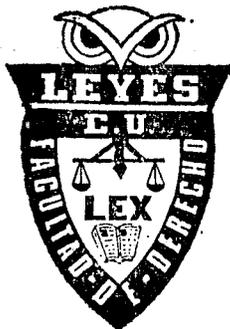


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO



“EL DELITO DE PANDILLISMO”
(ANALISIS DOGMATICO)

EDMUNDO CARRANO CASTRO

MEXICO, 1973.



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: señor Américo Carrano Alfano (R.I.P.) quién con su conducta y deseo de servir y superarse, me trazó una línea de honradéz y dignidad gracias a la cual hoy realizo uno de sus más caros anhelos y de los míos propios; a su memoria dedico con humildad, agradecimiento y cariñoso respeto este trabajo que es producto de mi esfuerzo y reiterado sacrificio y del suyo.

A MI MADRE: señora Teresa Castro Vda. de Carrano, esposa ejemplar, madre tierna y cariñosa, y mujer despojada de egoísmo, en quién siempre he encontrado el apoyo y ayuda de quién lo dá todo sin esperar recibir nada. Para ella, el más grato de mis recuerdos y la eternidad de mi agradecimiento.

A MIS HIJAS: Diana Gabriela y Patricia Teresa Carrano Aguayo con todo mi cariño y amor paternal en quienes he cifrado mis esperanzas.

A MIS HERMANOS: Américo, Teresa y Angel, con fraternal cariño y quienes también han sabido brindarme comprensión y apoyo, a ellos igualmente mi reconocimiento imperecedero.

A MIS TIOS: Amadeo, Pilar, Emilia, María Elena y Francisco, con agradecimiento y respeto.

RECONOCIMIENTO .

A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, por su grandeza que como Alma Mater nos brinda sin reservas a todos los universitarios y al servicio desinteresado que nos presta a todos los mexicanos, sin distinción de razas, credos, ideales o tendencias, posiciones sociales o económicas. Por la libertad de expresión, pensamiento, cátedra y acción.

A MIS MAESTROS.

Con mi más profundo agradecimiento y sincero respeto.

A MIS AMIGOS.

Y en general a todas aquellas personas que de un modo o de otro, siempre me han brindado su apoyo, ayuda y confianza, por lo cual me siento igualmente agradecido.

Al señor Licenciado Felipe Sosa Calva, a quién debo la iniciación y enseñanza de mi vida profesional, caro y desinteresado amigo quién me ha brindado no solo su amistad sincera sino también su apoyo y capacidad profesional, para él igualmente mi reconocimiento y reiterada amistad.

A MANERA DE INTRODUCCION

Dada la dinámica de la vida moderna, el abandono de las viejas fórmulas, y la celeridad que requiere la solución de los problemas que aquejan al cada vez más angustioso problema de la concentración humana en los principales conglomerados sociales, en los que se advierte muy marcadamente el desmembramiento de la célula social, o sea la familia, ante la agobiante y satisfactoria tarea de la creación del progreso y el afán sempiterno de superarlo, preservarlo y protegerlo, como fin primero y último que se han impuesto nuestras generaciones actuales, ha surgido dentro de nuestro medio actual al igual que en la mayoría y casi totalidad de los países del globo terráqueo, el problema de la llamada "rebeldía de la juventud", que representa ésta la esperanza futura de la preservación y acrecentamiento de ese progreso, y, por otro lado, el aparente olvido de nuestros contemporáneos por acercarse a esa juventud con verdadero afán de orientarla y prepararla, no con el fin de demostrarle soberbia y señalarle exclusivamente sus errores, imponiéndole sanciones que tiendan a hacer nugatorio el campo de la experiencia y el derecho a la convivencia social; es por lo que hoy nos ha llamado la atención el escoger como tema para la elaboración de este trabajo, el análisis dogmático del contenido del artículo 164 Bis de nuestro Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Como consecuencia de lo anterior, se ha suscitado en nuestra época la necesidad imperiosa de cambiar estructuras y sistemas en todos los órdenes tradicionales y, por ende, como respuesta o reacción de parte del Estado, la creación de normas de carácter represivo con objeto de mantener la seguridad y el Orden Público así como la estabilidad política y económica. De entre esas medidas ha surgido dentro de nuestra legislación de Defensa Social, el delito de Pandillismo, cuyo vocablo deriva del Gótico 'banwa' y del sajón 'ban', que significan vínculo, liga, alianza o lazo. En su acepción estricta una pandilla es la unión o liga de personas, especialmente la que se forma con el objeto de divertirse. Desgraciadamente en nuestra época, de la diversión se ha pasado al libertinaje y al desenfreno, principalmente en la juventud, ésto ha propiciado además la comisión de graves violaciones en todos los campos de los valores, escudándose sus autores en las llamadas pandillas, "quién forma parte de una pandilla, es un pandillista. - Ese lo que ejerce es el pandillismo, nos dice el maestro Raúl Carranca y Trujillo, Van generalizándose entre nosotros unos neologismos que no tienen razón de ser. De pandilla se ha pasado a 'pandillero' y a 'pandillerismo'. Estos neologismos, sobre parecemos malsonantes, carecen de ese toque que el espíritu del idioma dá a las palabras. De 'banda' vienen 'bandido' y 'banditismo', y no bandillero ni pandillerismo. Fácil es admitir, por el contrario, que de la palabra bandolerismo derive bandolero. La pandilla no es otra cosa que la pe

queña banda, la 'bandilla' de donde ha pasado a la voz 'pandilla'. En los 'sinónimos castellanos' de Roque Barcia, vemos que 'bandolero' es el que capitanea la partida o bandería que le sigue; es el jefe de ella. El 'bandido', por otra parte, es el proscrito por bando, el fugonado. "Fugitivo de la justicia llamado por bando", lo definen los diccionarios de nuestro idioma. Pero en la pandilla no hay diferente denominación para el jefe que para los demás que la integran, seguramente por su incipiente número y por su inorgánica composición. Todos los que integran las pandillas son pandillistas, adeptos al pandillismo. Una definición legal de la pandilla figura ya en nuestro Código Penal. Ante esta manifestación de la conducta antisocial de ciertos jóvenes, general al mundo entero hoy en día, y no sólo circunscrita a México, los diputados y senadores que debatieron en el Congreso acerca de esta reforma penal reconocieron que existe una crisis profunda en los hogares mexicanos, cualquiera que sea el estrato social al que pertenezcan, y que la educación en el hogar y en la escuela contribuyen a la formación social de la personalidad de los individuos, a la formación de su carácter y a su fidelidad a una tabla de valores éticos. El diputado Manzanilla Schaffer, destacado valor de la Cámara, reconoció que el combate contra la delincuencia juvenil no se agota con sólo castigar en la legislación penal el pandillismo, pues las causas que lo generan son complejas y profundas, y que es necesario fortalecer las relaciones familiares -- tanto como dar a la escuela su verdadera función de formadora de la -

personalidad social del individuo, siendo absurdo pensar que con nuevos artículos del Código Penal se habrán de remediar males tan complejos".*/

A virtud de lo anterior, de suyo resulta evidente lo atractivo del tema a desarrollar, tanto por la ya casi crónica crisis actual de valores que padecemos, como porque al iniciarlo con igual entusiasmo que preocupación, consideramos contribuir legítima y activamente a establecer en nuestras conclusiones alguna sugerencia que pueda servir a restablecer el equilibrio de nuestro maltrecho orden social.

*/ "CODIGO PENAL ANOTADO", 3a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1971. pp. 418, 419, 420 y 421.

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO EN GENERAL.

SUMARIO

1. Concepción unitaria o totalizadora. 2. Concepción analítica o atomizadora. 3. Definición del delito: a) Escuela Clásica, b) Escuela Positiva, c) Noción Jurídico Formal, d) Noción Jurídico Substantial. -
4. Elementos del Delito.

El propósito de este capítulo es anotar, aunque en forma somera, algunas nociones fundamentales relativas a las generalidades del delito, mismas que en el desarrollo de nuestro trabajo nos servirán de soporte.

Encontramos en la doctrina dos conceptos para conocer la esencia del delito; ahora bien, iniciaremos nuestro trabajo, partiendo del estudio y análisis de las mismas, las referidas doctrinas son: a) La unitaria o totalizadora y, b) La analítica o atomizadora.

1. CONCEPCION UNITARIA O TOTALIZADORA.

Los sostenedores de esta corriente consideran el delito, como una unidad que no debe ni puede dividirse en elementos diversos; esto es, - estiman que el delito es algo único e infraccionable.

En Antolisei, encontramos a uno de los principales representantes de esta corriente, quien al respecto, opina: "El delito es un todo orgánico, una especie de bloque monolítico el cual puede presentar diversos aspectos pero no es en algún modo fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito, no está en cada uno de sus componentes, sino en - el todo, o sea, en su intrínseca realidad. Sólo mirando al delito bajo este perfil es posible comprender su verdadero significado; es decir, sin - olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea". 1/

1/ "MANUAL DE DERECHO PENAL". Parte General, Editorial UTEHA, Argentina, Buenos Aires. 1960. p. 153.

