



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO DE DIFAMACION
ESTUDIO DOGMATICO Y COMPARATIVO**

FRANCISCO SANCHEZ CADENA

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

FRANCISCO SANCHEZ CADENA

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:
BENJAMIN SANCHEZ BAHENA.

Como un homenaje sincero de gratitud por haberme señalado el camino a seguir en mi existencia, con su ejemplo de honradez y dignidad.

A MI MADRE:
MA. DE LA LUZ CADENA DE SANCHEZ.

Con el cariño más grande que le guardaré eternamente.

A MIS HERMANOS:

Yolanda,
Olga,
Benjamín,
José y
Marilú

Con fraternal cariño.

A mi hermana:

Bertha

In memoriam, para ella
mi imperecedero recuerdo y -
cariño.

AL SEÑOR LIC. EDUARDO LOPEZ BETANCOURT.

Como un reconocimiento para quien supo encausar mis pasos y hacer posible la realización de este trabajo.

A MIS MAESTROS.

A los que cincelaron en el barro amorfo, las decisiones, - el coraje y la porfía para hacerme un ciudadano respetuoso de - las leyes.

A LOS SEÑORES LICENCIADOS:
MARCOS BERKMAN MARGOLIS, DEOFILO NEME DAVID Y OCTAVIO AGUILAR DE LA PARRA.

A quienes admiro por los principios de trabajo profesional a que me he dedicado bajo su prudente y moderado consejo.

P R E A M B U L O

El delito de difamación se encuentra contenido dentro del título del Código Penal denominado delitos contra el honor; nos ha interesado el estudio de este delito por diversas razones:

1o.- Por considerar que el bien jurídicamente que protege: el honor de las personas, es de importancia definitiva para la convivencia social.

2o.- Que a pesar de esta importancia, el Ministerio Público, es poco afecta a perseguir este delito, lo cual ha motivado desesperanza de quiénes se ven difamados.

3o.- Por provocar inquietud dentro del campo del derecho, a fin de que jurispernalistas nos puedan dar luz y mejores ideas respecto al trato que deba dársele a este delito.

En el presente estudio seguiremos el método dogmático del que han sido afecto maestros distinguidos de la Facultad, como Fernando Castellanos Tena y Celestino Porte Petit.

Entendemos bien que el dividir al delito en elementos no es porque se presenten en forma separada sino porque corrientes didácticas han considerado prudente hablar de elementos -

esenciales del ilícito y de elementos no esenciales; los primeros son los que constituyen en sí al delito, sin ellos no se puede aceptar la existencia del ilícito; en cambio los elementos no esenciales son los que pueden presentarse pero no alteran la existencia del ilícito o bien pueden no presentarse.

En este estudio dedicaremos al primer capítulo para analizar la historia del delito de difamación tanto en el mundo como en nuestro País.

En los capítulos subsecuentes analizaremos los elementos básicos del delito como son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Por último nos referiremos a un elemento no esencial del delito que es la punibilidad y al mismo tiempo haremos un estudio comparativo de nuestro Código actual con otras legislaciones de la República Mexicana, así como con el Proyecto de Código Tipo de 1963.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

En relación a la figura de la difamación cabe señalar, de acuerdo con la opinión autorizada de Sodi Pallares, ⁽¹⁾ que durante la época en que estuvo vigente el derecho romano se presentó hasta la época imperial de tal suerte que de acuerdo con el jurispensalista señalado antes de este período, "el ataque a un derecho *jus* era llamado en Roma injusticia, injuria. En tal sentido la injuria no sólo se confunde con la difamación, sino con las ofensas a las personas y a las cosas; por eso nos dice Mommsen: "Se dividió la injuria en injuria simplemente, o sea ofensa antijurídica causada a la persona, y *damnum injuria*, o daño causado injustamente en las cosas, partiendo, al efecto, de la idea de que, en el primer caso, no se debía atender sino a la imposición de penas, - mientras en el segundo había que procurar, ante todo, la indemnización del daño. En esto estriba la tripartición del delito privado".

Después de las Doce Tablas, la injuria se caracterizó por la --- ofensa intencionada a la personalidad de su tercero; y si esa injuria fue al principio tan sólo la lesión personal, con el tiempo se amplió el concepto del delito, quedando consagrado que la injuria a la personalidad podía consumarse en su cuerpo, en su condición (2) jurídica o en su honor".

Fue hasta el siglo XVI cuando la palabra difamación se incorpora a nuestro vocabulario jurídico.

En la Ley del 17 de mayo de 1819, en Francia en el artículo 13 se definió la difamación como: la promulgación de cosas infamantes ciertas o falsas.

El maestro Sodi Pallares refiere "En la antigua -- legislación francesa no se encuentra la palabra "difamación", que posteriormente se generalizó en todos los códigos. "Fue solamente durante la Revolución cuando la expresión recibió, por decirlo así, una consagración oficial; un proyecto del año V sobre los delitos de prensa la emplea por vez primera, en un documento legislativo con el sentido que actualmente se le atribuye". (3)

En el Código Penal de 1878 se definió la difamación como la comunicación dolosa de una o más personas de la imputación que se hace a otra de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que puede causarle deshonra o descrédito, o que lo puede exponer al desprecio de alguien.

Observando el artículo 642 del código referido es de notar que exige, para que se dé la figura de difamación que haya una injuria, misma que debe ser clara y manifiesta para que pueda causar descrédito o deshonra.

Otra circunstancia de la difamación es la pregunta obligada: ¿ésta debe de ser de carácter personal?, Sodi citando a Hallier acepta y dice: "que la jurisprudencia, contrariando la ley francesa de 1881, admite la difamación cuando la imputación difamatoria se dirige no contra determinada persona, sino contra un miembro vivo de su familia, y cita al caso la sentencia de casación de 9 de abril de 1897".⁽⁴⁾

De acuerdo con el artículo 642 del código de 1871 sólo es el difamado el que podría presentar acusación, de esta ma-

nera es de observarse que la difamación viene siendo personal.

La última parte del propio artículo 642 se refiere -- a que la posibilidad de un perjuicio es básico en la difamación y de acuerdo con ello tal perjuicio debe ser material o moral.

El maestro Sodi Pallares se pregunta en qué lugar - se consuma al delito de difamación y se contesta "Consistiendo el delito en la comunicación dolosa el hecho deshonoroso o despectivo, - es obvio que el delito se consuma en el lugar en que tiene lugar la comunicación dolosa. Una sentencia del Tribunal Superior de Tepic declara que el delito se ejecuta en el lugar en que se concibe el -- proyecto de difamar a alguno y se escriben los conceptos difamato-- rios, y no en el lugar en que se publican tales conceptos. No esta mos conformes con tal doctrina, porque el elemento subjetivo de la difamación no es bastante para la existencia del delito, que requie-- re el hecho de la comunicación el elemento objetivo para que la di-- famación pueda tener cuerpo. Puede suceder que se escriba la ho-- ja difamatoria y que se imprima; pero si esa impresión no circula; si una o más personas no tienen noticia de ella, ¿cómo poderse - afirmar que se ha cometido el delito? "...La tradición constante -

y la naturaleza del delito hacen que la difamación no se realice - por medio de la escritura manuscrita o impresa, sino en el lugar en que lo escrito se pone ante los ojos de otras personas, porque entonces es cuando existe la comunicación. En la injuria se percibe aún con mayor claridad la tesis expuesta; cuando la injuria se hace por medio de la escritura, el delito se consuma en el lugar en que se recibe, y se leen las frases ultrajantes". "...La difamación, hecha por medio de la escritura, tiene lugar tanto -- cuando se distribuye públicamente los escritos, como cuando se -- circulan confidencialmente; hasta que el hecho difamatorio se haga -- saber a una o más personas para que el delito se realice". (5)

Por último y para concluir el estudio del Código de 1871 diremos que entre injuria y difamación existía en tal ley importante diferencia entre las que podemos citar las siguientes:

10.- La injuria se presenta en forma personal y - directa: en cambio la difamación al atacar el honor y el crédito -- no necesariamente exige que esté presente la víctima y, aún puede darse el caso que se cause el daño señalado sin que se dé el nombre de la víctima.

20.- En la difamación se presenta la comunica---
ción dolosa a otras personas además de que se hace la imputación
de un hecho; en la injuria por su parte más bien encontramos la -
expresión soez en contra del ofendido.

30.- La injuria requiere una exacta y cuidadosa --
relación de hechos, no así la difamación en que inclusive puede ---
presentarse una indeterminación en lo que se dijo y el lugar.

En el Código de 1929 en el artículo 1033 se dijo ---
"que la difamación consiste: en comunicar dolosamente a una o más
personas, la imputación que se hace a otra, física o moral de un -
hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda cau--
sarle deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de -
alguien".

La diferencia manifiesta entre el Código de 71 y el-
Código de 29, es que éste último agrega, cuando se refiere a las -
personas, que éstas pueden ser físicas o morales; pero de acuerdo
con el criterio del maestro Sodi Pallares también se aceptaba en --
el Código de 71; que la difamación pudiera tener como sujeto pasi-

vo tanto a las personas físicas como a las personas morales, de ahí que podamos decir que el código de 29 en lo que hace a la difamación no tuvo sino el deseo de ser más preciso.

Como se dijo en el párrafo anterior, Sodi descubrió que el Código de 71, en lo que hace a la difamación, también se refería a las personas morales, y, así nos dice: "La última parte del artículo 642 sugiere esta otra consideración: que la posibilidad de un perjuicio es esencial en la difamación; por eso dice el artículo que el hecho pueda causarle al ofendido deshonra o des- crédito. El perjuicio debe ser material o moral; si es moral, -- existirá sólo; más si es material, que se puede traducir en pérdida pecuniaria, como cuando la difamación se refiere a las sociedades industriales o comerciales, entonces ese perjuicio está en relación con la pérdida del prestigio o del honor de la sociedad difamada..." "... Una sociedad industrial o comercial no puede ser injuriada, porque la injuria sólo se le hace a una persona, "a otro", como dice el artículo 641; pero la sociedad industrial o comercial puede ser difamada, debiendo los jueces tener gran prudencia en la estimación de ese delito, que sólo se persigue por un interés pecuniario. Es digna de llamar la atención una sentencia-

de la tercera sala del Tribunal de Justicia de Guerrero, que declaró que no se comete el delito de difamación cuando se publica un aviso en que un comerciante anuncia que sólo en su casa se vende determinada mercancía, de procedencia legítima, siendo falsificadas todas las mercancías similares que se expenden en otras partes".⁽⁶⁾

Con estas breves ideas cerramos el capítulo histórico del delito que nos ocupa.

C I T A S

1. SODI DEMETRIO

Nuestra Ley Penal. Tomo -
II. 2a. Ed. Corregida y Au-
mentada. Librería de la ---
Vda. de Ch. Bouret. México
1917. pág. 346.

2. SODI DEMETRIO

Nuestra Ley Penal. Tomo -
II. 2a. Ed. Corregida y Au-
mentada. Librería de la ---
Vda. de Ch. Bouret. México
1917. pags. 341 y 342.

3. SODI DEMETRIO

Nuestra Ley Penal. Tomo -
II. 2a. Ed. Corregida y Au-
mentada. Librería de la ---
Vda. de Ch. Bouret. México
1917. pág. 246.

4. SODI DEMETRIO

Nuestra Ley Penal. Tomo -
II. 2a. Ed. Corregida y Au-
mentada. Librería de la ---
Vda. de Ch. Bouret. México
1917. pag. 348.

5. SODI DEMETRIO

Nuestra Ley Penal. Tomo -
II. 2a. Ed. Corregida y Au-
mentada. Librería de la ---
Vda. de Ch. Bouret. México
1917. pág. 349.

