que la califica como contradictoria a los fines del derecho.

Francisco Pavón Vasconcelos dice: "Lo antijurídico lo concebimos como un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de la cul-

tura reconocidas por el Estado".

Castellanos Tena al respecto escribe: La - antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. 13/

Ignacio Villalobos dice que la antijuridici- dad es oposición al Derecho y como el Derecho - puede ser legislado, declarado por el Estado y - formal, o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuridicidad se puede afirmar - que es formal por cuanto se opone a la ley del - Estado, y material, cuando afecta los intereses protegidos por dicha Ley; y que esos dos aspect- tos van unidos, constituyendo uno la forma y el otro el contenido de una misma cosa. 14/

Surge una segunda polémica respecto al esta- blecimiento de la antijuridicidad exclusivamente sobre la conducta "tesis objetiva", tomando en - cuenta la intención del autor, "tesis subjetiva". Para el primer criterio, sólo la conducta al con- trastar con los fines del ordenamiento jurídico, determina la existencia de la antijuridicidad; - para los subjetivistas en una función del autor como se valora la conducta, y un hecho no puede ser antijurídico si no es considerado a la ley - de la culpabilidad.

La corriente subjetiva de la antijuridici- dad, que tiene en Hold Von Ferneck a uno de sus primeros y más firmes sostenedores, pretende en-

contrar la esencia de lo antijurídico en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma. 15/

En forma aminorada el criterio subjetivo re surge en la tesis llamada de "los elementos subjetivos del injusto", que encuentra la antijuridicidad en la objetiva aparición del supuesto de la norma, pero afirma también que en algunos casos, necesaria y exclusivamente señalados en la ley, es preciso comprobar la existencia de ciertos elementos subjetivos antes de declarar antijurídica una conducta.

Francisco Carrara al respecto dice: "Dos actos físicos semejantes pueden ir dirigidos por cada uno de los agentes, a violar dos derechos distintos, y por la influencia del elemento intencional sobre la esencia del delito, puede resultar (a pesar de la identidad de los actos físicos) diversidad de delitos, a causa de la diversidad de la intención del agente". 16/ Jiménez de Asúa escribe: que lo antijurídico es objetivo de relacionar el acto en el Estado, no siendo lo antijurídico lo captado por el dolo, sino el deber de no violar las normas. 17/

Por su parte, Ignacio Villalobos opina que: "La valoración de los actos es netamente objetiva nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto, sea un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el acto es antijurídi--

co". 18/

En el delito a estudio surge la antijuridicidad cuando la conducta o el hecho violan la norma objetiva, o sea la de un intermediario en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, que obtengan dinero, títulos o valores por el importe de su precio, a cuenta de él o para constituir ese gravamen, si no los destinaren, en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por su disposición en provecho propio o de otro.

Para que haya antijuridicidad en este delito se requieren dos condiciones: una positiva, la lesión de la norma jurídico-penal y otra negativa, la conducta o hecho no debe estar protegida o amparada por alguna causa de justificación.

La afirmación de Mezger respecto a la tipicidad "ratio essendi", de la antijuridicidad, es válida en el sentido de decir que la tipicidad es una forma de antijuridicidad penal. Es en el tipo donde el Estado consagra en forma implícita sus prohibiciones, es en la descripción legal donde la prohibición toma forma; toda la conducta típica es siempre antijurídica, si no existe una causa de justificación, será ilícito el comportamiento típico si no se halla protegido por una causa de justificación.

En todas las figuras delictivas deben examin

narse las causas de justificación. En el delito a estudio debemos afirmar que no existen causas de justificación; sin embargo, pudiéramos examinar dos de ellas; la primera es la contenida en la fracción V del artículo 15 del Código Penal - para el Distrito y Territorios Federales, que dice: "Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un Derecho" y la contenida en la fracción VII del mencionado artículo que dice: - "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico".

Por lo que respecta al cumplimiento de un deber, debemos decir que el intermediario es el único sujeto activo, o sea el verdadero delincuente, el que obtiene el lucro indebido, ya que es el único que concibe la forma de realizar el fraude, y por tanto ordena los trámites a sus empleados que deben realizar el mandato del mismo, puesto que los empleados que tenga en su despacho o en las oficinas, son únicamente empleados que reciben sueldo pero que no tienen ninguna participación en las maniobras del intermediario para cometer su fraude, ya que estos no pueden descubrir en la tramitación el fin que persigue el intermediario, y sólo se percatarán de que obró mal hasta que vean el resultado dañoso, cuando el ofendido aclare la situación de ser víctima del fraude, y en estas condiciones no se les puede considerar como encubridores.