Sin escatimar los grandes méritos de los seguidores intelectuales de esta doctrina, misma que ha sido, es y será respetada y respetable; nos permitimos diferir de la misma, toda vez que, conceptuar al delito como un bloque monolítico, indivisible en forma absoluta, es pecar de sistema; en efecto, consideramos que aún suponiendo al delito como una unidad, deberá siempre analizársele intrínseca y metódicamente en sus elementos integrantes, para su mejor comprensión y estudio.

2. CONCEPCION ANALITICA O ATOMIZADORA

En esta corriente doctrinaria, se hace el estudio del delito, descomponiéndolo en sus elementos, pero sin olvidar su unidad, es decir, considera los elementos del ilícito penal en conexión íntima, vinculados estrechamente. Los defensores de la concepción atomizadora, con los cuales nos encontramos de acuerdo, reconocen las importantes consecuencias que virtualmente se derivan del delito, realizando su análisis, sin perder de vista su UNIDAD.

Acertado es el pensamiento de Petrocelli, cuando dice: "El análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica. 2 /". En términos similares se pronuncia Aristeo Martínez Lecona, cuando manifiesta: "Si el método unitario o sintético 2 / "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", Cfr. Porte Petit Celestino, 3a. ed. México 1964, p. 86

tico, estima el delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cale en sus elementos tan hondamente como sea posible para separarlos conceptualmente, incurre en una limitación semejante, bien de signo contrario, a la del procedimiento analítico que se dejará arrastrar por un desmedido afán de atomizarlo todo, olvidando la gran síntesis funcional que el concepto del delito implica" 3/.

De las teorías comentadas, como ya lo dejamos indicado, nos inclinamos por la atomizadora, tal como quedó explicada; por consiguiente, para seguir el camino preciso en el estudio analítico del delito, no debe desatenderse la íntima y profunda conexión existente entre los varios elementos que lo componen (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad); y además, tener presente que el delito constituye un ente jurídico esencialmente unitario, que su fraccionamiento en varios elementos es solo un medio de trabajo y estudio para resaltar cada uno de sus aspectos integrantes y ver la función sistemática que desempeñan, tanto en consideración a los preceptos de la legislación positiva, como en prueba de la elaboración dogmática de ellos.

En la estructura intrínseca del delito, no puede existir una separación de sus diversos elementos a manera de provincias independientes,

3/ "DOGMATICA DEL DELITO", Tesis Profesional, México, 1953, - p. 19.

sino por el contrario, ellos se ofrecen íntimamente relacionados por -
prelación lógica.

Luego pues, debe dejarse debidamente aclarado que entre los elementos del delito no existe una prioridad temporal, por no surgir uno primero y los restantes después en forma sucesiva; cuando el delito - se presenta aparecen todos a la vez; más en un terreno conceptual, - primero ha de estudiarse un ingrediente y luego el siguiente en orden lógico. Por Petit acertadamente expresa, que: "Entre los elementos del delito existe prelación lógica" 4/. En efecto, para la concurrencia de un elemento del delito debe antecederle su correspondiente como algo necesario; así tenemos que no se podrá hablar de tipicidad, si antes no existe una conducta o hecho encuadrado al tipo, ni de antijuricidad, si antes no existe la tipicidad. Valgan estas últimas consideraciones, como apoyo al carácter unitario del delito y de su estudio - analítico a través del método atomizador.

Por el número de elementos que constituyen el delito dentro de la - concepción atomizadora, encontramos a este conformado Bitómica, Tri-
tómica, TETRATOMICA, Pentatómica, Hexatómica y Heptatómicamen-
te. Existe partidismo en cuanto a los elementos que forman la estruc-
tura esencial del delito, por nuestra parte nos adherimos a la concepción

4 / "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PE-
NAL", 3a. Ed. México, 1964, p. 229.

Tetratómica, siguiendo así la opinión mayoritaria entre los autores - para quienes los elementos esenciales del delito son: La conducta o - hecho, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Los demás - elementos de que nos habla la ciencia penal, consideramos son complementarios para la figura delictiva; es decir, la imputabilidad es - presupuesto de la culpabilidad, la punibilidad es consecuencia del delito, y las condiciones objetivas de penalidad, que en la mayoría de - los casos faltan en la constitución del delito, no podrán ser elementos esenciales del mismo.

3. DEFINICION DEL DELITO.

En cuanto a la definición del delito, que desde este momento consideramos innecesaria para los ordenamientos positivos modernos, vemos que son muchas las concepciones que sobre el mismo nos han dado a través de la Historia los doctrinarios del Derecho Penal. Por ello, resultaría un tanto difícil obtener una definición del delito con carácter universal, o sea, aplicable en todos los tiempos y para todos los hombres de la tierra.

Los anteproyectos del Código Penal de 1949 y 1958 para el Distrito y Territorios Federales y el Proyecto del Código Penal Tipo de 1963 para la Federación Mexicana, han tomado en cuenta que ninguna definición legal del delito es necesaria, así lo hacen notar claramente, no incluyéndola

en su texto. La fórmula: "Delito es el acto u omisión que sancionan - las leyes penales", resulta anacrónica, inútil e innecesaria.

El término delito se deriva del verbo latino "delinquere" que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley, ir en contra de los principios de justicia y seguridad social.

Distinguidos penalistas de todo el orbe han tratado de darnos una definición del delito con validez para todos los tiempos y todos los lugares, y es lamentable decir, que su trabajo intelectual, de esfuerzos y meditaciones ha fracasado casi en su totalidad, ya que el delito está íntimamente ligado a las necesidades de cada época y a la manera de ser de cada pueblo, y lo que en algunos lugares es delito, en otros no lo es. Hay acciones que en el pasado no eran delictuosas y actualmente han sido erigidas en delitos o viceversa. A pesar de tales dificultades como se verá después, es posible caracterizar jurídicamente al delito por medio de fórmulas generales - que determinen sus atributos esenciales.

Tenemos ya un detalle preliminar sobre la definición del delito, para ampliar estas consideraciones veremos lo que nos dice La Escuela Clásica y la Escuela Positiva, con respecto a este tema.

a) Escuela Clásica. En el pensamiento de Francisco Carrara, principal exponente de esta época intelectual, el delito es definido como "La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciu-

dadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" 5/. Carrara considera - explica Castellanos Tena - que el delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del derecho positivo; llama al delito infracción a la Ley, en virtud de que un acto o una manifestación de la conducta se convierte en figura delictiva únicamente cuando choca contra la ley y es más, para que no se confunda con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, que es la violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado. La ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad; y, hacer patente la idea especial del delito que no está en transgredir las leyes que protegen la prosperidad del Estado, y los intereses patrimoniales privados, sino salvaguardar la seguridad de los ciudadanos, no estaría presente. Carrara juzgó preciso anotar en su maravillosa definición, que la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para substraer del dominio de la ley penal, las simples opiniones o deseos que tiene una naturaleza distinta y, además, porque sólo el hombre es capaz de ser agente activo del delito. Finalmente estima nuestro autor que el acto o la omisión ha de ser moralmente imputable, pues el

5 / "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL" , Parte General, Editorial - Temis, Bogotá, 1956, Vol. 1, p. 43.

hombre está sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza - moral, y porque la imputabilidad moral es presupuesto lógico de la imputabilidad política 6/.

b) Escuela Positiva. Dentro de la evolución positiva emerge la - opinión del jurista Rafael Garófalo, quien pretende demostrar que el - delito es un fenómeno o hecho natural, resultante de factores sociológicos. Define el delito como: "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida medio indispensable para la - adaptación del individuo o la colectividad" 7/. Nótese como la concepción de Garófalo en realidad no desentraña la esencia del delito, limitase el gran positivista a señalar los efectos del crimen, y el delito no puede conocerse desde el ángulo sociológico como lo pretende dicho autor, sino solamente desde el punto de vista del Derecho. "Y no podría ser de otra manera ya que la conducta del hombre, el actuar de todo ser humano puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de - lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos; pero el delito como - tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aún cuando luego su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por el mismo se haya formado, como tal vez

6/ Cfr. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a. Edición, Editorial Jurídica, México 1955, p. 158-159.

7/ Cfr. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a. Edición, Editorial Jurídica, México 1955, p. 158-159.

sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de estas apreciaciones un fenómeno natural. La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc., por tanto no se puede investigar que es en la naturaleza del delito cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente para agrupar y clasificar una categoría de actos formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza" 8/.

La revolución positivista pretendió explicar todos los problemas del mundo y de la vida por medio del método experimental, sus partidarios y expositores negaban todas las disciplinas que no pudieran ser captadas mediante la observación, mutilando así el esquema general de la ciencia. Para ellos, solo es dable tildar de científica una investigación, cuando fuera posible emplear en ella los métodos propios de la naturaleza. Con esto se puede advertir la ineficacia del sistema empleado por Garófalo, -

8/ Cfr. "DERECHO PENAL MEXICANO", Villalobos Ignacio, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1960, p. 198.

al legarnos su definición natural del delito.

Los positivistas creyendo trabajar en el terreno del derecho, crearon una serie de disciplinas causales explicativas de la criminalidad o ciencias naturales: Antropología Criminal, Psicología Criminal, Sociología Criminal, etc.; por tanto, como expresa el Filósofo Luis Recasens Siches: "Quién permanezca encerrado dentro del ámbito de las -- Ciencias Naturales, manejando exclusivamente sus métodos, no podrá -- llegar a enterarse, ni de lejos, de lo que es el Derecho". 9/.