6. SODI DEMETRIO

Nuestra Ley Penal. Tomo -
II. 2a. Ed. Corregida y Au-
mentada. Librería de la -
Vda. de Ch. Bouret. México
1917. pags. 348 y 349.

CAPITULO II

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

Respecto al elemento esencial del delito denominado conducta ha sido tal circunstancia (su denominación), motivo de desacuerdo entre los diversos jurispensalistas. Para algunos el elemento objetivo del delito debería denominarse hecho, para otros, que son los más, debería quedar la denominación de conducta; por nuestra parte nos orientamos por considerar que la denominación conducta es la más apropiada. Al respecto Jiménez Huerta (1)

señala que la correcta denominación es conducta "por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior....", el propio penalista señala que además de lo anterior el término conducta permite reflejar el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre, para poder afirmar que integran un comportamiento dado.

El Maestro Castellanos Tena también se inclina por usar el término conducta y al respecto señala textualmente "dentro de él se puede incluir correctamente tanto al hacer pasivo como al negativo; el actuar y el abstenerse de obrar".⁽²⁾

Una vez aceptado como correcto la denominación de conducta pasaremos a continuación a definir lo que debe entenderse por este elemento substancial del delito. Ya el maestro Castellanos Tena en la cita anterior nos dice que el término permite que se incluya dentro de él tanto al hacer como el no hacer, de ahí -- que sea indispensable en cualquier concepto que se dé del término-conducta incluir la posibilidad del actuar y del abstenerse de ello, nuestro citado maestro define a la conducta como "...el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la producción de un resultado..."⁽³⁾

De esta manera llegamos a la consideración de que existe por lo menos dos tipos de conducta o sea la que se refiere a un hacer y a la que se refiere a un abstenerse. Premeditadamente hemos señalado que por lo menos existen dos formas de conducta porque la mayor parte de autores aceptan que el abstenerse -

puede presentarse de dos maneras: la omisión simple y la comisión por omisión: en la omisión simple se presenta bajo la fase de no-ejecutar una conducta a la que se está obligado, dando por resultado exclusivamente un aspecto jurídico esto es, no se presente un resultado material; en cambio por lo que se refiere a la comisión por omisión además del abstenerse de obrar se produce un resultado jurídico y un resultado material. En el caso de la omisión simple se viola una norma preceptiva y en la comisión por omisión además se viola una norma prohibitiva.

Nos hemos referido a la abstención como forma de conducta, a continuación analizaremos la acción misma que podemos conceptuar en base al criterio del Maestro Porte Petit ⁽⁴⁾ que refiriéndose a los elementos de la acción señala que ellos son: "una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado. Por ejemplo Soler afirma que el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de culpabilidad, Welzel subraya que la acción humana es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causa; que la finalidad es vidente; la causalidad es ciega. En efecto, la conducta, -

en derecho penal, no puede entenderse sino como conducta culpable. Por tanto, abarca: querer la conducta y el resultado; de no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta limitada a querer únicamente el comportamiento corporal....".

En base a lo anterior debemos exponer que acción es la actividad en sí misma de carácter voluntario misma que -- tiene una relación de casualidad entre esa voluntariedad y el hacer propiamente dicho.

Expuestos de esta manera las tres formas en que se divide la conducta es importante ahora que consideremos mediante qué forma se presenta el artículo 350 del Código Penal -- mismo que es motivo de nuestro estudio.

Para recordar señalaremos que el artículo 350 textualmente indica "el delito de difamación se castigará con prisión hasta de dos años o multa de 50 a 300 pesos o ambas sanciones, a juicio del juez. La difamación conlleva a...

mente a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien.

Con el solo análisis de la segunda parte del artículo 350 llegamos a la consideración que se trata de manera indiscutible de un delito que en su forma de conducta puede clasificarse como de acción, ya que necesariamente requiere para su configuración de un actuar, mismo que por supuesto debe ser voluntario; esto es el delito de difamación se comete mediante una actividad positiva.

Ya que hemos clasificado al delito de difamación en función de la conducta del agente, es saludable dentro de este mismo capítulo analizar a la difamación en orden al resultado, al daño que causan y por su duración.

Se ha aceptado generalmente que los delitos se clasifican en orden a su resultado en formales y materiales. Al respecto el Maestro Castellanos Tena ⁽⁵⁾ señala: "...que los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo. Son -- delitos de mero peligro abstracto; se sanciona la acción (u omisión) en sí mismo. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida y la posesión- ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material (homicidio, robo y otros)...."

En base a lo anterior consideramos que la difamación al no producir sino deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien, es un delito eminentemente formal ya que no necesariamente requiere la producción de un resultado externo. La definición correspondiente de difamación se refiere- también a que esta figura puede causar perjuicio; a este respecto

señalaremos qué es lo que debe entenderse por perjuicio.

De acuerdo con el Diccionario Hispánico Universal la palabra perjuicio significa ganancia lícita que deja de obtenerse o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizarse a más del daño o derrimento material causado por modo directo. Por su parte el Diccionario conocido como Pequeño Larousse Ilustrado precisa que perjuicio es daño, menoscabo, detrimento.

Considerando importante estos puntos de vista diremos, salvo que la difamación se presente mediante un perjuicio podrá ser un delito material de lo contrario y en los demás casos en que se presenta la difamación es un delito eminentemente formal.

Por el daño que causan los delitos se clasifican en: de lesión y de peligro: los de lesión son aquellos que producen un daño directo a bienes jurídicamente tutelados; en cambio los delitos de peligro como su nombre lo indican sólo ponen en peligro los intereses jurídicamente tutelados.

En base a esta clasificación el delito de difamación

se presenta como eminentemente de lesión, esto es, en base a que podemos precisar que se presenta un daño directo al interés jurídicamente tutelado como es el honor de las personas.

Por su duración los delitos se clasifican en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes. Los instantáneos son aquellos cuya acción se presenta en un solo momento jurídico. Los instantáneos con efectos permanentes si bien es cierto también se presenta su acción en un solo momento jurídico, por cierto tiempo permanecen las circunstancias de esa misma acción ilícita. El continuado, señala el Maestro Castellanos Tena ⁽⁶⁾ "se dan varias acciones y una sola lesión jurídica". - El permanente es cuando la actividad ilícita se prolonga al través del tiempo.

De acuerdo con estas ideas nuestro delito a estudio se presenta como un delito instantáneo de tal manera que se perfecciona en un solo momento.

En base a su estructura o composición se dice que hay delitos simples y complejos: los simples son aquellos en que

la lesión jurídica es única, en cambio los complejos su figura jurídica se compone de dos o más infracciones. De esta manera el delito de difamación es de composición simple.

Por los actos que integran la acción típica se habla de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes: los unisubsistentes requieren para su integración de un sólo momento, en cambio los plurisubsistentes necesitan para su integración de varios actos; el delito de difamación de acuerdo con ello es unisubsistente, para que se formalice es suficiente un solo acto independientemente de que puedan presentarse otros similares.

En cuanto a la participación de sujetos se habla de que hay delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, de tal manera que en los primeros es suficiente que un solo individuo pueda cometer el acto ilícito, en cambio en los segundos es forzoso que participen varios individuos.

El delito de difamación es eminentemente unisubjetivo, puesto que es suficiente que un solo sujeto difame a otra persona para que aquél se adecúe a lo descrito en la norma ju-

rídica.

Por su forma de persecución se habla de delitos - que pueden ser oficiales y de querrela necesaria; dentro de los -- primeros están constituidos la mayor parte de los delitos a que - se refiere nuestro Código Penal y son precisamente aquellos en - los que la autoridad está obligada a actuar independientemente de - la voluntad de quiénes han recibido un daño.

Los de querrela son donde el Estado considerando - que, perseguir un delito puede causar más daño a quien ya lo ha - sufrido, se le deje en libertad para que se persiga al presunto -- responsable.

En base a lo que dispone el artículo 360 del Código Penal el delito de difamación sólo es perseguible a petición de la parte ofendida. Tal artículo dice:

"No se podrá proceder contra el autor de - una injuria, difamación o calumnia, sino -- por queja de la persona ofendida, excepto -

en los casos siguientes:

I. Si el ofendido ha muerto y la injuria, -- la difamación o la calumnia fueren posteriores a su fallecimiento, sólo se podrá proceder en virtud de queja del cónyuge, de -- los ascendientes, de los descendientes o de los hermanos.

Cuando la injuria, la difamación y la calumnia sean anteriores al fallecimiento del ofendido, no se atenderá la queja de las personas mencionadas si aquél hubiere permitido la ofensa a sabiendas de que se había inferido, no hubiere presentado en vida su queja pudiendo hacerlo, ni prevenido que lo hicieran sus herederos, y

II. Cuando la ofensa sea contra la nación mexicana o contra una nación o gobierno extranjeros, o contra sus agentes diplomáticos en este país. En el primer caso, corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público, pero será necesaria excitativa en los

demás casos".

Ausencia de Conducta.- El elemento objetivo puede presentar ausencia de conducta misma que constituye un aspecto negativo. El Maestro Castellanos Tena al referirse a las maneras en que puede presentarse la ausencia de conducta señala: "Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior -- irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales. En el fondo de esta eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad: cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee -- salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz, Por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad: la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta. Así lo ha venido -- enseñando en nuestra Facultad a partir de 1936, el profesor Villalobos, quien desde entonces ubicó certeramente esta causa eliminatória del elemento objetivo del delito. La conducta desarrollada -- como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción --

humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la --- manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quién así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quién es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, - sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la - espada misma de que un asesino se valiera. No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de - conducta: cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico -- del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con - independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Por esto nos adherimos, sin reservas, a las opiniones de quiénes - aceptan las excluyentes supralegales por falta de conducta: si según el Código, artículo 7, el delito es el acto u omisión, nada habrá - que sancionar; pero aún imaginando suprimida la fórmula del artículo 7, tampoco se integrará el delito si falta el hacer (o el abs- (7) tenerse) humano voluntario".

Además de la vis absoluta, la ausencia de conduc- ta también puede presentarse por vis maior, (fuerza mayor) o por movimientos reflejos. El propio Maestro Castellanos Tena nos se

ñala respecto a la fuerza mayor y a los movimientos reflejos ---
"....es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar como
factores eliminatorios de la conducta a la vis maior (fuerza ma---
yor) y a los movimientos reflejos. Entre nosotros estas causas -
adquieren carácter supralegal, por no estar expresamente destaca-
das en la ley, pero pueden operar, porque su presencia demuestra
la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la
conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento -
humano voluntario. Sólo resta añadir que la vis absoluta y la vis-
maior defieren por razón de su procedencia: la primera deriva del
hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no hu-
mana. Los actos reflejos son movimientos corporales involunta---
rios (si el sujeto pueda controlarlos o por lo menos retardarlos, -
ya no funcionan como factores negativos del delito)".⁽⁸⁾

Otros autores se refieren a que también deben con-
siderarse como aspectos negativos de la conducta el sueño, el hip-
notismo y el sonambulismo pero si se analizan estos aspectos se -
verá que tales fenómenos no afectan al elemento objetivo sino más
bien afectan la capacidad de querer y entender o sea deben consi-
derarse como casos de inimputabilidad.

Al respecto y analizando estos fenómenos psíquicos el Maestro Castellanos Tena cita a Ignacio Villalobos y dice que para él "...en el sonambulismo sí existe conducta, mas - falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes - de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o in- ternas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes só lo producen "una especie de conciencia" no correspondiente a la realidad (inimputabilidad). Sostiene el mismo tratadista, que en el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia; pero aún admitiendo esto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una inimputabilidad. Para el mismo profesor, el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según el caso, a una actio liberae in - causa, cuando el responsable la prevé y la conciente al entregar

se al sueño. Finalmente admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad, si entre el sueño y la vigilia existe un --
obscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alucinaciones oníricas, que hagan al sujeto consumir actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente."⁽⁹⁾

Para concluir con este capítulo señalaremos que es sumamente difícil que en la difamación se presente una fuerza física superior irresistible, o bien una fuerza mayor y aún menor los movimientos reflejos.