Para considerárseles como tales sería necesario, que el primer defraudado, no hubiese hecho denuncia alguna ante el ministerio público - para que se hubiese procedido penalmente en contra del intermediario, dejando que éste, hubiese quedado en condiciones, para repetir nuevamente el procedimiento para cometer otro fraude, en cuyo caso sí debemos estimar que los empleados deben considerarse como encubridores, por estar - viendo, realizarse los mismos hechos delictuosos del primer fraude, por tener ya pleno conocimiento de ello. Pero debe considerarse que qué empleado, va a denunciar a su patrón estimando como delincuente al mismo, para impedir que éste - realice su hecho delictuoso, que esto le acarrearía inmediatamente la pérdida de su empleo, sin saber, si el que iba a ser el verdadero ofendido, denunciaría el delito o procuraría tener un arreglo con el intermediario. Esta situación del empleado para considerarse como encubridor es bastante difícil, porque no puede precisarse en qué momento puede hacer la denuncia penal para impedir la realización del fraude, por lo que difícil considerar que los empleados son encubridores.

Por otra parte, debe considerarse también - que el empleado no puede darse cuenta en qué momento el intermediario aprovecha para sí el dinero recluso para la operación propalada o aprove

chase de los documentos que recibió para tal fin, por tanto debemos concluir que esta causa de justificación no puede tener aplicación en este tipo de fraude; asimismo, el ejercicio de un derecho tampoco tiene aplicación ya que las maquinaciones del intermediario no son un derecho, por consiguiente no pueden presentarse estas causas de justificación en el delito a estudio.

La obediencia jerárquica tampoco se puede presentar en el delito a estudio, ya que el intermediario obra por motu proprio, no teniendo un superior jerárquico, por lo que esta causa de justificación tampoco puede presentarse en el delito a estudio.

NOTAS:

## CAPITULO V

1. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A. México 1960, páginas 251 y 252.
2. Aldo Moro, La Antijuricidad Penal, Buenos Aires 1949.
3. Carlos Fontón Balestra, Derecho Penal, De palma Ed. Buenos Aires 1956, página 58.
4. Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, México 1967, páginas 213 y 214.
5. Cuello Calón, Derecho Penal, T. I, 15<sup>a</sup> - Ed. Editorial Bosch, Barcelona 1968, página 309.
6. Antolisei Francisco, Manuale de Diritto Penale, Milano 1947, página 58.
7. Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, - Buenos Aires 1942.
8. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, T. III, Editorial Losada; Buenos Aires 1951, página 1026 y s.s.
9. Castellanos Tena F., Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A. - México 1967, página 171.

10. Mariano Jiménez Huerta, La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México 1952.
11. Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Ed. Hermes, 2<sup>a</sup> Ed. Buenos Aires 1954, página 22.
12. F. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A. México -- 1967, pág. 274.
13. Fernando Castellanos Tena; Op. cit., pág. 170.
14. Ignacio Villalobos, Op. cit., pág. 249.
15. Cita de Pavón Vasconcelos; Op. cit., pág. 270.
16. Francisco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Ed. Témis, Bogotá 1956.
17. Jiménez de Asúa, Op. cit., página 251.
18. Ignacio Villalobos, Op. cit., página 251.

## CAPITULO VI

### LA CULPABILIDAD

SUMARIO: 1. La imputabilidad. 2. La culpabilidad en general. 3. Formas de la culpabilidad. 4. La culpabilidad en el delito a estudio. 5. La inculpabilidad en el delito a estudio.

1. Una conducta típicamente antijurídica - no es todavía un delito; y no lo será a menos - que el sujeto activo esté unido a ella psicológicamente, en cuanto la conoce como acto ilícito y la quiere como tal, por lo tanto es culpable.