Para comprender el delito jurídicamente, en sus caracteres de esencia, no puede olvidarse que su definición debe ser una fórmula simple y precisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito, permitiendo su desarrollo conceptual mediante el estudio analítico de cada uno de sus elementos.

c) Noción Jurídico Formal. Los doctrinarios muy acertadamente estiman que la noción Jurídico-Formal del Delito, es suministrada por la Ley Positiva, cuando establece la amenaza de la pena por la ejecución de un comportamiento delictivo. Sin una ley que sancione una determinada conducta o hecho, no es posible hablar del delito. A este respecto Cuello Calón expresa: "El Delito es la acción prohibida por la -- ley bajo la amenaza de una pena" 10/. "El delito formalmente consiste 9/ "VIDA HUMANA SOCIEDAD Y DERECHO", 3a. edición, Editorial-Porrúa, S.A., México, 1952, p. 40.

10/"DERECHO PENAL", 9a. Edic. Editora Nacional, México, 1953, Tomo I, p. 255.

rado, Dice Mezguer, es un hecho punible, esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena" 11/. Nuestro Código Penal (Artículo 7) establece : "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" . Consideramos sin temor a equívoco, que no siempre se puede hablar de la pena como medio eficaz para la caracterización del delito; además, estimamos que las nociones jurídico formales no penetran en la verdadera naturaleza del delito por ser omisas al contenido esencial de éste.

d) Noción Jurídico Substancial. Desde este punto de vista Cuello Calón, caracteriza al delito, como la : "Acción antijurídica, típica, culpable y sancionada por una pena" 12/. Para Edmundo Mezguer es, "la acción típicamente antijurídica y culpable" 13/. Por su parte Jiménez de Azúaal respecto nos indica: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"14/.

11/ "DERECHO PENAL", Pte. Gral. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 77.

12/ "DERECHO PENAL", 9a. Ed. Editora Nacional, México, 1953, - Tomo I, p. 257.

13/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Tomo I, p. 152.

14/ "LA LEY Y EL DELITO", 4a. Ed. Editorial Hermes, México, -- Buenos Aires, 1963, p. 207.

Advertimos que en las condiciones anteriores, se involucran como elementos del delito, la acción (conducta o hecho según nuestro criterio), la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Según nuestro particular punto de vista nos encontramos de acuerdo con los autores que niegan el carácter de elementos esenciales a la imputabilidad (pensando que ésta es un presupuesto necesario de la culpabilidad), a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

Solo una concepción jurídico-substancial puede tener la validéz espacial y temporal que es necesario dar a la definición del delito. --
 Siendo así, pensamos que delito es: "LA CONDUCTA O HECHO, TIPI-
 CA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE".

4. ELEMENTOS DEL DELITO. Entre las múltiples expresiones empleadas para la denominación de los componentes que integran la estructura del delito, se ha dado casi siempre preferencia al término "elemento", por considerarlo el más apropiado para ésta función.

En realidad las cuestiones de la nomenclatura, no deben tener o atribuírseles demasiada importancia, pues mas que la palabra nos debe interesar el concepto que es la substancia de aquella; en consecuencia, podemos llamar indistintamente: elementos, aspectos, componentes, requisitos, etc., a las notas esenciales del delito, en razón de que lo importante es que las entendamos como las partes integran

tes de esa UNIDAD que es el delito, el que deberá permanecer siempre único desde cualquier punto de vista que se le quiera apreciar; - sin olvidar que el análisis entra en su núcleo, como medio de estudio y de comprensión.

Este tema, referente a los elementos del delito, vamos a estudiarlo en forma esquemática siguiendo las explicaciones que el Maestro Porte Petit expone en su clasificación 15/.

ELEMENTOS DEL DELITO

Esenciales o Constitutivos	Generales o Genéricos	Elemento esencial general material Elemento esencial general valorativo Elemento esencial general psíquico
	Especiales o Específicos	Elemento esencial especial material Elemento esencial especial psíquico
Accidentales		

Daremos las concepciones de los elementos del delito de acuerdo con el orden en que quedaron incluidos en el cuadro que antecede:

A) Elementos esenciales o constitutivos. Son aquellos cuya presencia es absolutamente indispensable para que el delito exista, sien

15/ "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", 3a. Ed., México, 1964. pp. 219-222.

do así y de conformidad con nuestra concepción Jurídico Substantial que del delito hemos adoptado, estimamos que estos elementos son: la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad .

B) Elementos accidentales. Estos son aquellos cuya presencia o ausencia no influye sobre la existencia misma del delito, sino sobre su gravedad y sobre la entidad de la pena, así dentro de estos, encontramos: las condiciones objetivas de penalidad.

a) Elementos generales o genéricos. Son aquellos que resultan comunes para todos los delitos, en tal virtud, se identifican con los esenciales o constitutivos; por lo tanto dentro de estos encontramos: a la conducta o hecho, la tipicidad, etc.

b) Especiales o específicos. Son los elementos indispensables para cada delito en particular, o sea, éstos varían de delito a delito, dándole a cada uno su fisonomía especial.

aa) Elemento esencial general material. Todo delito requiere de un elemento material y, éste será una conducta o un hecho según la descripción típica. La conducta que puede implicar la acción o la omisión, y el hecho, contentiendo la conducta, el resultado y el nexo causal entre éste y aquella.

aa) Elemento esencial general valorativo. Este se traduce en el elemento general (antijuricidad), o sea, en aquella conducta o hecho

que siendo típico, no se encuentra protegido por una causa de justificación (aspecto negativo).

aa) Elemento esencial general psíquico. Estimamos que este elemento se actualiza por cualquiera de los grados respectivos de la culpabilidad; esto es, por el dolo o la culpa; lo que nos lleva a afirmar que éste elemento se constituye por la culpabilidad del sujeto activo del delito.

bb) Elemento esencial especial material. Lo constituye la conducta o hecho descrito en el tipo particular.

bb) Elemento esencial especial psíquico. Se encuentra constituido por la determinada dirección subjetiva volitiva, o sea, se integra por la existencia de los motivos particulares que convergen psíquicamente en la voluntad del sujeto activo para su determinación de infringir la Ley penal.

Estimamos pertinente después de este breve ensayo relativo a algunas concepciones del delito, así como de haber tratado en la misma forma las generalidades de los elementos del mismo, enumerar a continuación y en forma preliminar, los aspectos positivos y negativos del delito Penal, o sea, contraponer a lo que es el delito aquello que no lo es:

Aspectos Positivos

Aspectos Negativos

a) Conducta o Hecho.

a) Falta de conducta o hecho

- | | |
|-------------------------------|--------------------------------|
| b) Tipicidad | b) Ausencia de tipo |
| c) Antijuricidad | c) Causas de justificación |
| d) Imputabilidad | d) Causas de inimputabilidad |
| e) Culpabilidad | e) Causas de inculpabilidad |
| f) Condicionabilidad Objetiva | f) Falta de condición objetiva |
| g) Punibilidad | g) Excusas absolutorias |

Queremos advertir desde este momento, que para nosotros el vocablo adecuado para denominar al primer elemento del delito es el de CONDUCTA O HECHO, lo cual justificaremos en el capítulo dedicado al estudio del elemento objetivo del mismo.

CAPITULO SEGUNDO

EL ELEMENTO OBJETIVO Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO

1. Problemática sobre la terminología. 2. Conducta o hecho.
3. El elemento objetivo en el delito a estudio. 4. Formas de la conducta. 5. Clasificación del delito de Pandillismo en orden al elemento objetivo; a) en orden a la conducta. b) en orden al resultado. 6. Ausencia de conducta. 7. Ausencia de conducta en el Pandillismo.

1. PROBLEMÁTICA SOBRE LA TERMINOLOGÍA

Para denominar el primer elemento del delito, los autores utilizan distintos vocablos: acto, acción, conducta o hecho, mutación en el mundo exterior, etc., o sea, existe una marcada divergencia en la aceptación de un solo término, como el adecuado para denominar al elemento objetivo del delito.

a) Acto. Hay penalistas que consideran al término acto, como suficiente para abarcar, tanto el aspecto positivo, acción, como el negativo, omisión. En este sentido, Jiménez de Asúa razona: "Empleamos la palabra acto (e indiscutiblemente acción *latu sensu*), y no hecho, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta. El acto, es pues —continúa dicho autor— una conducta humana voluntaria que produce un resultado. Cuando decimos acto voluntario queremos significar acción u omisión espontánea y motivada"
16/. En este caso, el cable es un término genérico comprensivo de los específicos acción y omisión.

Por su parte, Porte Petit no está de acuerdo con las ideas expuestas, y refiriéndose al término acto manifiesta: "No es aceptable, pues

16/ "LA LEY Y EL DELITO", 4a. Ed. Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1963, p. 210.

a veces constituye la acción misma, pero en otras, forma parte de la acción al estar ésta constituida por varios actos, como lo comprueba la división de los delitos en unisubsistentes y plurisubsistentes (los primeros formados por un solo acto y los segundos integrados por varios actos)". 17/.