C I T A S

1. JIMENEZ HUERTA MARIANO PanOrama del Delito. Mé-
xico 1950. pag. 7.
2. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho-
Penal. Ed. Porrúa. S.A.-
5a. Ed. México 1969. -
pág. 145.
3. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho-
Penal. Ed. Porrúa. S.A.-
5a. Ed. México 1969. -
pag. 145.
4. PORTE PETIT CELESTINO Importancia de la Dogmá-
tica Jurídico Penal. Méxi-
co 1954. pág. 34.
5. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho-
Penal. Ed. Porrúa, S.A.-
5a. Ed. México 1969. -
pag. 131.
6. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho-
Penal. Ed. Porrúa, S.A.-
5a. Ed. México 1969. -
pag. 132.

7. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A.- 5a. Ed. México 1969. - - pags. 155 y 156.

8. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A.- 5a. Ed. México 1969. --- pag. 157.

9. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A.- 5a. Ed. México 1969. -- pags. 157 y 158.

CAPITULO III

LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

La tipicidad y el tipo son conceptos distintos: de ahí que sea interesante formular su diferenciación: al respecto -- Castellanos Tena nos dice: ".....el tipo es la creación legislativa, 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..."; el propio Maestro Castellanos Tena agrega: ".....Hay tipos muy -- completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, a aludir a los conceptos "con engaños", "furtivamente" etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo -- consiste en la descripción legal de un delito. Sin embargo, en -- ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida (u or-

denada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo. Lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico". (1)

Refiriéndose al tipo Pavón Vasconcelos comenta-
diversas definiciones, y dando la suya, textualmente dice "MEZ
GER dice: El tipo en el propio sentido jurídico penal significa-
más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus di
versos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción pe-
nal. JIMENEZ DE ASUA lo define como la abstracción concre-
ta que ha trazado el legislador descartando los detalles innece-
sarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley --
como delito. Para Ignacio VILLALOBOS, el tipo es la descrip-
ción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valo
rado como tal), en su aspecto objetivo y externo. En fin, Ji--
MENEZ HUERTA concibe el tipo como el injusto recogido y --
descrito en la ley penal. Para nosotros el tipo legal, dándole
connotación propia jurídico penal, es la descripción concreta -
hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se su-
ma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a --
ella una sanción penal. Tal concepto es diverso al de tipici--

dad, al cual damos parcialmente, como veremos adelante, significado idéntico al de adecuación típica, no obstante la distinta -- connotación de estos términos dentro del lenguaje usado por BERLING".⁽²⁾

Aclara la diferenciación entre tipo y tipicidad, -- es prudente clasificar en orden al tipo el delito de difamación; -- al respecto existen multitud de clasificaciones así por ejemplo --⁽³⁾
Mezger habla de:

tipos de simple actividad y de resultado,
tipos de lesión y de peligro,
tipos básicos, cualificados y privilegiados,
tipos compuestos, los cuales pueden ser: en -- sentido estricto, permanentes, de varios actos y mixtos,
tipos necesitados de complemento.

⁽⁴⁾
Por su parte Jiménez de Asúa clasifica de la siguiente manera:

En razón de sus fundamentos: fundamentales, cali
ficados y privilegiados;

En referencia a la autonomía de los tipos: básicos,
especiales y complementarios;

Atendiendo al acto:

a) Tipos de formulación libre, casuísticamente for
mados, alternativos y acumulativos;

b) Otras clasificaciones en orden al resultado;

c) Delitos condicionales (que no son especies de -
tipos)

d) Examen especial de los llamados delitos de --
resultado cortado.

Atendiendo a los elementos subjetivos de lo injus-
to:

a) Por los elementos subjetivos referentes al autor:

Delitos de expresión;

Delitos de tendencia o impulso, y

Delitos de intención.

b) Por los elementos subjetivos que se dan fuera -
del agente".

(5)

Jiménez Huerta nos muestra otra clasificación y --

señala:

"En torno a su ordenación metodológica:

a) Básicos;

b) Especiales:

a') Agravados

b') Privilegiados.

c) Complementados:

a') Agravados

b') Privilegiados

En torno al alcance y sentido de la tutela penal:

a) Tipos de daño.

b) Tipos de peligro:

a') Tipos de peligro efectivo

b') Tipos de peligro presunto

c') Tipos de peligro individual, y

d') Tipos de peligro común.

En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutela-

a) Simples

b) Complejos:

a') Complejo especial

b') Complejo complementado"

Tomando en cuenta la opinión de los diversos auto

(6)

res señalados Castellanos Tena formula sus propias reflexiones; tales ideas nos van a permitir ir clarificando al delito de difamación. Castellanos Tena señala que hay tipos "a) Normales y -- anormales. La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estaría en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. El homicidio es normal, mientras el estupro es anormal. La diferencia entre tipo anormal estriba en que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son -- elementos objetivos del tipo (cópula en el estupro). Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (casta y honesta en el estupro). -- Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está

en presencia del elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude)".

De acuerdo con este criterio el delito de nuestro estudio es anormal.

El propio Maestro Castellanos Tena se refiere a - que los tipos pueden clasificarse, por su ordenación metodológica, en especiales y complementados; los primeros son aquellos que - se forman agregando algunos requisitos al tipo fundamental, el -- ejemplo clásico de éstos tipos especiales es el parricidio. Por - su parte los complementados se constituyen al lado de un tipo bá - sico, homicidio calificado es el ejemplo que pone nuestro comen - tado maestro Castellanos Tena.

Consideramos que por su razón metodológica no - es factible clasificar el delito de difamación. En función de su - independencia, o de su autonomía, el maestro Castellanos Tena - dice que puede haber dos tipos y ellos son los autónomos y los - subordinados; los primeros son los que tienen vida por sí, ejem -

plo el homicidio; el robo etc.; en cambio los subordinados son -- aquellos que para formularse dependen de otro tipo, el ejemplo -- clásico es el homicidio en riña. Nuestro delito de estudio es indiscutiblemente un tipo autónomo o independientemente esto es, -- tiene vida por sí.

Por su formulación el maestro Castellanos Tena -- expone que pueden dividirse en dos: los tipos casuísticos y los -- tipos amplios; los tipos casuísticos son aquellos que preveen va-- rias hipótesis, esto es a veces el tipo se integra con una de -- ellas, es el caso de los delitos alternativos, ejemplo el adulte-- rio que se prevee en nuestro Código Penal como la realización -- del acto sexual con persona distinta al cónyuge, bien sea en el -- domicilio conyugal o con escándalo; en cambio dentro de esta -- misma hipótesis de casuísticos hay ocasiones que se requieren -- acumulación de elementos como es el caso de la vagancia y la -- malvivencia; los tipos amplios son aquellos donde se describe -- una hipótesis única que puede ejecutarse por cualquier medio co-- misivo, ejemplo de este tipo es el robo. El delito de nuestro -- estudio indiscutiblemente que por su formulación es un tipo am-- plio ya que describe una hipótesis única que puede ejecutarse --

por distintos medios comisivos, la hipótesis única es precisamente la de comunicar dolosamente a una o más personas, esta comunicación puede hacerse en forma verbal o por escrito o por algún otro medio idóneo, de esta manera encontramos pues, insistiendo con la idea original que el delito de difamación es un tipo amplio.

Por último el maestro Castellanos Tena se refiere a que en orden al resultado pueden existir tipos de daño y tipos -- de peligro, de esta manera los de daño son aquellos en que se protege contra la disminución o destrucción del bien, en cambio los tipos de peligro son aquellos que tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados. Es obvio que el delito de nuestro estudio -- por el resultado es un tipo de daño, ya que se castiga la disminución o destrucción del bien, en este caso el honor de una persona.

Dentro de la tipicidad es prudente hablar de los sujetos en el delito de difamación; en el delito de difamación pueden ser sujetos activos del mismo cualquier persona con capacidad de querer y entender esto es que sean imputables. Claro está que -- sólo pueden ser sujetos activos del delito las personas físicas, al respecto se ha discutido mucho si las personas morales pueden ser

también sujetos activos de este delito. En algunas legislaciones se ha pensado en la posibilidad de que la responsabilidad en el delito de difamación también recaiga sobre personas morales y, por ejemplo, se expone el caso de que una muchedumbre amparándose en determinado nombre difame a una persona; respecto a este ejemplo nosotros consideramos que quiénes han delinuido han sido cada uno de los individuos que forman esa muchedumbre, pero de ninguna manera podemos castigar a una persona moral en su totalidad, sino más bien a cada uno de sus componentes si se comprueba que son ellos quienes han cometido cierta conducta delictiva.

Carrancá y Trujillo refiriéndose a las personas morales comenta lo siguiente "...El segundo Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en Bucarets en 1926, votó la responsabilidad penal de las personas morales cuando se trata de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de las mismas con los medios suministrados por ello.... sus conclusiones, continúa sustentando el maestro Carrancá, se refieren a: comprobando el crecimiento continuo y la importancia de las personas morales y reconociendo que ellos representan una fuerza social consi-

derable de la vida moderna, considerando que el orden legal de --
toda sociedad puede ser gravemente perturbado cuando las actividade
des de las personas jurídicas constituyen una violación de la ley -
penal, se resuelva: 1.- que deben establecerse en el derecho pe-
nal interno medidas eficaces de diferencia social contra las perso-
nas jurídicas cuando se trata de infracciones perpetradas con el --
propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o -
con recursos proporcionados por ellas y que envuelvan también su
responsabilidad. 2.- Que la explicación de las medidas de defensa
social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad-
penal individual que por la misma infracción se exija a las perso-
nas físicas que toman parte en la administración o en la dirección
de los intereses de la persona jurídica, o que haya cometido la -
infracción valiéndose de los medios proporcionados por la misma-
persona jurídica. Esta responsabilidad individual podrá ser, se--
gún los casos, agravada o reducida".⁽⁷⁾

A la luz de nuestro Código Penal el artículo 11 se
ñala la posibilidad de que las personas morales también puedan -
ser sujetos activos del delito. Puede observarse de acuerdo con-
la redacción del precepto legal citado que si algún miembro o re

presentante de la persona jurídica comete un delito con los medios que la propia persona moral le proporcione, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social - o para beneficio de ella, el juez, podrá en los casos exclusivamente especificados por la Ley decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o bien su misma disolución. Esto nos lleva sin lugar a dudas a aceptar que las personas morales también son responsables y de acuerdo con nuestro derecho penal pueden ser sujetos activos del delito. Por lo que se refiere a la figura de nuestro estudio consideramos que las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito de difamación dado que nuestra legislación a pesar de aceptar que las personas morales son también responsables, esta aceptación es limitada según se puede desprender del enunciado en el párrafo anterior cuando se comentó al artículo 11 del Código Penal; ese el artículo 11 referido, expone solamente que las personas morales pueden ser suspendidas o disueltas según el grado en que hayan servido de amparo para la comisión de cualquier delito; las circunstancias especiales del delito de difamación hacen difícil que se puede comentar usando o valiéndose de una persona moral aunque claro está no debe olvidarse el caso de que se haga por un medio escrito amparándose en el prestigio

que pueda guardar en el momento dado una persona moral y que esta sirva para causarle deshonor o descrédito a una persona física; esta posibilidad señalada no deja de ser interesante y puede en un momento dado señalarnos un nuevo aspecto importante dentro del estudio del delito de difamación. A pesar de ello nosotros consideramos o insistimos en que una persona moral no puede, por sí o en sí, cometer el delito de difamación, puede en un momento dado ser agravante o atenuante el haberse amparado en alguna persona moral.