Para que el individuo conozca la ilicitud - de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse - en función de aquello que conoce; nosotros estamos de acuerdo con Castellanos Tena, en considerar a la imputabilidad como un presupuesto necesario, como el soporte o cimiento de la culpabilidad, ya que algunos tratadistas la consideran como un elemento del delito. Así tenemos el ca-

so de Jiménez de Asúa, quien incluye la imputabilidad entre los elementos del delito; y escribe: En suma: "Como elemento indispensable para la culpabilidad admitamos la imputabilidad como facultad de conocer el deber". 1/

Max Ernesto Mayer ha definido la imputabilidad como "la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento". 2/

Pavón Vasconcelos dice: "inferimos que la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además de su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad". 3/

Por su parte, Castellanos Tena asevera: "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". Así el mismo autor considera a la culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". 4/

"La culpabilidad ocupa un lugar preferente

en la estructura del delito en general, siendo parte fundamental del mismo nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto", declara Porte Petit. 5/

Para Cuello Calón, la imputabilidad es "el elemento más importante de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquélla no se concibe ésta. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos". Es responsable -agrega- "el individuo imputable que por haberse probado su culpabilidad debe responder del hecho realizado, así la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas". 6/

Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales: la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas ca-

paces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. 7/

Las causas de inimputabilidad; ante todo debemos advertir que, como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supra-legales. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal son, a nuestro juicio, las siguientes: a) estados de inconsciencia (permanentes y transitorios); b) el miedo grave, y c) la sordomudez.

a) Estados de inconsciencia. En primer término nos ocuparemos de los estados de inconsciencia permanentes y después de los transitorios.

Respecto a los trastornos mentales permanentes, nuestro Código Penal, en su artículo 68, dispone: "Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización facultativa, a un régimen de trabajo; en igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos -

que determine el Código de Procedimientos Penales".

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. Sobre este tema, Villalobos escribe: "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 alienado, aun cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; todo demente se halla, por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aun cuando su excluyente sea supralegal); y sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas". 8/

Por lo que hace a los trastornos mentales transitorios, nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción II dispone: Es causa de inimputabilidad: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de ca-

rácter patológico y transitorio".

Para que opere la eximente por estado de inconsciencia transitorio, precisa, por supuesto, la reunión de todos y cada uno de los elementos consignados por el legislador. De la fracción -transcrita pueden desprenderse tres diversas situaciones: 1<sup>a</sup> Inconsciencia por el empleo de -substancias tóxicas, embriagantes o enervantes; 2<sup>a</sup> Inconsciencia motivada por tox infecciones; y 3<sup>a</sup> Inconsciencia por trastornos mentales de ca--rácter patológico.

1) Substancias tóxicas, embriagantes o enervantes. Raúl Carrancá y Trujillo dice: "Cuando por el empleo de una substancia tóxica (v.gr. -quinina, atropina, yodoformo, ácido salicílico, tropocaína, etc.) se produce una intoxicación -que provoca un estado de inconsciencia patológi-ca, las acciones que en tal estado se ejecutan, no son propiamente del sujeto, sino puede decirse que le son ajenas. La inimputabilidad es obvia. Ahora bien, si la intoxicación ha sido procurada por el sujeto mismo, voluntario y delibe-radamente para que se produzca un determinado resultado, se estará en el caso de una acción libre en su causa, aunque determinada en sus efectos;- y si no fue deliberada, sino imprudente o culpa-sa, se estará en la posibilidad de la imputación culposa". 9/

Respecto a la embriaguez, sólo habrá inimpunibilidad cuando sea plena y accidental, involuntaria; en todos los demás casos subsistirá la responsabilidad. Con razón dice Carrancá y Trujillo que la embriaguez voluntaria no puede constituir la eximente; antes bien, la ebriedad debe ser tomada por el juzgador como índice de mayor temibilidad. Lo mismo puede afirmarse tratándose de adictos a enervantes o tóxicos. No existe una diferencia precisa entre los tóxicos y los enervantes. Algunos consideran a los tóxicos como el género y a los enervantes la especie.

2) Tox infecciones. Por el padecimiento de algunas enfermedades de tipo infeccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales, como en el tifo, la tifoidea, la rabia o la poliomiélitis. En estos casos el sujeto enfermo puede llegar a la inconsciencia. El juzgador debe auxiliarse de especialistas para resolver lo conducente y al efecto, necesita tomar en cuenta los dictámenes de médicos y psiquiatras.