Se podrá observar que aún dándole toda su extensión al vocablo acto, éste no sería aceptable, porque en todo caso, únicamente puede significar actividad o movimiento corpóreo y de ninguna manera comprendería a la omisión. Por estas razones y otras a las que aludiremos posteriormente, descartamos sin lugar a duda al término acto como el adecuado para nombrar al elemento objetivo del delito.

b) Acción. A este respecto existen dos corrientes: una, considera y define que la acción (latu sensu) comprende a la acción (en sentido estricto) y a la omisión; la otra, estima que no puede usarse este término como comprensivo de las dos formas de la conducta, sino para designar únicamente el hacer.

Estamos de acuerdo con lo que establece la segunda corriente, porque consideramos que la acción denota siempre movimiento, dinamismo; además, sería una repetición innecesaria de términos o un confusonismo, el emplear la misma palabra como concepto genérico

17/ "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL" 3a. Ed., México, 1964, p. 237.

y como concepto específico.

Porte Pettit indica que el vocablo acción no es el adecuado para denominar al elemento objetivo del delito por que no contiene ni puede abarcar a la omisión, por ser ésta de naturaleza contraria. La acción implica actividad, es algo siempre dinámico, en cambio la omisión es todo lo contrario, implica inactividad, es estática. La acción y la omisión son términos antagónicos que constituyen cada uno de ellos el anverso y el reverso de una medalla; consecuentemente, no puede ser el uno género para el otro. 18/.

Queda, pues, bien aclarado que el hacer y el omitir del individuo son situaciones que se contraponen y, por tanto, no pueden caer bajo el concepto único de acción.

c) Conducta. La conducta, dice Jiménez Huerta: "es el término adecuado para denominar al primer elemento del delito, no solamente porque recoge en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo externo, sino también, porque refleja mejor el sentido finalista que es necesario captar, en la acción o inercia de las personas, para poder afirmar que integran un comportamiento dado 19/. De estas mismas ideas es Castellanos Tena, al consi-

18/ "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", 3a. Ed., México, 1964, p. 237.

19/ "PANORAMA DEL DELITO". Imprenta Universitaria, México, 1950, p. 7 y 8.

derar que el vocablo conducta es suficiente para designar el soporte - naturalístico del delito, porque comprende en su significado conceptual, tanto el hacer o actividad, como el no hacer o abstención 20/.

Creemos que las opiniones anteriores son del todo respetables; sin embargo, nos adherimos a los términos CONDUCTA O HECHO, - lo cual, trataremos de aclarar en los comentarios subsiguientes.

d) Conducta o Hecho. De acuerdo con las objeciones hechas a los términos estudiados, preferimos los de conducta o hecho, particularizando así nuestro punto de vista.

En verdad, a veces la descripción del delito hecha en la Ley alude a una simple actividad o a una mera abstención humana, en este caso, el elemento objetivo del delito se colma perfectamente con el - vocablo, porque ésta comprende en su significado la acción y la omisión; otras veces, el tipo penal precisa la necesidad de que la actividad o inercia produzcan un cambio en el mundo externo, es entonces cuando la conducta cumple sus funciones dentro de un término más - amplio, como es el de Hecho.

Consideramos completa y adecuada la terminología del elemento objetivo del delito empleando los vocablos Conducta o Hecho:

CONDUCTA, para delitos de mera actividad o abstención, con un

20/ "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a. Ed. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1955, p. 190.

resultado formal o jurídico.

HECHO, para delitos de resultado material (constituido por una conducta, un nexo causal y un resultado externo).

e) Mutación en el mundo exterior. Esta expresión no la estimamos aconsejable por quedar excluidos claramente los delitos de mera actividad o abstención, pues se refiere a la consecuencia de la conducta, es decir, al resultado material y, como ya lo dejamos establecido, éste constituye uno de los elementos del hecho.

2. CONDUCTA O HECHO

En épocas pasadas se consideraba que los animales y aún las cosas inanimadas, eran sujetos activos del delito. En la actualidad se acepta unánimemente el principio de que en el fondo de todo problema jurídico debe manifestarse la voluntad humana; por tanto, no es dable la existencia del delito sin el comportamiento voluntario del ser humano, o sea, el título delictivo precisa, en primer lugar, del actuar o del abstenerse del hombre.

La doctrina jurídico - penal imperante, se pronuncia en favor de la concepción atomizadora del delito, analizando cada uno de sus elementos en particular, tanto en su aspecto positivo como negativo, sin dejar de considerar por ello la vinculación que los mantiene, como partes integrantes de un todo indisoluble.

Dentro de la moldura de la concepción atomizadora, los elementos del delito se encuentran vinculados entre sí por PRELACION LOGICA, y no por prioridad lógica ni prioridad temporal. La necesidad de que exista un elemento para que concurra el siguiente, no significa que haya una prioridad lógica entre ellos, porque ningún elemento es fundante del otro; así, una conducta o hecho podrá ser típica pero no necesariamente antijurídica. Los aspectos positivos del delito aparecen todos al mismo tiempo, constituyendo la figura delictiva, esto es, no aparece uno después del otro, como sucedería si se tratara de una prioridad temporal.

El elemento objetivo (conducta o hecho) ocupa el primer lugar en ese orden de prelación lógica, y es considerado por los autores como elemento esencial de todo ilícito penal.

En relación a este primer elemento del delito, Bettiol sostiene: "Es suministrado por el hecho típico, vale decir, de aquel complejo de elementos materiales referibles a la conducta del agente, que pueden quedar subsumidos bajo un esquema de delito" 21/. Bataglini afirma: "Constituye el nudo de la figura del delito" 22/.

Atentos a lo expuesto, el elemento objetivo es la base sobre la cual descansan los restantes aspectos del delito; es decir, la conducta o hecho

21/ Cfr. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", Porte Petit Celestino, 3a. Ed., México, 1964 p. 235.

22/ Cfr. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", Porte Petit Celestino, 3a. Ed., México 1964. p. 236.

descritos por el tipo constituyen, por decirlo así, un sustantivo al que se le añaden las restantes características del delito, a manera de adjetivos o atributos.

Hemos denominado al elemento objetivo del delito, conducta o hecho. Consiste la conducta en una acción o en una omisión; y el hecho, en una conducta, un resultado y nexo causal entre la manifestación de la voluntad y la consecuencia de la misma. Para fundar nuestra opinión, transcribiremos los conceptos que sobre estos términos nos proporciona Porte Petit, quien indica: "Conducta es un hacer voluntario o no hacer voluntario o no voluntario (olvido)"; "Hecho es una mutación en el mundo exterior, abarcando la conducta, el resultado y el nexo de causalidad" 23/.

Pensamos que el citado autor, acertadamente considera, que no es la conducta únicamente sino también el hecho, los que constituyen al elemento objetivo del delito según la descripción del tipo; es decir, hay delitos de mera conducta y delitos que para su configuración requieren de un resultado material.

Tenemos entonces que cuando se llenan las exigencias del tipo con el simple hacer o con el abstenerse, estaremos frente a un delito

23/ Cfr. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", Porte Petit Celestino, 3a. Ed., México, 1964, pp. 240 y 273.

de mera conducta; por otra parte, si además de la actividad o inacción en su caso, exige el ordenamiento positivo la producción de un resultado externo, vinculado éste al comportamiento por un nexo causal, se configurará el hecho.

Es necesario insistir que deben adoptarse ambos vocablos, porque de aceptarse solo el término conducta, sería éste reducido pues no abarcaría los casos en que hubiese resultado material; si se aceptara solo el término hecho, resultaría excesivo, porque los delitos de mera conducta, no tienen por consecuencia un resultado externo.

Tengamos presente que la conducta siempre interviene en la configuración del delito. En algunas ocasiones, por sí sola (delitos de mera actividad o inactividad), en otras, ligada a su consecuencia objetiva (delitos de resultado material).

3. EL ELEMENTO OBJETIVO EN EL DELITO A ESTUDIO

En el delito de pandillismo, el elemento objetivo de acuerdo con la terminología por nosotros aceptada, lo constituye tanto la conducta como el hecho, en virtud de la descripción que se hace en el artículo 164-Bis de nuestro Catálogo Penal; en efecto, éste elemento objetivo puede abarcar tanto la conducta como el hecho, dado que pueden concurrir para la configuración del tipo a estudio delitos de mera conducta y delitos que para su configuración requieren de un resultado material; implicándose tal concurrencia de la mera lectura del citado ilícito previsto y sancionado por el citado numeral de nuestro ordenamiento o ley

penal; o sea, puede celebrarse la reunión sin producirse un daño, pero si se causa lesión a los intereses o valores jurídicamente tutelados, en común por los integrantes de esa reunión se configurará el tipo a estudio, aumentándose en forma acumulativa, las sanciones previstas por el o los tipos que además se configuren.

Por otra parte, basta simplemente con que el o los delitos cometidos se hayan producido, aunque dicha reunión sea habitual, ocasional o transitoria, y aunque las tres o más personas a que alude el tipo a estudio, no se hayan reunido o hayan estado organizadas con fines delictuosos; ya que en el segundo párrafo del Art. 164-Bis de nuestra legislación positiva, se prevee que el o los tipos que se produzcan, han de ser cometidos en común por las personas reunidas y aunque no lo hayan hecho con tal fin.

Al efecto se transcribe el contenido de el Art. 164-Bis del Código Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales:

"ARTICULO 164-BIS.- Cuando se ejecuten uno o más delitos por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, además de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos, la sanción de seis meses a tres años de prisión.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o

más personas, que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito".