Por lo que hace al sujeto pasivo en el delito de difamación existen diversidad de opiniones. Es prudente por tanto saber qué es lo que debemos entender por sujeto pasivo; para Carrancá y Trujillo el sujeto pasivo es el que reciente el delito, agrega el citado maestro, que los animales no pueden ser sujetos pasivos; las leyes que los protegen valen como condenación de la brutalidad, por vía de pedagogismo humanitario. Por ello es que sus prohibiciones sólo incluyen aquellos actos públicamente ejecutados. Por otra parte los animales representan un objeto de protección jurídica, por razón del daño material o hasta moral que recienten --
(8)
sus propietarios.

En efecto coincidimos con el maestro Carrancá y Trujillo al señalar que el sujeto pasivo es aquel que sufre la acción, es aquel que recibe los actos materiales de un delito. A la luz de nuestro derecho penal los sujetos pasivos pueden ser tanto personas físicas como personas morales, de ahí que en base a este punto de vista (artículo 350 del Código Penal) en el delito de nuestro estudio pueden ser indistintamente difamadas tanto las personas físicas como las personas morales.

A pesar de este criterio, bastante claro, de nuestra ley positiva, hay autores que discuten el hecho de que las personas morales pueden ser sujetos pasivos del delito de difamación.

Para quienes crean que no es posible que las personas morales sean víctimas de la difamación exponen fundamentalmente, que lo que se procura proteger en el delito de nuestro estudio es el honor y que tal honor no existe en las personas morales.

Nosotros tenemos una opinión contraria, creemos que sí es factible que una persona moral sufra o sea víctima del-

delito de difamación dado que es obvio y cada día toma mayor fuerza que las personas morales gozan de una reputación, si se atenta contra esta reputación es obvio que se está atentando contra su honor y, de esta manera, es indiscutible de que se les pueda ocasionar un perjuicio, tal y como lo señala el propio artículo 350 del Código Penal.

Así concluimos que tanto las personas físicas como las morales pueden ser sujetos pasivos en este delito.

A continuación hablaremos de la ausencia del tipo y de la ausencia de tipicidad. La ausencia de tipo es cuando no se presenta la descripción legal, esto es cuando no encontramos la disposición proveniente del estado respecto a la captación de alguna conducta; por su parte la tipicidad es la adecuación, es la falta de adecuación de la conducta al tipo; en el caso de la atipicidad sí hay un tipo lo que pasa es que la conducta que se ha realizado no se amolda a las descripciones señaladas. Es importante aclarar esto porque en ocasiones se confunde la ausencia de tipo con la ausencia de tipicidad,* digamos en concreto, la ausencia de tipo es cuando no existe la norma jurídica y en cambio la au-

sencia de tipicidad es cuando existe la norma jurídica pero esta -- no se amolda, o mejor dicho la conducta realizada no se amolda a la descripción señalada en la ley.

Al respecto el maestro Castellanos Tena nos dice - "suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad, la primera se presenta cuando el legislador, deliberada, o inadvertidamente, no describe una conducta, que, según el centro general, debería estar incluida en catálogo de los delitos. En el Código Penal Veracruzano vigente se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en las condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no amolda a él la conducta dada, como el caso en la cópula con mujer mayor de 18 años, casta y honesta obteniendo su consentimiento mediante seducción o engaño. El hecho no es típico por falta de ecuación exacta, a la disposición legislativa, en donde precisa, para configurarnos al delito de estupro que la mujer sea menor de 18 años. En el fondo, en toda tipicidad hay falta de tipo si ha hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto-

(9)

a el no existir tipo".

Aclarado con lo anterior los conceptos de ausencia de tipo y de ausencia de tipicidad, a continuación analizaremos - las causas de atipicidad mismas que de acuerdo con criterios generales pueden clasificarse en las siguientes:

1.- Ausencia de la calidad surgida por la ley --- por lo que hace a los sujetos activo y pasivo.

2.- Ausencia de objeto material o bien de objeto - jurídico.

3.- Cuando no se presentan las referencias temporales requeridas en el tipo.

4.- Cuando no se presentan las referencias espe--ciales requeridas por el tipo.

5.- Cuando no se realiza el delito por los medios - señalados en la ley.

6.- Cuando faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

7.- Por no presentarse una antijuricidad requerida en su caso.

Analizando las causas de atipicidad consideramos -- que pueden presentarse la atipicidad en el delito de difamación por falta de calidad en el sujeto activo, esto es que un momento dado se está imputando la comisión de un delito a una persona moral, - de ninguna manera, como lo precisamos anteriormente, podemos - aceptar que las personas morales puedan cometer este delito, por tanto estas circunstancias anula la tipicidad.

También pueden darse el caso de que haya ausencia de objeto material o de objeto jurídico en el delito de nuestro estudio, esto es, puede ser que no se atacara el honor de una -- persona, si esta circunstancia no se llega a presentar como no - hay objeto jurídico podemos considerar que hay una atipicidad.

Es indiscutible también que se pueda presentar la atipicidad como cuando el agente o el sujeto activo comunica dolosamente a una o más personas una imputación que se haga a -- otra de un hecho cierto o falso, que pueda causarle deshonra, es

tando presente el sujeto pasivo, en este caso estaremos ante un tipo distinto pero no frente al delito de difamación.

También puede presentarse la atipicidad cuando el medio empleado para difamar carezca de idoneidad.

De acuerdo con lo anterior el delito de difamación si acepta posibilidades de la atipicidad. Por lo que hace a la ausencia de tipo esta circunstancia no se presenta ya que de manera clara en el artículo 350 define y precisa lo que debe entenderse por delito de difamación.

C I T A S

1. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho-Penal. Ed. Porrúa, S.A.- 5a. Ed. México 1969. -- pag. 159.
2. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO Manual de Derecho Penal - Mexicano. Ed. Porrúa. -- S.A. 2a. Ed. México 1967 pág. 243.
3. MEZGER EDMUNDO Tratado de Derecho Penal- Tomo III. Madrid 1955. -- pág. 391.
4. JIMENEZ DE ASUA LUIS Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Losada. -- Buenos Aires 1954. pag. - 785.
5. JIMENEZ HUERTA MARIANO La Tipicidad. Ed. Porrúa, S.A. México 1955. pag. 95
6. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho-- Penal. Ed. Porrúa. S.A. - 5a. Ed. México 1969. pag. 162 y 165.

7. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL "Derecho Penal Mexicano"
Parte General. Tomo I. -
Ed. Antigua. Librería Ro-
breo. México 1960. pag.
190.
8. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL "Derecho Penal Mexicano"
Parte General. Tomo I. -
Ed. Antigua. Librería Ro-
breo. México 1960. pag.
191 y 192.
9. CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos de Derecho-
Penal. Ed. Porrúa. S.A.-
5a. Ed. México 1969. pag.
166.

CAPITULO IV

ANTI JURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Una conducta para ser delito además de ser típica, requiere ser antijurídica. Generalmente se ha aceptado que la antijuridicidad es lo contrario al derecho. La importancia de este elemento del delito es definitiva. ⁽¹⁾ Petrocelle señala que la necesidad de la antijuridicidad había sido advertida por Carrara en su definición del delito, cuando lo consideró como un ente jurídico -- cuya subsistencia requiere ciertos elementos materiales y morales y completa su concepción sosteniendo que el delito "es la contradicción de esos elementos con la Ley jurídica". Sigue exponiendo ⁽²⁾ Petrocelle "Un hecho se dice antijurídico o jurídicamente ilícito, cuando es contrario a Derecho. Este calificativo de contrariedad al Derecho se llama antijuridicidad o ilicitud jurídica y -- expresa precisamente la relación de contradicción entre un hecho y el Derecho....En su esencia fundamental, la antijuridicidad expre

sa la relación de contradicción entre el hecho y la norma jurídica".

La idea de que la antijuridicidad es lo contrario a la ley fue revatida por Carlos Binding, para este autor el delito es lo que se ajusta a lo señalado en la ley. Jiménez de Asúa comentando a este autor dice: "En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: no matarás. Si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no la ley. Por eso Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe".⁽³⁾

Ernesto Mayer siguiendo con las ideas de Binding expone que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado; así, Mayer acepta que dentro del aspecto jurídico se compendén costumbres, sentimientos, reli

giosos, patrios, etc.

El Maestro Castellanos Tena se opone a los conceptos de Binding y de Mayer, para ello se apoya en Jiménez Huerta y así señala: "Si observamos que lo antijurídico aparece aun cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer. Tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley anti-religiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro ejemplo consistiría en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública: los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las normas de cultura. Por otra parte y refiriéndonos concretamente a la concepción de Mayer, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos formalmente antijurídicos que, como vimos, no infringen los valores colectivos. En realidad, lo que ocurre es que Binding y Mayer presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material. Esto no significa que admitamos dos anti

juridicidades, una de forma y otra de fondo. Lo antijurídico entraña un juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, — pues como enseña el profesor Jiménez Huerta, "sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta", mas como expresa el mismo jurista, no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico, "lo que contradice dicho orden ha de representar una substancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico".⁽⁴⁾

Por su parte y con una orientación contraria, Villalobos define la "antijuridicidad 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 por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley".⁽⁵⁾

Carrancá y Trujillo expone respecto a la antijuridicidad "...es la oposición a las normas de cultura, reconoci-

das por el Estado, cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la Ley, nos referimos a las normas de cultura, o sea a que las órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponden a sus intereses...." Agregando más adelante: "entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que ésta ni manda ni prohíbe. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; ni órdenes ni prohibiciones. En el fondo, o debajo o por encima del precepto está la norma de cultura de que el precepto se nutre y con el que se vivifica la norma "no matarás" del Decálogo se halla subsumida en el artículo 302 C.P. del Distrito: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". Este precepto ni ordena ni prohíbe: la conducta humana causal de un homicidio no lo infringe; lo que infringe o viola es la norma de cultura inmensa en el precepto, el "no matarás". La norma, como la raíz del árbol, no se ve pero sin ella no existiría el precepto, como sin la raíz el árbol".⁽⁶⁾

Varios autores se oponen al criterio unitario de la antijuridicidad; entre ellos Von Liszt quien habla de antijuridicidad material y formal; Cuello Calón también señala que hay dos clases

de antijuridicidad, la formal que es la rebeldía contra la norma jurídica y la material que es el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía.

Respecto a esta división Villalobos asegura que la antijuridicidad formal no es otra cosa sino la infracción de la ley y, quebrantar las normas que las leyes interpretan en lo que constituye la antijuridicidad material, señala este autor, que el orden jurídico, necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad como tal, supone un conjunto de normas de necesidad moral cuyo quebrantamiento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común; estas normas, derivadas de la naturaleza de las cosas de la naturaleza humana que necesita de la convivencia y por tanto el respeto mutuo entre los individuos, de la limitación recíproca en las actividades y en los movimientos, para no entorpecer, estorbar o perjudicar las actividades y los movimientos de los demás y de la cooperación que sume los esfuerzos particulares para lograr el supremo beneficio de la unión, forman un acervo equitativo de obligaciones y derechos a que todos nos hayamos ligados y de que todos podemos disfrutar. La violación de esas obligaciones o el ataque a esos derechos, el -

atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene el carácter de antijuridicidad material, porque viola intereses vitales de la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o un bien jurídico (como la propiedad o la libertad), y por eso se dice que en una sociedad organizada jurídicamente o en un Estado, el antijurídico material - o el contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión - o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituido por los precepto legales".⁽⁸⁾

Esta serie de ideas vertidas se originan precisamente con Von Liszt quien en realidad confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad. Á este respecto Soler⁽⁹⁾ señala: "Este punto de vista nos lleva a negar lo que Von Liszt ha llamado antijuridicidad formal, que para nosotros, no es más que la adecuación externa, desprovista de todo sentido de valoración. La afirmación de la antijuridicidad es siempre un juicio de valoración sobre el hecho, formulado desde el punto de vista del derecho, y en el cual se comprueba que el hecho ha traído algo o tendía a algo que el Derecho quería evitar. En el hecho se ha afirmado una

voluntad que es contraria a la voluntad de la Ley. La antijuridicidad de una acción es siempre el resultado de un juicio sustancial".