3) Trastorno mental patológico. Por trastorno mental -dice Carrancá y Trujillo-, debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas. El trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, ya que nuestra ley pretende solucionar de manera diversa, como se ha visto antes, los actos de enajenados menta

les permanentes.

Acerca del miedo grave, 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".

Octavio Véjar Vázquez expresa: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro". 10/ Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador.

Por lo que toca a la sordomudez, el artículo 67 del Ordenamiento de 1931 dispone: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial 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 de la palabra, porque no se les aplican penas, sino medidas educacionales. Por otra parte, el artículo no escapa a la crítica; no distingue entre sordomudos de nacimiento y los que enfermaron después, cuando ya estaban formados o se hallaban en formación.

Expusimos en el inciso anterior, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y que constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

Luis Jiménez de Asúa dice: "Al llegar a la culpabilidad, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró". 11/ Para el mismo maestro, - "en el más amplio sentido puede definirse a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos - que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". 11 B/

Entre nosotros, Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que

liga al sujeto con el resultado de su acto, 12/ posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción, de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Villalobos escribe: "La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". 13/

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, surgen dos principales doctrinas, a saber:

- A) La psicologista o psicológica, y
- B) La normativista.

A) Teoría psicológica. Para esta teoría la culpabilidad consiste, como lo declara Antolisei,

en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior. 14/

El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. "Lo cierto es 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 querereres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". 15/

Luis Fernández Doblado se expresa así: "Para la doctrina que comentamos, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso". 16/

B) Teoría normativa. Al igual que la psicológica, la teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico,

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con el dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. 17/

La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el deber ser jurídico. 18/ Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico. La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en

la exigibilidad de una conducta a la luz del deber". 19/

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

No resulta ocioso advertir que los normativistas no se han unificado ni en torno a la norma soporte del juicio de culpabilidad, ni con relación a la materia de hecho sobre la cual ha de recaer ese juicio.

Si hemos de tomar la ley positiva como un dogma, base de estudio e investigación, debemos seguir afiliados al psicologismo, por ser la corriente captada en el Código Penal (artículo 8).

3. La culpabilidad reviste dos formas: una más grave, el dolo y otro de menor gravedad, la culpa del agente, según éste dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. También suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecu

ta el acto con la esperanza de que no ocurrirá - el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás.

Porte Petit sostiene que el Código Penal Mexicano incluye las tres formas de culpabilidad: el dolo, en el artículo 7; la culpa en el 8, y - la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin, en la fracción II del artículo 9, como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, regulada en el código como dolosa, lo cual equivale a decir que el delito es intencional sin serlo. 20/

Castellanos Tena expresa al respecto: "creemos que no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada, o eventualmente, mientras la segunda se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta imprudente, imperita, o negligente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir subjetivamente la mezcla de ambas especies. Lo cierto es que el delito, o se comete mediante dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado más allá del -

propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse". 21/

Para Villalobos, más que de delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado preterintencional, por sobrepasar su efecto - el límite propuesto por el agente. 22/

Cuello Calón define al dolo como "la voluntad consciente dirigida a la ejecución del hecho que la ley prevé como delito". 23/ Jiménez de Asúa lo define como: "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia - de que se quebrante el deber, con conocimiento - de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre 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". 24/

Castellanos Tena escribe: "El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico". 25/

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así, se habla en la doctrina del dolo directo, indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc. -

Nosotros nos ocuparemos solamente de las especies de mayor importancia práctica.

El dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado y lo quiere. El resultado coincide con el propósito del agente, ejemplo: decide privar de la vida a otro y lo mata.

Según Soler, el dolo directo caracterízase por su contenido intencional más o menos claramente dirigido hacia un evento determinado. 26/

Dolo directo, dice Ignacio Villalobos, es aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico, es decir, el dolo en que hay intención, tomada ésta en su propio sentido. 27/

Para Cuello Calón el dolo es directo "cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente". 28/

El dolo indirecto, cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va a abordar un avión, se coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá al aparato).

El dolo indeterminado, consiste en la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial, por ejemplo: un anarquista que lanza bombas.

El dolo eventual (confundido por algunos tratadistas el indeterminado), se presenta cuando se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente, por ejemplo: el incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.