El mencionado Artículo 164-Bis, fué creado y adicionado por el Artículo Tercero del Decreto de 2 de Enero de 1968, publicado en el "Diario Oficial", de 8 de Marzo del mismo año.

Cabe agregar que la CONDUCTA considerada como mera actividad o abstención forma parte o viene a ser un elemento del HECHO, cuando se requiere necesariamente de una mutación en el mundo exterior, o sea, un resultado material, ya que nos estamos refiriendo específicamente al HECHO considerado desde el punto de vista de los elementos que lo integran, tales como conducta, resultado y su nexa causal.

4. FORMAS DE LA CONDUCTA

De conformidad con lo expuesto, podemos concluir que la conducta se manifiesta por la acción, la omisión y la acción por omisión.

La acción es sencillamente el actuar, el obrar, el hacer voluntario.

La omisión es el no hacer, el abstenerse de actuar en forma también voluntaria; o sea, debemos tener en cuenta que esta omisión o inactividad, deberá ser siempre voluntaria para que pueda tener consecuencias jurídico penales; en efecto, aún en los llamados delitos de olvido, si bien es cierto que faltó la voluntad en el instante de realizarse la con

ducta (olvido), aquella estuvo presente en el momento anterior de ocasionarse el estado inactivo; y, por lo tanto, es causa determinante para la producción del resultado típico.

Tradicionalmente y en forma genérica se ha reconocido que la conducta comprende tanto la acción como la omisión, siendo éstas sus formas tradicionales de manifestarse; sin embargo, como en su oportunidad analizaremos, la omisión puede ser simple o propia, o bien impropia.

A) Acción. La acción es el movimiento corporal voluntario dirigido o encaminado a la obtención de un fin determinado.

Acordes al concepto preinserto, advertimos que el término acción abarca tanto el elemento físico de la conducta (movimiento corporal), como el elemento psíquico de la misma (voluntad); en consecuencia, observamos que la acción tiene dos elementos: 1) Una actividad o movimiento corporal; 2) La voluntad o el querer realizar dicha actividad.

Por tanto, el sujeto con su actuar voluntario se opone siempre a un deber legalmente exigido, el cual, en los delitos de acción, es el de abstenerse, violándose una norma prohibitiva.

B) Omisión. Frente a la acción como conducta positiva, encontramos a la omisión, forma de conducta negativa o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria.

Ahora bien, dicha omisión puede presentar dos formas: a) La omisión simple o propia; b) La omisión impropia o por omisión. Ambas tienen ciertas similitudes, pero a la vez, diferencias esenciales.

a) Omisión Simple. Al referirse a esta forma de conducta, Jiménez Huerta nos indica: "Es un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad" 24/.

De la concepción anterior desprendemos los siguientes elementos:

1) Voluntad (no consciente en los delitos de olvido); 2) Inactividad o no hacer.

En el caso del comportamiento omisivo, el agente viola un deber jurídico de actuar, se opone a una norma preceptiva.

b) Comisión por Omisión. Debemos considerar que la esencia de la omisión impropia se encuentra al igual que en la omisión simple, en una actividad de carácter voluntario.

Para que haya comisión por omisión, es necesario que ésta produzca un resultado objetivo, y no simplemente formal o jurídico como sucede en la omisión propia.

Comenta Porte Petit: "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico inmaterial, por un no hacer voluntario o culposo (delito de olvido), violando una norma preceptiva (penal - 24/ "PANORAMA DEL DELITO", Imprenta Universitaria, México, 1950, p. 23.

o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva" 25/

Los elementos de la comisión por omisión los podemos clasificar -- así: 1) Voluntad (no consciente en los delitos de olvido); 2) Conducta --- inactiva o no hacer, cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada o exigida.

En esta clase de omisión, el agente con su voluntariedad, viola un deber jurídico de actuar y otro de abstenerse, es decir, resultan violadas una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

Para mejor entender, tengamos presente que en la omisión simple se sanciona el comportamiento omisivo, en cambio en la comisión por omisión no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido por la misma; en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva, en cambio en los delitos de comisión por omisión lo constituye la violación de la norma prohibitiva.

En cuanto al delito de pandillismo, como ya hemos indicado, su -- elemento objetivo lo integran tanto la CONDUCTA como el HECHO.

En efecto, atendiendo a la descripción típica del artículo 164-Bis de nuestro Código Penal vigente y dado el carácter acumulativo para los efec

25/ "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", 3a. Ed., México 1964, p. 226.

tos de la pena a que alude dicho tipo; igual puede tratarse de una acción, que de una omisión o asimismo una comisión por omisión según la naturaleza del o los ilícitos al cual o a los cuales se acumule el tipo a estudio.

5. CLASIFICACION DEL DELITO DE PANDILLISMO EN ORDEN AL ELEMENTO OBJETIVO.

Con respecto al elemento objetivo se puede hacer una doble clasificación del delito:

A).- En orden a la conducta;

B).- En orden al resultado.

A).- Partimos de la base de que para clasificar los delitos en orden a la conducta, debemos atender a la voluntad y a la actividad o inactividad, independientemente del resultado, sea éste formal o material.

En cuanto a la conducta, el delito de Pandillismo es un delito de: -

1) Acción y omisión simple o comisión por omisión; 2) Unisubsistente y plurisubsistente.

1) Al estudiar las formas de la conducta concluimos que el delito de nuestro estudio se actualiza tanto por la acción como por la omisión simple o la comisión por omisión.

2) De acuerdo con la corriente que estudia la naturaleza de los delitos en unisubsistentes (realizados por un solo acto); y, plurisubsistentes (los realizados por varios actos y una sola violación típica), considera-

mos que nuestro delito puede quedar clasificado como unsubsistente y plurisubsistente, dado el carácter acumulativo de acuerdo con la descripción típica del Art. 164-Bis del Código Penal, según la naturaleza del tipo en el ilícito que la pandilla haya cometido.

B).- En orden al resultado.

El pandillismo es un delito: a) Instantáneo, instantáneo con efectos permanentes, continuado y permanente; b) De resultado formal y material; c) De lesión y de peligro.

a) Desde el punto de vista temporal, delito instantáneo es aquel cuya acción u omisión que lo consuma, se perfecciona en un solo momento; es decir, "El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción (u omisión) a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria". 26/.

El Código Penal de 1931, no define al delito instantáneo, lo cual sí sucede en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958 y en el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963. El Artículo 18 del último de los ordenamientos citados, expresa: "El delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos".

Puede ser asimismo nuestro tipo a estudio instantáneo con efectos -

26/"DERECHO PENAL ARGENTINO", Soler Sebastián, 3a. Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, Tomo I, p. 274.

permanentes, entendiéndose que la conducta reúne los elementos del tipo marcado por la ley pero que la violación del interés jurídicamente protegido, no es factible restituirlo, o sea, que los efectos de la violación son permanentes.

Igualmente nuestro delito puede ser continuado puesto que pueden darse varias acciones y una sola lesión jurídica. Se dice que el delito continuado consiste: 1o.- Unidad de resolución; 2o.- Pluralidad de acciones - (discontinuidad en la ejecución) y 3o.- Unidad de lesión jurídica. 27/.

Nuestro Código Penal define en su Artículo 19 el delito continuo integrando el concepto con los elementos que la doctrina señala al permanente: "Se considera, para los efectos legales, delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen".

Afirmamos igualmente que nuestro tipo a estudio puede ser permanente, entendiéndose que los actos u omisiones en que consiste la conducta se conciben como prolongados en el tiempo, persistencia del propósito, no del simple efecto del delito; tal puede ser el caso de los delitos privativos de la libertad. Para Sebastián Soler el elemento acción puede presentar tres aspectos diversos con relación al tiempo: a) Desarrollarse y perfeccionarse en un momento relativamente corto, y entonces se está en presencia del delito. 27/ "LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL", Ed. Porrúa, S.A. Fernando Castellanos 5a. Edición, México 1969, p. 132.

lito instáneo, b) Desarrollarse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica dándose en ello el delito permanente, y, finalmente, c) Consistir en una serie discontinua de acciones parciales - que mutuamente se integran, formando entre todas una sola agresión de conjunto al derecho, y eso sucede en el continuado. 28/.

Todo lo anterior lo afirmamos a virtud del carácter acumulativo de nuestro tipo a estudio, dado que según la naturaleza del delito o delitos - cometidos por la pandilla, se pueden presentar en forma aislada o conjunta cada uno de los elementos de la clasificación a que nos acabamos de referir.

b) "Son delitos de simple o pura conducta, formales o de resultado - inmaterial, afirma Porte Petit, aquellos que se consuman con la realización de la conducta; y de resultado o materiales, aquellos que al consumarse producen un cambio en el mundo exterior" 29/.

Los delitos de mera conducta o formales, se perfeccionan con la sola realización de una actividad o inactividad descrita en el tipo, el resultado - de éstos es puramente formal o jurídico; en oposición a ellos tenemos los - delitos de resultado material, los que al consumarse, traen por consecuencia una mutación en el mundo externo.

28/ "DERECHO PENAL ARGENTINO", Tomo II, página 340.

29/ "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", 3a. Ed. México, 1964, p. 344.

Tomando en consideración los términos en que se encuentra redactado nuestro tipo, estimamos que el delito de pandillismo en cuanto a su resultado, es formal y material dado primordialmente, el carácter acumulativo del mismo a otros tipos descritos en nuestro Catálogo Penal.

c) El delito de pandillismo, lo conceptuamos como de lesión.