Todo lo expuesto nos permite afirmar que, en el delito de difamación la antijuridicidad se presenta cuando haya una conducta que viole la norma penal que tutela el bien jurídico "honor", en este caso cuando se present una transgresión al artículo 350 del Código Penal.

Pero, puede darse el caso que una conducta que se encuadre dentro del artículo 350 y por tanto se halle en aparente oposición al Derecho, en realidad no lo esté por obrar una causa de justificación. Las causas de justificación, como debe recordarse evitan la configuración del delito. Así por ejemplo cuando un hombre mata a otro, su conducta se ajusta a lo señalado en el artículo 302 del Código Penal del Distrito Federal, pero puede ser que haya obrado en legítima defensa, por estado de necesidad o por cualquier otra causa de justificación, la cual ocasiona la inexistencia del delito. Castellanos Tena define a las causas de justificación como "...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. A las causas de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad".⁽¹⁰⁾

Jiménez de Asúa al definir las dice: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos -- ú omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho que es el elemento más importante del crimen. En suma, las causas de justificación no son otras que aquellos actos realizados conforme a Derecho"⁽¹¹⁾

¿Cuáles son las causas de justificación? Para Castellanos Tena⁽¹²⁾ son:

Causas de
Justifica--
ción.

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad (si el bien salva
do es de más valía que el sacrifica--
do).
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior--
está legalmente obligado a obedecer),
cuando se equipara al cumplimiento -
de un deber.
- f) Impedimento legítimo.

(13)

Al respecto Porte Petit dice: "Dogmática mente, llegamos a la conclusión de que dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, caben como causas de justificación las expresadas en las fracciones III y IV, V y VII del artículo 15, respectivamente; la legítima defensa, el estado de la necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, y el impedimento legítimo".

Por razones didácticas, seguiremos para estudiar -

las causas de justificación el enlistado proporcionado por Castellanos Tena:

1) Legítima Defensa.- Ha sido definida "...como la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor cuando no traspase la medida necesaria para la protección (Kohler): o como la defensa que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor -- (Liszt). La defensa es legítima cuando se contra ataca a fin de que una agresión grave no consuma el daño con que amenaza in-
(14) minentemente". Sigue diciendo el Maestro Carrancá "Innovando en nuestra legislación, cuya fórmula de la legítima defensa es tá amparada por el tradicional prestigio del Código de Martínez de Castro (1871), el Proy. 1949 articula la excluyente en forma positiva, a nuestro juicio ejemplarmente certera. Dice, en efecto, el art. 15 frac. II del Proy.: "Son causas excluyentes de -- responsabilidad penal: Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual e injusta y de la que resulte un peligro inminente, siempre que no haya podido ser --

evitada, exista necesidad racional del medio empleado para repeler la y falte provocación suficiente por parte del que se defiende, y - que el daño que iba a causar el agresor no sea fácilmente reparable después por medios legales". El art. 16 dice, a su vez: "Al que se exceda de los límites impuestos por la legítima defensa.... se le impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de cien a diez mil pesos". La misma sanción es aplicable al exceso "debido a un proceso emocional explicable a juicio del juez". De las anteriores nociones se desprende que la legítima defensa se integra con los siguientes elementos: existencia de una agresión, peligro de daño derivado de ésta y existencia de una reacción, rechazo de la agresión o contra-ataque, para repeler la misma agresión. Las calificativas propias de cada uno de estos tres inexcusables -- elementos dan, en las legislaciones positivas, fisonomía propia a -- la excluyente según los sistemas adoptados. En nuestro derecho, -- también, la legítima defensa tiene una fisonomía propia, una "nota" diferencial que hace de la construcción jurídica que la contiene un tipo especial y propio, con nueva juridicidad. Por esto debe ser -- considerada la legítima defensa como una de las causas de justifi-- cación".

(15)

Jiménez de Asúa la define como "...la repulsa de la agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios "empleados para impedirle o repelerla".

(16)

Castellanos Tena la considera como repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras-personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección. La pregunta obligada en que si, en el delito de difamación, puede operar la legítima defensa; consideramos -- que no es posible en virtud de que no se concibe se tenga que comunicar dolosamente a una o más personas; la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien, en virtud o para rechazar una - agresión injusta.

A mayor abundamiento, para que se presente la - legítima defensa, de acuerdo con el artículo 15 fracción III del -

Código Penal, se requiere que el acusado obre en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente; de tal suerte que para la existencia de una legítima defensa es necesario que la agresión sea: actual, violenta y sin derecho, con un peligro de daño inmediato y, en el delito a estudio, la presunta agresión carecería de actualidad o de inminencia y por tanto, estaríamos simplemente ante un acto de venganza.

2) Estado de Necesidad.- Ha sido definida por Cuello Calón (16) como el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados. Por su parte Von Liszt (17) dice "el estado de necesidad, es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro jurídicamente protegidos".

Entre el estado de necesidad y la legítima defensa existen notables diferencias. Así Carrancá y Trujillo (18), señala que el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es

reacción contra el ataque; por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o contra-ataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto -- agresor.

(19)

Castellanos Tena por su parte, señalada como - diferencia: a) en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el - ataque de un bien con su agresión), y b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la - agresión) y otro lícito (la reacción, contra-ataque o defensa); en - el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre - intereses legítimos".

(20)

El propio maestro Castellanos Tena se refiere - a los elementos del estado de necesidad y dice que son: a) una - situación de peligro, real, grave e inminente; b) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); c) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado - necesario; y, d) ausencia de otro medio practicable y menos per-

judicial".

En el delito de difamación tampoco cabe el estado de necesidad, pues un interés preponderante en la comunicación dolosa a una o más personas..... no puede presentarse.

3) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.- El artículo 15 fracción V del Código Penal establece como causa de justificación "obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de derecho consignado en la ley"; esta causa de justificación si opera en nuestro delito a estudio, siempre y cuando el acto de difamar se realice cumpliendo un deber o ejerciendo un derecho.

Como ejemplo de cumplimiento de un deber, es el testigo que bajo juramento de decir verdad lesiona con su dicho la reputación de una persona; claro esta, en este caso también podría darse la ausencia del elemento dolo situación que evita la configuración del delito. A este respecto Ricardo C. Núñez nos dice --
(21)
"La justificación se funda en la preponderancia del interés que tiene el derecho en la observancia del deber jurídico especial impuesto al individuo sobre el interés que tiene en la preservación del --

bien jurídico tutelado por la pena". Se actúa en cumplimiento de un deber jurídico cuando la ley en su amplio sentido de regla jurídica le impone a un individuo expresa o implícitamente, la obligación del actuar o de omitir de una manera que es formalmente delictiva; la obligación impuesta al testigo de decir la verdad de lo que supiera, aunque su dicho lesione el honor ajeno"

En la difamación también puede presentarse el ejercicio de derecho, cuando por ejemplo un crítico manifieste su punto de vista respecto a determinada producción literaria o artística. En este caso el Estado autoriza para que, independientemente de que se lesione el honor de otro, este tipo de profesionistas puedan libremente manifestar su punto de vista.. También se habla como un cumplimiento de deber, el del abogado defensor o el fiscal que cumpliendo con sus obligaciones lesiona el honor de otra persona. Claro que al igual que en los otros casos no debe prevalecer el do lo exigido en el tipo (art. 350).

El artículo 352 del Código Penal se refiere a varios casos de cumplimiento de un deber o de ejercicio de un derecho en los siguientes términos:

"Art. 352.- No se aplicará sanción al guna como reo de difamación ni de injuria:

I. Al que manifieste técnicamente su parecer sobre alguna producción literaria, artística, científica o industrial:

II. Al que manifieste su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público o que con la debida reserva lo hizo por humanidad, por prestar un servicio a persona con quien tenga parentesco o amistad, o dando informes que se le hubieren pedido, si no lo hiciere a sabiendas calumniosamente, y

III. Al autor de un escrito presentado o de un discurso pronunciado en los tribunales, pues si hiciere uso de

alguna expresión difamatoria o injuriosa, los jueces, según la gravedad del caso, le aplicarán alguna de las correcciones disciplinarias de las que permita la ley".

4) Obediencia Jerárquica.- La fracción VII del artículo 15 del Código Penal expone "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía". Respecto a esta figura se ha discutido si se trata de una causa de justificación o de una inculpabilidad. Cualquiera que sea el criterio consideramos que en este delito (difamación) si puede operar la obediencia jerárquica, como es el caso que en época de guerra un superior le ordena a un inferior lesionar el honor de una persona, por convenir así a los intereses de la estrategia militar.

Claro está para que opere la obediencia jerárquica
(22)
no debemos perder de vista lo dicho por De Pina : "La obediencia jerárquica o debida es una consecuencia de la relación de

alguna expresión difamatoria o injuria, los jueces, según la gravedad del caso, le aplicarán alguna de las correcciones disciplinarias de las que permita la ley".

4) Obediencia Jerárquica.- La fracción VII del artículo 15 del Código Penal expone "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía". Respecto a esta figura se ha discutido si se trata de una causa de justificación o de una inculpabilidad. Cualquiera que sea el criterio consideramos que en este delito (difamación) si puede operar la obediencia jerárquica, como es el caso que en época de guerra un superior le ordena a un inferior lesionar el honor de una persona, por convenir así a los intereses de la estrategia militar.

Claro está para que opere la obediencia jerárquica
(22)
no debemos perder de vista lo dicho por De Pina : "La obediencia jerárquica o debida es una consecuencia de la relación de

que no ejecuta aquello que la ley ordena porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito; le exime, a no dudarlo, de responsabilidad de legitimidad misma que motiva su inacción. El que no practica el hecho que debiera haber ejecutado, por un obstáculo que no estaba en su mano vencer, tampoco delinque, pues le exime de responsabilidad la imposibilidad de vencer el obstáculo que le "impide obrar".

Esta causa de justificación no puede operar en el delito de difamación; cuando analizamos el elemento conducta se señaló que el delito a estudio era de acción y, el impedimento legítimo, solo puede operar en los delitos de omisión tal como lo prevee la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal.

C I T A S

1. PETROCELLE BIAGIO. I' Antigüiricita. 2a. Ed. Padova 1947. pág. 24.
2. PETROCELLE BIAGIO. I' Antigüiricita. 2a. Ed. Padova 1947. pág. 25.
3. JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Ed. A. Bello Caracas, Venez. 1945. pág. 338.
4. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México, - 1969. pags. 171 y 172.
5. VILLALOBOS IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano" Parte General. 2a. Ed. - Editorial Porrúa. México. 1960. pag. 249.
6. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano" Parte General. 2a. Ed. - Editorial Antigua Librería Robredo. México 1960 pag. 211.

7. CUELLO CALON EUGENIO.

Derecho Penal. Parte -
General. Tomo I. 8a. -
Ed. Barcelona 1947, ---
pág. 285.