El dolo genérico se presenta cuando basta que se haya querido el hecho descrito en la norma incriminadora. El dolo específico, es cuando la ley exige que el sujeto haya obrado por un fin particular, cuya realización no es necesaria para la existencia del delito, o sea, por un fin que está más allá y por lo tanto, fuera del hecho que constituye el delito.

Por otra parte, podemos considerar que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad o la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y estable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. Así tenemos que son dos las especies principales de la culpa: -  
a) consciente, con previsión o con representa---

ción y b) inconsciente, sin previsión o sin representación.

En cuanto a la primera, existe cuando el agente ha previsto el resultado como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá, por ejemplo: el manejador de un vehículo que conduce su coche a gran velocidad, sabiendo que sus frenos están en mal estado, impulsa la máquina con la esperanza de que ningún peatón se cruzará en su camino.

Mientras que la segunda existe cuando no se prevé un resultado posible, como sería el caso de quien limpia un arma de fuego en presencia de otra persona sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar.

4. Para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida g<sup>r</sup>agaria (culpa). Por eso en ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta, el delito no se integra. Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento, es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo), en segundo término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigi

das por el Estado; tercero, los resultados del - acto han de ser previsibles y evitables y traficcarse penalmente.

El ilícito a estudio exige un dolo directo, o sea, cuando la ley exige que el sujeto se re-- presenta el resultado y lo quiere.

El Código Penal en el artículo 387 fracción décimo novena nos describe un tipo de fraude doloso, de peligro concreto, que consiste en no - destinar el dinero, títulos o valores en todo o en parte, al objeto de la operación concertada, por medio de su disposición en provecho propio o de otro; con lo cual la disposición es el medio para desviar aquel destino. El intermediario en cuestión comete fraude al alcanzar un lucro indebido en provecho propio o de otro.

5. Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, es decir, la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. 29/ Evidente tautología, según expresión de Jiménez de Asúa. De -- acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los - cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas genéricas de exclusión - de la culpabilidad:

- a) El error de hecho esencial e invencible  
y
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

a) El error, es el conocimiento inexacto, - el concepto equivocado, un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad.

Según los escolásticos: Veritas est ada---  
equatio intellectus et rei (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la - verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, - pero se conoce equivocadamente. Falta en él la adecuación entre la realidad y lo que el sujeto cree que es la realidad. Tanto la ignorancia como el error son actitudes síquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento - total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, hay una ausencia de conocimiento, es una laguna de nuestro entendimiento porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente, en tanto el error - consiste como anteriormente mencionamos en una - idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación que constituye un estado positivo.

El error se divide en error de hecho y de -

derecho. El error de hecho se subdivide en esencial y en error accidental; el primero se caracteriza porque produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible.

El error puede recaer sobre los elementos - esenciales del delito o sobre alguna circunstancia meramente accidental de donde surgen: la aberratio, la aberratio in persona, y la aberratio delicti.

La doctrina separa todavía el error de hecho esencial e invencible, de aquel que puede - ser destruido por una mayor atención o esfuerzo intelectual. El error esencial invencible es el único tipo de error que puede presentarse en el delito a estudio, el único que da lugar a una - causa de inculpabilidad e impide el nacimiento - del ilícito penal, si es vencible dejará subsistente el delito doloso.

Cabe dentro del estudio del error una referencia a las eximentes putativas o sean aquellas situaciones en que la gente por un error de hecho esencial invencible, cree que una circunstancia impeditiva del nacimiento de la antijuridicidad da carácter de lícita a su conducta, así tenemos la defensa putativa y el cumplimiento de - un deber putativo.

b) La no exigibilidad de otra conducta es - para algunos autores una forma de inculpabilidad

y se presenta cuando el sujeto realiza una conducta típicamente antijurídica en condiciones tales que se considera inexistente la posibilidad de optar por otra conducta. Los casos de inexigibilidad son el estado de necesidad (cuando los bienes en conflicto son de igual identidad) y el encubrimiento entre parientes, pues se estima que la no exigibilidad de otra conducta se finca frente a un conflicto de valores y se resuelve sacrificando un bien para preservar otro.