En cuanto al daño causado, Castellanos Tena nos indica que: "Los delitos de lesión, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada; los de peligro, no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro. El peligro es la posibilidad de causación de un daño" 30/.

Atendiendo al tipo el pandillismo es delito de lesión, en cuanto a que por su resultado material, se opera una mutación en el mundo exterior al violar los intereses que jurídicamente protegen o tutelan ciertos tipos, a los cuales se acumula nuestro delito a estudio; no pudiendo ser delito de peligro por cuanto a que no basta la posibilidad de causación de daño, para que se produzca el tipo.

30/ "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a.Ed., Editorial Jurídica, México, 1965, p. 129.

6. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Se puede afirmar que para la existencia del Delito, es necesario - que sus elementos esenciales (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) se encuentren presentes en el momento de su configuración. Si en una situación dada se manifiesta la ausencia de alguno o algunos de los aspectos positivos del Delito éste no podrá integrarse; en consecuencia, si la conducta está ausente será evidente la inexistencia del Delito a pesar de que aparentemente existan.

La actuación humana positiva o negativa es la base indispensable para la formación de cualquier figura delictiva; por ende, su ausencia impedirá la presencia del Delito mismo.

La Vis Absoluta o fuerza física exterior irresistible es una de las causas impeditivas para la integración del delito por falta de conducta. Esta se encuentra contenida en el artículo 15 del Código Penal Vigente: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad: I.- Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible"

Con respecto a esta eximente, en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad, siendo como es una verdadera ausencia de conducta. Cuando para la ejecución de un delito se constriñe a un sujeto por medio de una fuerza física irresistible, se puede afirmar sin temor a equívoco que no comete delito alguno, no por ser inimputable, sino por -

no haber manifestación voluntaria de la conducta. La Vís Absoluta es una causa que excluye la conducta y no la imputabilidad. Quien es forzado de hecho, materialmente, es tan inocente como el cuchillo que - priva de la vida a una persona impulsado por una mano asesina, es decir, no se le puede considerar un ser humano, sino un simple instrumento de las circunstancias.

Cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir su formación, no siendo necesario que la legislación vigente enumere todas las excluyentes por falta de conducta. Nos adherimos sin reservas a las opiniones de quienes aceptan las excluyentes supralegales por ausencia de conducta o de cualquier otro elemento esencial salvo en las causas de justificación cuya naturaleza exige precisión en la ley.

Castellanos Tena al respecto afirma: "Es unánime el pensamiento en el sentido de considerar como factores eliminatorios de la conducta - a la Vís Mayor (Fuerza mayor) y a los movimientos reflejos". Entre - nosotros, -comenta el mismo autor-, estas excluyentes adquieren carácter supralegal por no estar expresamente previstas en la ley, pero su - operancia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para - que la conducta tenga relevancia jurídico penal. Recordemos que la con ducta es un comportamiento humano voluntario 31/.

31/ "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a. - Ed. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, pp. 213 y 214.

La Fuerza Mayor es una energía no humana, es producto de un acontecimiento de la naturaleza, es un fenómeno natural (v.gr: un terremoto, un ciclón).

Los movimientos reflejos, son excitaciones corporales involuntarias que al agente le son imposible controlarlas. Estos actos reflejos, expresa Mezger, son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo un influjo anímico, sino es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico-corporal, esto es, pasando de un centro sensorio a un centro motor se produce el movimiento 32/.

La Doctrina aún no se pone de acuerdo en el sentido de si el hipnotismo, el sonambulismo, la narcosis, etc., son excluyentes de la conducta o de la imputabilidad. Estimamos que dichos caracteres son causas de ausencia de la imputabilidad, por ser claro que en esos momentos el sujeto activo no tiene capacidad para delinquir, carece de la facultad de entender y de querer, fundamentos éstos, para considerar a un individuo como inimputable.

En conclusión, tres son las causas de inexistencia de la conducta:

- a) La vis absoluta o fuerza física exterior irresistible;
- b) La vis maior o fuerza mayor; y,
- c) Los movimientos reflejos.

32/ Cfr. "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Tomo I, p. 215.

7. * AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL PANDILLISMO.

En el caso de nuestro delito, si el o los delitos cometidos en común por tres o más personas son ejecutados a causa de una fuerza física exterior irresistible, o sea, violentados materialmente para llevar a cabo dicho acto, es claro comprender que no se comete el delito; pues la fuerza hecha en el cuerpo del autor material dá por resultado que éste ejecute irremediabilmente lo que no ha querido realizar, sirviendo en tal caso el agente de simple instrumento, no ejecutando él voluntariamente por propia mano.

Con respecto a *vis maior*, consideramos que igualmente puede anular la conducta en el delito de pandillismo dado que un fenómeno de la naturaleza puede ocasionar a virtud de la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas, la comisión aparente de uno o más delitos.

Los movimientos reflejos, en tanto son involuntarios, resultan imposibles de controlarse por parte del sujeto activo; en el caso de nuestro delito, resulta necesario hacer un estudio de carácter sociológico en cada caso concreto, para saber si los movimientos reflejos fueron producto de una psicosis colectiva o si, por el contrario, los pretendidos movimientos reflejos determinaron la comisión en común de él o los delitos a que deberá ser acumulado el tipo a estudio.

CAPITULO TERCERO

TIPO, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

SUMARIO

1. Tipo y tipicidad en general. 2. Tipo y tipicidad en el pandillismo.
3. Elementos del tipo: a) El objeto jurídico; b) El objeto material; c) Sujeto activo; d) Sujeto pasivo; e) Elementos normativos; f) Elementos subjetivos. 4. Clasificación del delito en orden al tipo. 5. Ausencia de tipo y de tipicidad. 6. Ausencia de tipo y tipicidad en el pandillismo.

1. TIPO Y TIPICIDAD EN GENERAL.

No es difícil suponer que, en la antigüedad, la humanidad procedió de acuerdo con una conciencia intuitiva de lo ilícito; es decir, se sancionaban los actos considerados injustos sin una previa y expresa prohibición. Esta práctica, que más experiencia pudo acumular en pueblos sedentarios, fue formando listas de aquellos acontecimientos concretos - que habían sido calificados como injustos o antijurídicos, hasta llegar a transformarse en leyes casuísticas y minuciosas que actualmente conocemos.

Semejante forma de previsión era incapáz de agotar las posibilidades de nuevos acontecimientos que cada día exhibían lagunas y deficiencias en los catálogos de las prohibiciones; y, en consecuencia, es lógico derivar porqué las leyes se aplicaban por Analogía o se sancionaban actos simplemente inconvenientes, sin existir una Ley que los señalara como delitos.

La tendencia de los pueblos a gobernarse por leyes escritas y exactamente aplicables a los comportamientos del hombre, motivó el advenimiento del principio de legalidad, como la mejor forma de instituir asegurando la igualdad, la libertad y la justicia en las relaciones humanas.

"Las penas únicamente pueden ser establecidas por las Leyes, éstas han de ser generales y sólo los Jueces pueden declarar que han si-

do violadas". Este principio, indiscutible en nuestros días, no se aplicaba antaño, fué a partir de la obra del Marqués de Beccaria (1764) - cuando adquiere la fisonomía que le conocemos. Sin embargo, la doctrina suele citar como nacimiento de la garantía de legalidad, el año - de 1215, cuando en Inglaterra el Rey Juan Sin Tierra expidió la primera Carta Magna; mas, con posterioridad a ese tiempo, siguió la Humanidad sufriendo en forma indecible arbitrariedades sin ningún tinte de fundamento legal. Sólo la Revolución Francesa (1789) pudo difundir suficientemente el principio anhelado por Beccaria, que por fortuna recoge la Constitución Mexicana. En realidad, al establecer el Artículo 14 de nuestra Constitución Política de 1917 que en los Juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún - por mayoría de razón, pena alguna si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito específico, de hecho establece la necesidad de fijar los delitos y las penas en fórmulas previas y precisas, de donde se deriva el principio de legalidad establecido.

El tipo es en términos generales, la descripción legal de una figura delictiva; el injusto descrito en el ordenamiento jurídico penal atendiendo al mandato Constitucional.

Es en los tipos donde el Legislador encuadra como delictivas las conductas del hombre que van en contra del orden social establecido. Por reprochable que sea socialmente un comportamiento, si no encua

dra precisamente en algún tipo, no podrá configurar delito; al menos, mientras no se consigne tal conducta en el ordenamiento relativo.

No es posible concebir al delito sin tipicidad, ésta consiste en el amoldamiento de la conducta o hecho a la fórmula descriptiva del ordenamiento jurídico positivo.

El tipo, expresa con acierto el maestro Jiménez Huerta: " Es el injusto recogido y descrito en la Ley Penal; la tipicidad consiste en un juicio lógico en donde se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función" 33 /.

Jiménez de Asúa indica: "El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el Legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito" 34 /.

Respecto a la tipicidad, Porte Petit expresa: " Es la adecuación de la conducta al tipo, que se resuelve en la fórmula " Nullum Crimen Sine Tipo " 35 /

33/ "LA TIPICIDAD", Editorial Porrúa, S.A., México, 1955. pp.42 y 207.