8. VILLALOBOS IGNACIO.

"Derecho Penal Mexica-
no". Parte General. 2a.
Ed. Editorial Porrúa. -
México 1960. pag. 249.

9. SOLER SEBASTIAN.

Derecho Penal Argenti-
no. Tomo I. 3a. Ed. -
Editorial T.E.A. Bue-
nos Aires. 1956. pag.-
347.

10. CASTELLANOS TENA FERNANDO

Lineamientos de Dere-
cho Penal. Ed. Porrúa,
S.A. 5a. Ed. México, -
1969. pag. 175.

11. JIMENEZ DE ASUA LUIS.

La Ley y el Delito. Ed.
A. Bello Caracas, Vene-
zuela. 1945. pag. 289.

12. CASTELLANOS TENA FERNANDO.

Lineamientos de Dere-
cho Penal. Ed. Porrúa,
S.A. 5a. Ed. México, -
1969. pag. 180.

13. PORTE PETIT CELESTINO. "Importancia de la Dogmática Jurídica Penal". - 1a. Ed. Editora Gráfica Panamericana, S.A. México 1954. pág. 42.
14. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano" Parte General. 2a. Ed. Editorial Antigua. - Librería Robredo, México 1960. pag. 323.
15. JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Ed. A. Bello Caracas, Venezuela. 1945. pag. 289.
16. CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 8a. Ed. - Barcelona 1947. pag. 362.
17. VON LISZT FRANZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Reus, S.A. Madrid 1927 pag. 341.
18. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano" Parte General. 2a. Ed. - Editorial Antigua Librería Robredo, México 1960. pág. 93.

19. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México. 1969. - pag. 196.
20. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México. 1969. - pag. 196.
21. NUÑEZ RICARDO. Derecho Penal Argentino. Parte General. Ed. Bibliográfica. Argentina - 1959. pág. 48.
22. DE PINA RAFAEL. Código Penal. 6a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1964. pág. 37.
23. DE PINA RAFAEL. Código Penal. 6a. Ed. - Editorial Porrúa, S. A. - México 1964. pág. 37.

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD. SU ASPECTO NEGATIVO. SU PRESUPUESTO.

La Culpabilidad es el siguiente elemento esencial del delito que habrá de ser motivo de nuestro estudio pero, antes de entrar propiamente a ello, es indispensable aclarar que el elemento culpabilidad cuenta con un presupuesto, al que se le denomina precisamente imputabilidad; este presupuesto de la culpabilidad está constituido precisamente por la capacidad del individuo para querer y entender; este presupuesto a su vez cuenta con un elemento negativo mismo que si se presenta elimina la configuración del delito.

El Maestro Castellanos Tena respecto a estas ideas señala que "Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante,

intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. 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; luego la aptitud (intelectual y volitiva) a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas" (1)

Estas ideas expuestas por el maestro Castellanos Tena están basadas en el pensamiento de Max Ernesto Mayer, con las que coincidimos plenamente.

Por su parte el maestro Carrancá y Trujillo nos dice "que será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta o indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (2)

De esta manera encontramos pues que la imputa--

bilidad no es otra cosa sino la posibilidad de querer y entender, - de ahí que con toda razón se diga que tal presupuesto o sea la imputabilidad, está compuesta de un conjunto de condiciones de salud y de desarrollo mental, las cuales deben ser ciertas en el momento mismo en que se comete un acto ilícito.

El maestro Castellanos Tena nos dice que "comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad. El problema de los menores autores de actos típicos del derecho penal...⁽³⁾" es un acto o es -- una situación representativa del aspecto negativo de la imputabilidad.

De lo expuesto anteriormente llegamos a la consideración de que un individuo puede ser imputable en la comisión del delito de difamación, siempre y cuando esté en aptitud de -- querer y entender en el campo jurídico penal; esto es que esté - en aptitud de querer y de entender su conducta consistente en la-

comunicación dolosa a una o más personas, de la imputación que le hace a otra persona (física o moral), de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien.

Pero, anteriormente señalamos que la imputabilidad también tenía un aspecto negativo mismo que se conoce con el nombre de inimputabilidad y, se presentará, cuando el individuo que realiza el delito de difamación no entiende ni quiere y por tanto carece de capacidad en el campo jurídico penal.

El maestro Castellanos Tena nos dice al dar la idea general sobre la inimputabilidad que "como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella 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. Causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o de neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud-

de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica-
(4)
para la delictuosidad".

Ha sido generalmente aceptado por los autores como causas de inimputabilidad las siguientes:

1.- Trastornos mentales permanentes y trastornos mentales transitorios.

2.- El ingerir sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes.

3.- Padecer enfermedades de tipo infecciosas o microbiano de donde provengan trastornos mentales.

4.- Trastornos mentales patológicos.

5.- Miedo grave, y

6.- Sordomudez.

Respecto a estas causas de inimputabilidad el artí-

15 del Código Penal en su fracción II y en su fracción IV se refiere a ellas y por lo que hace a la sordomudez es el artículo 67 el que estudia tal circunstancia.

"Art. 15. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible;

Nota

La fuerza física exterior irresistible, consiste en la violencia material directa ejercitada sobre el agente, reduciéndolo a la categoría de un simple instrumento de quien la realiza, el que, en realidad, es el verdadero autor de la infracción penal.

Jurisprudencia

De acuerdo con el criterio asentado por la Sala Penal de la Suprema Corte de la Nación, para que -

proceda conforme al texto legal y a la doctrina, la excluyente de fuerza física, se hace necesaria comprobar que ésta, por lo que se refiere al sujeto que sufre la del tercero, ha de estar en tal forma superada -- que el sujeto sobre quien opera -- quede incapacitado para determinar se con su propia voluntad; esto es, que la fuerza expulsora exterior de sarrollada por el sujeto-medio. -- (Amparo directo 3752/1951. Resuelto el 14 de junio de 1952.)

II. Hallarse el acusado, al cometer - la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de - sustancias tóxicas, embriagantes o - enervantes, o por un estado tox infeccioso agudo o por un trastorno mental - involuntario de carácter patológico y --

transitorio".

"Art. 67. 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".

Al analizar cada uno de las posibles causas de inimputabilidad iremos señalando si se pueden presentar en el delito - de difamación.

Por lo que hace a los trastornos mentales permanentes el artículo 68 del Código Penal señala "los locos, ideotas, imbéciles, 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 del facultativo, a un régi--

men 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".; en esta circunstancia es obvio que cuando se compruebe que un individuo que haya cometido el delito de difamación, si éste se encuentra bajo un estado que precise estar trastornado de sus facultades mentales de manera permanente, no se le podrá considerar delincuente sino por el contrario tendrá el carácter de enfermo y por tanto deberá ser recluso en manicomio o en departamento especial a fin de procurar su curación.

En lo que se refiere a trastornos mentales transitorios también es indiscutible que evitan que se considere a un individuo en esta situación responsable de la comisión del delito de difamación.

En lo que hace al empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes como pueden ser la quinina, el yodoformo, el ácido salicílico, etc. es indiscutible que cuando se ingieren tales sustancias en forma involuntaria y, por ello, se comunica dolosamente a una o más personas hechos ciertos o

men 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".; en esta circunstancia es obvio que cuando se compruebe que un individuo que haya cometido el delito de difamación, si éste se encuentra bajo un estado que precise estar trastornado de sus facultades mentales de manera permanente, no se le podrá considerar delincuente sino por el contrario tendrá el carácter de enfermo y por tanto deberá ser recluso en manicomio o en departamento especial a fin de procurar su curación.

En lo que se refiere a trastornos mentales transitorios también es indiscutible que evitan que se considere a un individuo en esta situación responsable de la comisión del delito de difamación.

En lo que hace al empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes como pueden ser la quinina, el yodoformo, el ácido salicílico, etc. es indiscutible que cuando se ingieren tales sustancias en forma involuntaria y, por ello, se comunica dolosamente a una o más personas hechos ciertos o -

falsos que ataquen la honra de una persona, habrá razón para considerar al sujeto que realiza tal conducta como inimputable y por lo tanto carente de responsabilidad. Debe quedar bastante claro que el empleo de esas sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, debe ser totalmente involuntario, puesto que de no presentarse tales circunstancias estaremos en la posibilidad de que el sujeto que realiza tal conducta es plenamente responsable y por ello imputable.

Padecer enfermedades de tipo infecciosas o microbiano por las que sobrevengan trastornos mentales como es el caso de la rabia, el tifo y la tifoidea y por ello se cometa el delito de difamación es, al igual que en los otros casos, excluyente de responsabilidad, pero claro está el juzgador para tomar una de terminación de esta naturaleza debe analizar los dictámenes que al respecto viertan los médicos.

También se encontrarían bajo la circunstancia anteriormente señalada los individuos que estuviesen bajo los efectos de un trastorno mental patológico.

Respecto al miedo grave, han sido diversos auto-

res que se han dedicado a su estudio, así por ejemplo en unas --- conferencias pronunciadas en el año de 1940 Octavio Véjar Vázquez señala que entre el miedo grave y el temor existe una diferencia - en cuanto a que el miedo se engendra como causa interna y el temor obedece a causas externas; el miedo va de dentro para afuera y el temor de fuera para adentro. Respecto a la diferenciación entre miedo grave y temor fundado, aspectos a los que se refiere la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, el maestro Castella--
(5) nos Tena señala que técnicamente tales conceptos no pueden identificarse; el miedo grave constituye una causa de inimputabilidad -- en cambio el temor fundado origina una inculpabilidad. En el caso del delito de difamación si se comprueba que una persona lo cometió y en él operaron circunstancias psicológicas que le obligaron a la comisión de ese ilícito, o de otra manera circunstancias interiores que lo presionaron para ello, estaremos ante una excluyente de responsabilidad y, no se castigará al sujeto de estas condiciones.

Por lo que hace a los sordomudos, es indiscutible - que se ha legislado con sabiduría al considerar que tales individuos están impedidos para querer y entender determinada conducta y que si comete una conducta ilícita actúan por reflejos, podría---

mos decir que lo hace de manera instintiva; claro está, esta circunstancia es correcto si partimos de la base de que sea un sordomudo sin ilustración y que la sordomudez sea de nacimiento pero, si no operan estas circunstancias realmente no debe dejarse con tanta beligerancia este renglón e inclusive es recomendable una legislación más apropiada, esto es, que tomara en cuenta -- circunstancias dentro de la sordomudez, de caracter cultural y de origen.

Al tocar el aspecto de la inimputabilidad señalaremos que a la luz de nuestro derecho los menores de 18 años son inimputables, por lo tanto todos aquellos que estén bajo tal circunstancia y cometan el delito de difamación no se les considerará responsables, el trato que al respecto se recomienda son los que precisan los artículos 119 al 122 del Código Penal.

"Art. 119. Los menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa.

"Art. 120. Según las condiciones pecu-
liars del menor y la gravedad del he-
cho, apreciadas en lo conducente, co--
mo lo dispone el artículo 52, las medi-
das aplicables a menores serán aperci-
bimiento, e internamiento en la forma
que se sigue:

- I. Reclusión a domicilio;
- II. Reclusión escolar;
- III. Reclusión en un hogar honrado, -
patronato o instituciones similares;
- IV. Reclusión en establecimiento mé-
dico;
- V. Reclusión en establecimiento espe-
cial de educación y técnica, y
- VI. Reclusión en establecimiento de -
educación correccional".

"Art. 121. Para autorizar la reclu---
sion fuera del establecimiento oficial-
de educación correccional, los jueces
podrán, cuando lo estimen necesario-

exigir fianza, de los padres o encargados de la vigilancia del menor."