NOTAS:

## CAPITULO VI

1. Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el delito, 5<sup>a</sup> ed. Buenos Aires 1967, página 333.
2. Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, T. II, Buenos Aires 1963, página 44.
3. F. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. 2<sup>a</sup> - ed. México 1967, página 340.
4. F. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A. México 1967, páginas 204 y 218.
5. Celestino Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México 1954, página 49.
6. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, T. I, 15<sup>a</sup> ed., Editorial Bosch, Barcelona 1968, - págs. 401 y 402.
7. F. Castellanos Tena; Op. cit., página 209.
8. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1960, página 404.

9. Raúl Carrancá y Trujillo; Derecho Penal Mexicano, T. II, Ed. Robredo, México 1956, 4<sup>a</sup> ed. Pág. 48.
10. Cita de Castellanos Tena; Op. cit., página 213.
11. Luis Jiménez de Asúa; La ley y el delito, - Editorial Hermes, 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires 1954, pág. 444.
- 11 B. Op. cit., página 444.
12. Porte Petit, Op. cit., página 49.
13. Villalobos, Op. cit., página 272.
14. Francisco Antolisei; Manuale di Diritto Penale, Milano 1947, página 167.
15. Porte Petit; Op. cit., página 44 y s.s.
16. Castellanos Tena; Op. cit., página 219.
17. Castellanos Tena; Op. cit., página 220.
18. Revista Jurídica Veracruzana; T. VII, número I, La culpabilidad y su aspecto negativo, Marzo de 1957, página 45.
19. Fernández Doblado, Culpabilidad y Error, - pág. 27.
20. Porte Petit, Op. cit., página 50.

21. Castellanos Tena; Op. cit., páginas 222 y 223.
22. Villalobos; Op. cit., página 313 y s.s.
23. Cuello Calón, Op. cit., página 417.
24. Jiménez de Asúa, Op. cit., página 365.
25. Castellanos Tena, Op. cit., página 223.
26. Sebastián Soler; Op. cit., página 132.
27. Villalobos; Op. cit., página 242.
28. Cuello Calón, Op. cit., página 375.
29. Jiménez de Asúa, Op. cit., página 480.

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

PRIMERA: En el Derecho Penal mexicano se ha tratado de proteger todas aquellas relaciones que las personas, tanto físicas como morales, efectúan por medio de un intermediario, gerente, directivo, mandatario con facultades de dominio o de administración, autorizado para llevar a cabo diferentes tipos de operaciones, y ha creado en la fracción XIX del artículo 387 de nuestro Código Penal, un tipo de conducta que reglamenta este tipo de relaciones administrativas, teniendo como fin proteger el patrimonio de una persona tanto física como moral.

SEGUNDA: La conducta de los intermediarios en operaciones de traslación de dominio de bienes inmuebles o de gravámenes reales sobre éstos, se encuentra debidamente tipificada en la fracción XIX del artículo 387 del Código Penal, como fraude específico, toda vez que por el engaño o por el error en que se encuentra el sujeto pasivo en este tipo de delito, permite el lucro indebido que en su perjuicio comete el intermediario. Esta tipificación podrá modificarse en lo futuro, si la peligrosidad del elemento activo del delito a estudio aumenta, ya que debemos admitir que será mayor el número de operaciones sobre bienes inmuebles, ya agravándose la penalidad o dándole mayor importancia a la atenuante.

TERCERA: La atenuante que se considera en la penalidad en este tipo de fraude, es de gran importancia, pues si las condiciones en que operó el intermediario le permiten cumplir debidamente con sus obligaciones, dentro del perentorio plazo que fija la fracción aludida, quiere decir que el intermediario no operó con dolo, si no que fue culposa su conducta por circunstancias especiales de alguno de sus subalternos o empleados de su oficina de trabajo. En esta atenuante se quiere dar una oportunidad más al delincuente para que reivindique su conducta y pueda obtener una pena mínima al reparar el daño.

CUARTA: La atenuante en cuestión debe ser considerada para aplicarse a todos los demás delitos patrimoniales, ya que impulsa al sujeto a la reparación del daño. Si el agente sabe que recibirá una pena menor si devuelve lo distraído.

ESTE TRABAJO FUE ELABORADO EN

**Tesis Impresiones Vega**

Choapan No. 44-E  
México 11, D. F.