34/ "LA LEY Y EL DELITO", 4a.Ed., Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1963. p. 235.

35/ "IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL". Gráfica Panamericana, México, 1954. p. 37.

Como se puede apreciar, Tipo y Tipicidad son conceptos distintos; sin embargo, dentro del campo jurídico penal tienden a complementarse, constituyendo el segundo elemento esencial del delito. La concidencia de fondo dada con relación al Tipo y a la Tipicidad, motiva que nuestro criterio al respecto sea el de compartir la opinión general.

La evolución histórica del Tipo es también la historia de la Tipicidad. Antiguamente el Tipo era considerado en Alemania como el conjunto de los caracteres integrantes del delito, tanto los de índole objetiva como subjetiva. La doctrina de la Tipicidad, nos informa Fernández Doblado, cuyo genial creador fue Ernesto Beling, atraviesa en su formación científica por diversas fases. La inicial corresponde a la primitiva formulación de Beling en el año de 1906 y es conocida como la fase de independencia, concibiéndose al Tipo en forma autónoma respecto de los restantes elementos del delito y teniendo una función meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, que constituyen sendas valoraciones de los lados objetivo y subjetivo de la acción -- criminal 36/. Posteriormente Max Ernesto Mayer en 1915, considera que la Tipicidad no es meramente descriptiva, sino indicia de la antijuridicidad. Así para Mayer: " La tipicidad si bien es una mera descripción, no está desligada de la antijuridicidad, pues constituye un indicio de ésta, el fundamental y de mayor importancia, ya que cuando una con-

36/ Cfr. "VALOR PROCESAL DE LA TIPICIDAD". Revista Jurídica Veracruzana, Jalapa, Ver., 1962. Tomo XIII, No. 5, P. 415.

ducta resulta típica por adecuarse a una figura delictiva determinada, existe ya un indicio de su antijuridicidad, esto es, de su contrariedad con la norma penal " 37/ .

Las consideraciones de Mayer se modifican en el pensamiento de Edmundo Mezguer: " El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El Tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico, posee la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción. Es fundamento real y de validéz (Ratio Essendi) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad " 38/

Hemos dicho, siguiendo a Mayer, que el Tipo es la Ratio Cognoscendi de la antijuridicidad, es decir, es indicio de ella; sin embargo, al reflexionar sobre los casos en los cuales existe certidumbre de dicha antijuridicidad (por no operar causa de justificación alguna), - advertimos que permanece a manera de mero indicio, sino como absoluta contradicción al orden jurídico. " Por ende, afirma Castellanos Tena, hemos llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezger, -- quién considera que toda conducta típica es siempre antijurídica (sal- 38/ " TRATADO DE DERECHO PENAL ", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Tomo I, pp. 375 y 376.

vo la presencia de una justificante), por ser en los tipos en donde el Legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la convivencia social " 39/.

En fin , la figura del tipo es un concepto relativamente moderno. Antaño por tipo se entendía el conjunto de todos los elementos del delito, -- incluyendo la culpabilidad; en la actualidad el tipo se entiende limitado a la descripción de una conducta antijurídica hecha por el Legislador y plasmada en los Códigos Penales.

El Tipo, expone Reinhart Maurach satisface dos cometidos, es decir, cumple una doble función :

a) Una de garantía, cuya ubicación radica en el principio " Nullum - Crimen nulla poena sine lege ".

b) Otra fundamentadora, que permite separar el injusto punible del no punible 40/ .

2. TIPO Y TIPICIDAD EN EL DELITO DE PANDILLISMO

El tipo en el delito a estudio está contenido en el Artículo 164 Bis - del Código Penal, que a la letra dice: " Cuando se ejecuten uno o más delitos por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, además de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos, - la sanción de seis meses a tres años de prisión.

39/ "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a.Ed., Editorial Jurídica Mexicana, México, p. 218.

40/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", Ediciones Ariel, Barcelona 1962. Tomo I, p. 265.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito " .

En el delito de pandillismo, como se puede apreciar en la transcripción típica anterior, el objeto de la tutela penal es salvaguardar la tranquilidad de la comunidad social, la seguridad jurídica y el orden interno, tutelando además la tranquilidad de la comunidad.

En cuanto a la tipicidad en este delito, es necesario que se reúnan - ocasional o habitualmente tres o más personas y además que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometan algún delito o varios, encuadrando así su conducta a la descripción típica del artículo 164 Bis del Código Penal .

3. ELEMENTOS DEL TIPO

a) El Objeto jurídico. Edmundo Mezger distingue el objeto de la acción (Objeto de hecho), conocido como objeto material, del objeto de protección (Objeto de ataque). Para este autor, "el objeto jurídico no es un objeto externo, corporal, sobre el que se realiza típicamente la acción, sino el objeto valorativo protegido por el Tipo, esto es, el bien jurídico tutelado por el Derecho Penal y atacado por el delincuente". 41/

41/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955. Tomo I, pp. 384 y 385.

El objeto de la tutela penal respecto del delito de pandillismo, es el interés Público concerniente a conservar la estabilidad del orden social establecido, protegiendo la tranquilidad de la comunidad y preservando la integridad de la célula social que representa la familia.

Al respecto Raul Carrancá y Trujillo nos dice:".....Se trata, en primer lugar, de una 'reunión', es decir, de un conjunto de personas reunidas, esto es, juntas, congregadas. Esas personas han de ser no menos de tres, el mínimo, sin que el máximo tenga límite alguno. El mínimo establecido obedece al libre arbitrio del legislador, que como fijó ése, pudo bien fijar otro; pero en el caso tiene como antecedente mínimo igual en el delito de asociación o banda delictuosa, del artículo 164 del mismo Código Penal, y si bien en el caso de este último delito, que sólo puede ser doloso, el dolo está calificado por el conocimiento que tengan los integrantes de la asociación o banda de que ésta existe; ya que se trata de una organización 'para delinquir', en el caso del pandillismo no hace falta ese conocimiento, - sino que basta con la sola 'reunión' o congregación de esas tres o más personas, por cuanto tal 'reunión' puede ser hasta 'ocasional o transitoria' y no sólo habitual', lo que enseña que lo que importa para llenar el tipo es que el número de los integrantes de la pandilla ha de ser de tres o más, dato objetivo éste, que nada alude al elemento moral de la incriminación,

o sea al dolo. Este es simple y consiste en la conciencia y voluntad de formar parte de la reunión.....Ante esta manifestación de la conducta antisocial de ciertos jóvenes, general al mundo entero hoy en día, y no sólo circunscrita a México, los diputados y senadores que debatieron en el Congreso acerca de esta reforma penal reconocieron que existe una crisis profunda en los hogares mexicanos, cualquiera que sea el estrato social al que pertenezcan, y que la educación en el hogar y en la escuela contribuyen a la formación social de la personalidad de los individuos, a la formación de su carácter y a su fidelidad a una tabla de valores éticos.....". 42/

b) El objeto material . Cuello Calón señala como objeto material a la persona o cosa sobre la cual recae el delito 43/. De esta noción, que en parecidos términos es común en la Doctrina, desprendemos respecto del Pandillismo la existencia clarísima del objeto material. Este se percibe en las personas, las cosas o servicios al público dañadas - por la acción u omisión de aquellos que realizan actos en contra de las mismas.

c) Sujeto Activo . La ciencia jurídico penal considera como sujeto activo del delito, a la persona (o personas) física que interviene en la ejecución del mismo.

42/ CODIGO PENAL ANOTADO, 3a. Ed. , Editorial Porrúa, S.A. México, 1971. Ps. 418, 419, 420 y 421.

43/ "DERECHO PENAL", 9a.Ed. , Editora Nacional, México, 1953, Tomo I. p. 292.

En ocasiones necesita el sujeto activo, para serlo, de una determinada calidad exigida por el propio tipo (funcionario o empleado público, etc.). La Doctrina nos enseña que los tipos cuando no exigen una calidad especial en el sujeto activo, éste será común o indiferente, es decir, estaremos en presencia de actos cuya realización puede llevarse a cabo por cualquier -- persona.

El sujeto activo en el delito de pandillismo puede ser cualquier persona física que reuniéndose con otras dos, aunque dicha reunión no sea habitual sino simplemente ocasional, cometa junto con las otras dos mencionadas personas y en común algún delito, aunque no se hayan reunido con esa finalidad; de donde se deriva que el sujeto activo en el delito a estudio, es común o indiferente.

De acuerdo con el número de agentes que necesariamente deben intervenir en la comisión de nuestro ilícito penal, resulta éste plurisubjetivo, pues son necesarias cuando menos tres personas o más, sin límite alguno, para realizarlo; así lo establece el artículo 164 Bis del Código Penal.

d) Sujeto pasivo. La noción del sujeto pasivo se encuentra estrechamente vinculada a la de bien jurídico, dado que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado por el derecho; por tanto, debe tomarse -- como punto de partida el bien jurídico para saber quién es su titular. -- Siendo el conservar el bien social y el orden establecido, y la tranquili-

dad pública así como la seguridad jurídica, los bienes jurídicamente protegidos según el delito que se cometa, se deriva una pluralidad de sujetos pasivos en este delito; y, así vemos que correlativamente pueden serlo las personas en sí, los propietarios o poseedores de las cosas afectadas, los usuarios de los servicios al público, etc.