"Art. 122. A falta de acta del Registro Civil, la edad se fijará por dictamen pericial; pero en casos dudosos, por urgencia o por condiciones especiales de desarrollo precoz o retardado, los jueces podrán resolver según su criterio. Cuando el menor llegue a los dieciocho años antes de terminar el período de reclusión que se le hubiere fijado, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones decidirá si debe ser trasladado al establecimiento destinado a mayores."

Con las anteriores ideas terminaremos de estudiar el presupuesto de la culpabilidad para entrar de lleno al estudio de éste elemento esencial del delito.

Procuraremos definir lo que debemos entender por culpabilidad. Son diversos los autores que exponen sus puntos de vista respecto a este elemento substancial, entre ellos lo hacen - Cuello Calon, Jiménez de Asúa, Castellanos Tena, Porte Petit, -- etc.

Cuello Calón dice "una acción es culpable cuando a causa de las relaciones psicológicas entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle jurídicamente reprochable"⁽⁶⁾

Jiménez de Asúa señala "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.....en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁽⁷⁾

⁽⁸⁾
Castellanos Tena nos dice ".....consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga -

al sujeto con su acto.....sigue comentando el maestro Castellanos Tena, que al considerar la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, - tal como lo expresa Porte Petit ⁽¹⁹⁾, tal posición sólo es 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 directo, -- indirecto, indeterminado o eventualmente, pero acaecido por la -- omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado".

La culpabilidad se presenta en dos maneras en -- forma dolosa y en forma culposa, las cuales son según que el su jeto activo encamine su voluntad conscientemente a la realización de la conducta descrita en la ley. Algunos autores también se -- refieren a la peritencionalidad como tercera forma de culpabili-- dad.

(10)

El dolo de acuerdo con Cuello Calón ⁽¹⁰⁾ consiste -- en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un he--

cho delictuoso.

(11)

Por su parte Jiménez de Asúa, define al dolo -- como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta 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.

El maestro Castellanos Tena dice "en resumen, - el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a - la producción de un resultado típico y antijurídico".

El propio maestro Castellanos Tena agrega "el dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consciente en la voluntad de -- realizar el acto; en la volición del hecho típico".

(12)

Respecto a la noción de la culpa se han expresado-

(13)
al igual que en el caso del dolo diversas opiniones, Cuello Calón señala que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

(14)

Edmundo Mezger también nos dá su propia concepción al decirnos que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

El maestro Castellanos Tena nos dice que "existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas". --
Agrega el maestro Castellanos Tena "por ser necesaria la conducta humana para 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 exigidas por el Estado; tercero, los resultados del acto han de ser previsible y evitables y tipificarse pe-

nalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el-
hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido".⁽¹⁵⁾

Por lo que hace a la preterintencionalidad, se ha -
aceptado como lo dice López Betancourt que es una mixtura entre-
el dolo y la culpa ya que en esta figura se exige un inicio doloso-
y una conclusión culposa. Si bien es cierta la preterintencionali-
dad ha sido estudiada desde el punto de vista teórico, a la luz de
nuestro derecho positivo no tiene mayor importancia puesto que -
el Código Penal sólo reconoce la culpa y el dolo, así puede obser-
varse por la simple lectura del artículo 8 del Código Penal.

"Art. 8o. Los delitos pueden ser:

I. Intencionales, y

II. No intencionales o de impruden-
cia.

Se entiende por imprudencia toda -
imprevisión, negligencia, imperi-
cia, falta de reflexión o de cuidado
que cause igual daño que un delito-
intencional".

Por lo que hace al delito de difamación es indiscutible que la culpabilidad exigida por el tipo es precisamente de carácter dolosa, esto es, el sujeto activo debe realizar su acción ilícita en forma voluntaria e intencional e inclusive el mismo artículo 350 señala que debe de haber una comunicación dolosa a una o más personas.

La inculpabilidad.- La ausencia de culpabilidad se conoce con el nombre de inculpabilidad al respecto Jiménez de Asúa (17) la define como la absolucíón del sujeto en el juicio de reproche.

El maestro Castellanos Tena señala que "lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, por que si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constituidos de su esencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de an-

tijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella -- elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica (no de prioridad - (18) temporal)".

Entre la mayor parte de penalistas se consideran como causa de inculpabilidad el error y la no exigibilidad de -- otra conducta.

Respecto al error diremos que existen varios tipos del mismo; así se habla de error de hecho y de error de de -- recho, dentro del error de hecho se señala la existencia del -- error penal y del extrapenal, en el primero se recae en la norma penal, en el segundo es sobre el mismo contenido de la norma penal pero la equivocación es respecto al concepto jurídico de otra rama del derecho. El error de hecho a su vez se le divide

en esencial y accidental; el esencial es cuando se afecta el factor intelectual; en cambio el accidental bien puede ser aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio in delicti; este tipo de error es totalmente irrelevante porque lo único que sucede es que en lugar de pegarle a "X" persona se le pega a "Y" o bien en lugar de defraudar "A" cantidad de pesos se defraude "B" cantidad de pesos - y, por último, puede ser que se ocasione un delito contrario al -- deseado.

El único error que tiene la posibilidad de evitar -- la culpabilidad es el error esencial de hecho invisible, este tipo de error consideramos que sí puede presentar en el delito de difamación, como es el caso de que una persona crea que está actuando en el cumplimiento de una obligación y por ello está atentando contra el honor de una persona; claro está eso debe ser motivado por ese error esencial de hecho invisible.

Dentro de la inculpabilidad también nos referiremos a la no exigibilidad de otra conducta.

El maestro Castellanos Tena señala qué entiende -- por no exigibilidad de otra conducta y al mismo tiempo comenta -

la opinión al respecto del maestro Ignacio Villalobos textualmente precisa "no exigibilidad de otra conducta", se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatória de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos: "Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes decla

ran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias - que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico". El mismo tratadista afirma: "...La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la consciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos"⁽¹⁹⁾

Respecto a que esta circunstancia opere en nuestro delito a estudio, de manera contundente aceptamos tal posibilidad - ya que, una persona que esté bajo un temor fundado de ser muerto sino comunica dolosamente una imputación, por la que cause -- deshonra a otra persona, es indiscutible que está bajo la excluyente de responsabilidad a que se refiere la fracción IV del artículo 15 del Código Penal.

Con esta idea consideramos haber concluido el análisis de los elementos básicos o substanciales del delito de difamación.

C I T A S

1. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 207 y 208.

2. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. "Derecho Penal Mexicano" Parte General. 2a. Ed. - Editorial Antigua Librería Robredo. México 1960 pág.

3. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pág. 200.

4. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 213.

5. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 217.

6. CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. 8a. Ed. - Barcelona 1947. pag. 290.

7. JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Ed. A. Bello Caracas. Ven.-1945. pag. 352.

8. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. — pag. 222.

9. PORTE PETIT CELESTINO. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. 1a. Ed. Editorial Gráfica Panamericana S.de R.L. — México 1954. pag. 49.

10. CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 8a. Ed. Barcelona 1957. pag.302.

11. JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Ed. A. Bello Caracas, Ven. 1945. pag. 459.

12. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. — pag.228.

13. CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 8a. Ed. Barcelona 1957. pag.325.
14. MEZGER EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 2a. Ed. - Madrid. pag. 171.
15. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 234 y 235.
16. LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. Apuntes de Clase.
17. JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Ed. A. Bello Caracas, Ven.- 1945. pag. 480.
18. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 239 y 240.
19. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 248 y 249.

CAPITULO VI

LA PUNIBILIDAD. ASPECTO COMPARATIVO DEL DELITO DE DIFAMACION.

La Punibilidad.- Generalmente se ha aceptado que la punibilidad es el merecimiento de una pena debido a que se ha realizado una conducta ilícita.

Al respecto el maestro Castellanos Tena nos dice - que punibilidad es: a) merecimiento de penas: b) amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales;,-
(1)
c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Este elemento (la punibilidad) ha sido motivo de -- discusión sobre si es elemento esencial o no del delito.

Al respecto y considerando que sí era elemento -- esencial el maestro Porte Petit nos dice "para nosotros que he--

mos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito, y no -- una simple consecuencia del mismo. El artículo 7 del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal 'nulla poena sine lege', pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de -- las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y -- culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por con sideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no -- encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7 del Código Penal".

(2)

Se han externado otras opiniones, así por ejemplo nos dice Castellanos Tena, analizando el aspecto negativo de la -- punibilidad que "en el caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coautores en virtud de su participación en la comisión de un delito; ello confirma que puede existir éste sin la punibilidad. Al amparado por la excusa no se le aplica la pena, pero sí a quienes intervienen en alguna forma en la realización del acto, - y esto es así, necesariamente, porque cooperan en el delito; de lo contrario sería imposible sancionarlos. Por otra parte, al hacer el estudio de nuestra definición legal del delito, dijimos que - hay infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Adviértase, además que la definición del delito es innecesaria en los códigos. En nada se - alteraría nuestro sistema penal si se eliminara el artículo 7. El mismo profesor Porte Petit ha elaborado proyectos de códigos penales para algunos Estados de la República y para el Distrito y - Territorios Federales y ha suprimido en ellos la definición del - delito. Para mayor claridad, tomemos como ejemplo el robo entre ascendientes y descendientes. Esta excusa sólo favorece a - quienes tienen la liga de parentesco; los extraños partícipes son -

merecedores de la pena correspondiente, por ser personalísima la exención. Si se sanciona a los coautores, se debe a su intervención en un hecho que necesariamente conserva el carácter de delito, no obstante la ausencia de punibilidad para el ascendiente o descendiente. Por ello, repetimos, la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino su consecuencia ordinaria".⁽³⁾

Efectivamente nosotros coincidimos plenamente con el maestro Castellanos Tena al considerar que la punibilidad no es sino la acción política de castigar que realiza el Estado, pero de ninguna manera puede considerarse elemento esencial o fundamental del delito.

En el caso concreto del delito de difamación, el artículo 350 del Código Penal, precisa una pena de prisión hasta de dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del juez. Como puede observarse la punibilidad de nuestro delito es lo que podríamos denominar y/o esto es, admite una sanción pecuniaria y prisión; pero queda a juicio del juez el poder aplicar solo una de ellas. Este criterio en realidad nos parece injusto, valdría la pena formular un análisis detenido res--

pecto a la punibilidad que señala el artículo 350 del Código Penal, - puesto que el honor de una persona que es el bien jurídicamente - protegido por el delito de difamación no debe ser sancionado con - cincuenta pesos; definitivamente nos inclinamos por que este delito, (mismo que ha sido en su mínima parte reconocido y generalmente las autoridades encargadas de la persecución del delito hacen caso omiso de las denuncias que presentan los particulares o bien, lo - más grave, los particulares no presentan denuncias porque conside- ran que no tendrían éxito y solo se exponen a perder el tiempo), - deba ser castigado con mayor dureza.

Ausencia de Punibilidad.- Se conocen con el nom- bre de excusas absolutorias al elemento negativo de la punibilidad- son aquellas circunstancias que si bien es cierto dejan subsistente el delito, el estado por su política criminal al través de tales ex- cusas impiden la aplicación de una pena.

(4)

Castellanos Tena nos habla de cuatro excusas ab- solutorias mismas que considera las de mayor importancia.

Nos habla de la excusa en razón de la conserva--

ción del núcleo familiar; a esta excusa se refiere el artículo 377 - del Código Penal del Distrito y Territorios Federales mismo que dice:

"Art. 377. El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal -- contra dichas personas. Si además de las personas de que habla este artículo tuviere intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta la excusa absolutoria, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido. Pero si precediere, acompañarse o siguiere al robo algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señale la ley".

Excusa en razón de la mínima timibilidad; se en--

cuenta contenida en el artículo 375 del Código Penal, mismo que señala:

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

Excusa de la razón de la maternidad consciente se reseña en el artículo 333 del Código Penal el cual establece el aborto causado por la imprudencia de la mujer, tal artículo señala:

"Art. 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación".

Por último Castellanos Tena se refiere a la excusa absolutoria en razón del encubrimiento de parientes y allegados, - esta circunstancia se encuentra contenida en los artículos 280 frac ción II y 151 del Código Penal los cuales textualmente señalan:

"Art. 280.' Se impondrá prisión de tres días a dos años y multa de cin co a dos mil pesos:

II. Al que oculte, destruya, o sin - licencia correspondiente sepulte el - cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia. - En este caso no se aplicará san--- ción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio".

"Art. 151. El artículo anterior no comprende a los ascendientes, desendientes, cónyuges o hermanos del

prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto en el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas".

Ya que nos referimos a las excusas absolutorias - diremos que para algunos autores es una excusa absoluta lo -- que señala el artículo 352 del Código Penal el cual como debe recordarse dice:

"Art. 352.- No se aplicará sanción alguna como reo de difamación ni de injuria:

1. Al que manifieste técnicamente su parecer sobre alguna producción literaria, artística, científica o industrial:

II. Al que manifieste su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público o que -- con la debida reserva lo hizo por humanidad, por prestar un servicio a persona con quien tenga parentesco o amistad, o dando informes que se le hubieren pedido, si no lo hiciera a sabiendas calumniosamente, y

III. Al autor de un escrito presentado o de un discurso pronunciado en los tribunales, pues si hiciera uso de alguna expresión difamatoria o injuriosa, los jueces, según la gravedad del caso, le aplicarán alguna de las correcciones disciplinarias de las que permita la ley".

Tal y como señalamos para algunos autores este artículo nos muestra una clase de excusa absolutoria en razón del interés social preponderante; esta opinión no la compartimos ya que cuando hablamos de las causas de justificación al referirnos concretamente al cumplimiento de un deber y al ejercicio de un Derecho analizamos el artículo 352 del Código Penal, pero no debemos de dejar de reconocer que si nos atenemos exclusivamente al análisis gramatical del artículo 352, efectivamente estaremos ante una ausencia de punibilidad dado que en el inicio de su redacción dice "no se aplicará sanción alguna.....; pero si profundizamos en el contenido de cada una de las tres fracciones de este artículo, observaremos que lo que se está aceptando es un derecho o bien respetando el deber de una persona y, por ello, estaremos en presencia de una verdadera causa de justificación tal y como cuando estudiamos este renglón lo hicimos notar.

Por último nos vamos a referir al aspecto comparativo que guarda la idea de difamación de nuestro Código Penal con lo que precisan otros Códigos Penales del interior de la República.

Así por ejemplo el Código Penal del Estado de --- Guerrero de 1953 señala en su artículo 318 que "la difamación -- consiste en comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en - las casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito o exponerlo al desprecio de alguien....".

Como puede observarse el Código del Estado de - Guerrero repite exactamente la misma definición que nos dá la - segunda parte del artículo 350 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales la única diferencia es un razgo ortográfico - entre una y otra concepción.

La diferencia entre el Código Penal de la entidad- referida y el aplicable del Distrito Federal es por lo que hace a la punibilidad, la pena a que se refiere el artículo 318 del Esta- do de Guerrero es de una prisión de seis meses a tres años y - multa de cincuenta a mil pesos, el criterio del Código Guerre-- rensé está más acorde con nuestro punto de vista dado que no -- aplica alternativamente prisión o sanción económica, sino que se-

inclina por la aplicación de ambas penas y la mínima pena que re-
ce a es de seis meses de cárcel.

El Código del Estado de Jalisco también tiene un --
capítulo consagrado a los delitos contra el honor, el artículo 316 -
en su segunda parte define al delito en los mismos términos con -
que lo hace el artículo 350 del Código Penal y del Distrito y Terri-
torios Federales, inclusive marca la misma pena, misma que co--
mo ya hemos expuesto desde nuestro punto de vista es bastante --
criticado.

El Código Penal de Aguascalientes también se refie-
re en su título 180. a los delitos contra el honor y en ellos habla
de la difamación, el artículo 349 del Código de Aguascalientes di-
ce textualmente: "la difamación consisten en comunicar dolosamen-
te a una o más personas la imputación que se hace a otra persona
física, o jurídica colectiva, de un hecho cierto o falso, determina-
do o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito o ---
perjuicio, o exponerla al desprecio de alguno.

La definición que nos dá el Código Penal de Aguas-

calientes tiene algunos rasgos distintivos en relación con el Código Penal del Distrito y Territorios Federales; así por ejemplo se refiere no "a personas morales en los casos previstos por la ley", -- como lo hace el Código del Distrito sino que se refiere, el Código de Aguascalientes a "personas físicas, o júridica colectiva. ..."; -- al final en lugar de referirse a "alguien", como lo hace el Código del Distrito, dice, el desprecio de "alguno"; en esencia hay cierta coincidencia entre el concepto de difamación del Código de Aguascaliente y el concepto de difamación del Código del Distrito.

La diferencia notable entre el Código de Aguascalientes y el Código del Distrito, es que aquel señala en su artículo 350 que "el delito de difamación se sancionará con prisión hasta con tres años y multa de cincuenta a quinientos pesos", esa diferencia de que hablamos es que cuando el Código de Aguascalientes necesariamente impone dos tipos de penas como es la prisión y la sanción pecuniaria, el Código del Distrito puede aplicar las dos sanciones o cualquiera de las dos; otra diferencia notable es que el Código de Aguascalientes habla de una prisión hasta de tres años y multa de cincuenta a quinientos pesos; en cambio el Código del Distrito habla de una prisión hasta de 2 años y de una multa -

de cincuenta a trescientos pesos.

Hemos querido dejar para el final el análisis del Proyecto de Código Tipo porque consideramos que merece nuestra especial atención.

El Proyecto de Código Tipo de 1963 en su artículo 318 textualmente señala "se aplicará prisión de tres días a cuatro años y multa de cien a doscientos pesos, al que comunique dolosamente a una o más personas la imputación que se hace a una persona jurídica física o colectiva, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado que pueda causarle deshonor, o afectar su reputación.

El concepto de difamación que nos da el proyecto de Código Tipo es bastante más claro, se refiere a persona jurídica, física o colectiva; quita elementos subjetivos; evita la palabra "perjuicio" y "desprecio de alguien", se refiere a que puede afectar su reputación de esa persona jurídica, física o colectiva; el Proyecto de Código Tipo le quita la afectación económica a que se refiere el concepto de difamación de nuestro código actual cuando señala "que

puede causarle perjuicio....."; otra nota característica y con lo que coincidimos plenamente es lo referente a la pena, el Proyecto de Código Tipo habla de una prisión de tres días a cuatro años y multa de cien a dos mil pesos, consideramos que efectivamente -- está atendiendo el interés jurídicamente protegido o sea el honor de las personas, es mucho más realista la sanción y por tanto representa un verdadero estímulo para que las personas se querellen contra quienes les han causado una disminución en su reputación o en su honra.

Con esta simpatía absoluta por la redacción y por el trato que le dá al delito de difamación el Proyecto de Código Tipo - concluimos el presente capítulo y, por ende, nuestro estudio sobre el delito de difamación.

C I T A S

1. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 253.

2. PORTE PETIT CELESTINO. "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal" -- 1a. Ed. Editora Gráfica-Panamericana, S.A. México 1954. pag. 59

3. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Pena. Ed. Porrúa, S.A.- 5a. Ed. México 1969. -- pag. 255.

4. CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969. -- pag. 257 y ss.

CONCLUSIONES

- 10.- El delito de difamación, si bien es cierto no es muy antiguo, puede decirse que las legislaciones modernas se han preocupado por su inclusión.
- 20.- Por la historia de las legislaciones mexicanas podemos observar que, aunque con distintos matices, la figura de la difamación ha sido analizada.
- 30.- En lo relativo a su estudio dogmático las conclusiones respectivas aparecen en cada uno de los capítulos pero, podemos insistir, en lo que hace a la punibilidad, que ésta no está acorde con el bien jurídicamente protegido, por lo que se hace necesario una modificación en ese renglón y al respecto proponemos la sanción y definición del Proyecto de -- Código Tipo de 1963.
- 40.- La mayor parte de legislaciones de la República Mexicana siguen los lineamientos trazados por el artículo 350 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales.

50.- El Ministerio Público ha mostrado poco interés por la persecución de quienes cometen el delito de difamación, a pesar de que al respecto se presentan las querellas correspondientes.

60.- El aumentar la sanción que se imponga al delito de difamación se estará estimulando para que personas, víctimas de individuos sin escrúpulos presenten sus querellas y se logre por ello mayor respeto al honor de las personas, circunstancias que como hemos dicho en la actualidad no se presenta.

BIBLIOGRAFIA

CASTELLANOS TENA FERNANDO.

Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1969.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.

Derecho Penal Mexicano-Parte General. Tomo I.- Ed. Antigua. Librería -- Robredo. México 1960.

CUELLO CALON EUGENIO.

Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 8a. Ed. Barcelona 1947.

DE PINA RAFAEL.

Código Penal. 6a. Ed. -- Editorial Porrúa, S.A. - México 1964.

JIMENEZ DE ASUA LUIS.

La Ley y el Delito. Ed.- A. Bello. Caracas, Ven. 1945.

JIMENEZ DE ASUA LUIS.

Tratado Derecho Penal -- Tomo III. Losada, Buenos Aires. 1954.

JIMENEZ HUERTA MARIANO.

Panorama del Delito. Mé- xico. 1950.

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO.

Apuntes de Clase.

MEZGER EDMUNDO.

Tratado Derecho Penal.
Tomo III. Madrid 1955.

NUÑEZ RICARDO.

Derecho Penal Argentino
Parte General. Ed. Bi--
bliográfica. Argentina -
1959.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.

Manual Derecho Penal -
Mexicano. Ed. Porrúa,-
S.A. 2a. Ed. México -
1967.

PETROCELLE BIAGIO.

I' Antigüiricista 2a. Ed.
Padova. 1947.

PORTE PETIT CELESTINO.

Importancia de la Dog--
mática Jurídico Penal. -
México 1954.

SODI DEMETRIO.

Nuestra Ley Penal. To--
mo II. 2a. Ed. Corre--
gida y Aumentada. Li--
brería de la Vda. de --
Ch. Bouret. México --
1817.

SOLER SEBASTIAN.

Derecho Penal Argentino
Tomo I. 3a. Ed. Editorial
T.E.A. Buenos Aires.
1956.

VILLALOBOS IGNACIO.

Derecho Penal Mexicano.
Parte General. 2a. Ed. -
Editorial Porrúa. México
1960.

VONZ LISZT FRANZ.

Tratado de Derecho Penal
Tomo III. Ed. Reus, S.A.
Madrid. 1927.

INDICE

	Pag.
PREAMBULO.....	1
CAPITULO I.	
"ANTECEDENTES HISTORICOS".....	4
CAPITULO II.	
"LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA".....	14
CAPITULO III	
"LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA ".....	33
CAPITULO IV	
"ANTI JURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFI-- CACION".....	55
CAPITULO V	
"LA CULPABILIDAD. SU ASPECTO NEGATIVO, SU PRESUPUESTO.".....	81
CAPITULO VI	
"LA PUNIBILIDAD. ASPECTO COMPARATIVO - DEL DELITO DE DIFAMACION".....	109

Pag.

CONCLUSIONES..... 126

BIBLIOGRAFIA..... 129