El sujeto pasivo, dice Vincenzo Manzini 44 /, puede ser mediato o inmediato, respecto de nuestro delito el sujeto pasivo mediato, será cualquier persona que resulte víctima de la comisión del o los delitos que realicen los pandillistas, ya que no hay que olvidar que el delito a estudio, tiene el carácter acumulativo a que ya nos hemos referido con anterioridad.

Ahora bien, el tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo y, si el tipo no requiere calidad en dicho sujeto, estaremos en presencia de un delito de sujeto pasivo impersonal, caso contrario será un ilícito de sujeto pasivo personal. En el delito de pandillismo pueden existir dos sujetos pasivos, uno mediato y otro inmediato; de carácter personal o impersonal, según el tipo al que se acumule el delito a estudio.

e) Elementos Normativos. Son aquellos que para ser determinados en presencia requieren de una valoración jurídica o cultural con apego

44 / "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1961. Tomo X, p. 458.

estricto al Derecho .

Dentro de los propios elementos normativos, comenta Mezger: "Debemos analizar con una valoración jurídica, aquellos contenidos precisamente en el tipo penal, como "la reunión" , "habitual, ocasional o transitoria de tres o mas personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito" .en donde encontramos también los de valoración cultural, en los que el proceso valorativo (del Juez) ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del Derecho; 45/

Nuestra descripción típica habla de diversos elementos que para -- ser determinados precisan de una previa consideración valorativa de carácter jurídico, sin la cual, sería imposible delimitar la esfera de la conducta típica.

f) Elementos Subjetivos. Estos consisten en aquellas condiciones de carácter psicológico contenidas en el tipo, es decir, alusivas a la voluntad del autor, situadas en el alma del agente. "Elemento subjetivo del injusto, explica Jimenez Huerta, es una determinada finalidad, dirección o sentido que el agente ha de imprimir a su conducta, perfilando

45 / "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955. Tomo I pp. 389 y 390.

la en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia" 46/.

Esta clase de elementos los encontramos implícitos en el contenido normativo del delito de pandillismo. La finalidad del agente es la de reunirse aún sin estar organizados pero que con motivo de dicha reunión - aunque ésta sea habitual, ocasional o transitoria, cometan en común algún delito.

4. CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO

Se han llevado a cabo grandes esfuerzos para lograr una correcta clasificación de los tipos; sin embargo, todavía existe una marcada divergencia sobre ese tema; por lo mismo, es fácil admitir diversos criterios al respecto.

a) La Doctrina nos indica que hay tipos normales y tipos anormales. Los primeros son aquellos que en su descripción legal contienen conceptos puramente objetivos, perceptibles sensorialmente, como sucede por ejemplo en el delito de homicidio en que para constatar si una persona vive o está muerta, basta que el médico ponga en función, en su caso, sus órganos sensoriales. Los tipos anormales son aquellos que además de contener elementos objetivos, describen otros de carácter normativo o subjetivo, para cuya apreciación es necesario hacer una valoración de or 46/ "LA TIPICIDAD", Editorial Porrúa, S.A., México, 1955. pp.85 y 86.

den jurídico y cultural.

En el delito de pandillismo podemos advertir claramente el carácter normal de su tipo, puesto que describe los elementos objetivos que se precisan y que entre otros consisten en la reunión de tres o más personas, habitual, ocasional o transitoria y que sin estar organizadas con tal fin, cometan en común algún delito, mismos que se encuentran perfectamente puntualizados.

b) Fundamental o básico. El tipo básico es centro o médula de otros con él agrupados, constituye, dice Mezger: "La espina dorsal -- del sistema en la Parte Especial del Código" 47/ . Dentro del cuadro de los delitos contra la vida es fundamental el de homicidio porque la violación a la norma, o bien, la lesión del bien jurídicamente tutelado basta por sí sola para integrar el delito.

c) Especial o complementado. Tipo especial es aquel integrado en principio como punto de partida con un tipo fundamental, al que añadiéndole determinadas características pasa a constituir un tipo nuevo. Los tipos complementados también se integran al lado del tipo básico, al cual agregan alguna circunstancia o peculiaridad que ensancha o restringe su antijuricidad.

47/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1955, Tomo I. p. 392.

La diferencia entre tipos especiales y complementados estriba, en que mientras los primeros excluyen la aplicación del tipo básico, los segundos presuponen la presencia del fundamental, atenuando o agravando su antijuricidad con otros elementos o características incapaces de formar un nuevo tipo de delito autónomo.

En estas condiciones el delito de pandillismo tiene todos los matices de tipo especial o complementado.

d) Independiente o autónomo. Dentro del catálogo de los delitos, estos tipos no dependen de ningún otro; tienen por decirlo así, vida propia. Se dirá que los tipos independientes o autónomos se confunden con los fundamentales o básicos; sin embargo, la primera clasificación atiende a su existencia por sí, en tanto la segunda, implica una relación de un tipo con otro. De lo anterior podemos concluir que nuestro tipo delictivo no es independiente o autónomo.

e) De formulación precisa o casuística. De acuerdo con su formulación, los tipos pueden ser precisos o casuísticos.

Al efecto, los de formulación precisa señalan una hipótesis de ejecución del resultado, por ejemplo la violencia en el delito de Terrorismo; y

los de formulación casuística son aquellos en los cuales se describen diversas hipótesis de realización del resultado. Estos tipos pueden ser: a) Alternativamente formados, cuando es suficiente una hipótesis, de entre las varias, para colmar el tipo; como sucede en el delito de estupro cuya comisión puede realizarse por seducción o por engaño; b) Acumulativamente formados, cuando es necesaria la concurrencia de todas las hipótesis para que el delito se configure; así, en el tipo del artículo 255 del Código Penal, en el que es indispensable que las características de no trabajar honestamente y tener malos antecedentes se sucedan.

El delito a estudio, es sin lugar a dudas de formulación precisa por establecer perfectamente una forma de ejecución, o sea, que mediante la reunión de tres o más personas, se cometa en común algún delito.

f) De tipo complejo.— Esta Clasificación elaborada por Jiménez Huerta 48/, atiende a los bienes jurídicamente tutelados. Aplicándola al delito de pandillismo observamos que este tipo tutela a la vez varios bienes jurídicos, puesto que preserva la tranquilidad pública, el orden social establecido y la seguridad jurídica, por lo que ante estas circunstancias el delito de pandillismo es de tipo complejo, dado además que el tipo simple es aquel protector de un solo bien jurídico.

48/ "LA TIPICIDAD", Editorial Porrúa, S.A. México, 1955, pp. 103 a 108.

g) De daño y de peligro. Cuando el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, se considera tipo de daño; si la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado, será tipo de peligro.

En consecuencia, el delito de pandillismo, atendiendo al tipo, es delito de daño, en cuanto se requiere, en los casos específicos que señala la Ley, la causación de un daño directo a los intereses jurídicamente protegidos, para que se produzca el tipo. Por otro lado, el pandillismo es delito de lesión, en cuanto a que por su resultado material, se opera una mutación en el mundo exterior al violar los intereses que jurídicamente protegen o tutelan ciertos tipos, a los cuales se acumula nuestro delito a estudio.

5. AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD

Generalmente es admitida por los tratadistas la distinción entre ausencia de tipo y falta de tipicidad. Entendemos por ausencia de tipo, la no existencia en la Ley de la descripción de un comportamiento que debería figurar en el catálogo de los delitos, aun cuando dicha conducta fuese por demás reprobable. La ausencia de tipicidad es clarísima y opera -- cuando existiendo tipo, la conducta o hecho no encuadra exactamente en la descripción legal prevista en la Ley.

Apreciamos en el análisis anterior, como la tipicidad y la ausencia de tipo son cuestiones distintas; pero no es menos cierto que, cuando un comportamiento concreto no encuadra en la hipótesis legal, respecto de

éste no hay tipo; pues si la conducta o el hecho no encuadra en perfecta coincidencia, con la descripción de la Ley, esto significará que respecto de tal comportamiento concreto no existe tipo; principio de legalidad consagrado por el artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero.

6. AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD EN EL PANDILLISMO

En cuanto a la ausencia de tipo en el delito de pandillismo, como ha quedado debidamente indicado, se da cuando la conducta o hecho no ha sido descrita deliberada o inadvertidamente por el Legislador, aunque según el sentir general dicha conducta debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Por ejemplo, en el Código Penal Veracruzano vigente se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe tipo, pero no se amolda a él la conducta dada 49/. Sigue diciendo Castellanos Tena, que en el fondo, en toda tipicidad hay falta de tipo.

En el delito de pandillismo no pueden presentarse causas de atipicidad por falta de calidad en el sujeto activo ni por falta de referencias temporales o espaciales, ya que nuestro tipo no exige ninguno de estos elementos, en cambio sí podrá presentarse la atipicidad en los siguientes supuestos:

49/ "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, S.A. México, 1969, 5a. Edición p. 166.

a) Al no realizarse la conducta o hecho por el mínimo de personas que señala nuestro tipo.

b) Si faltan los elementos del injusto, objetivos, legalmente exigidos.

c) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; y

d) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

CAPITULO CUARTO

ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

SUMARIO

1. La antijuricidad. 2. Antijuricidad Formal y Material. 3. La Antijuricidad en el delito de pandillismo. 4. Causas de justificación: a) Legítima defensa; b) Estado de necesidad; c) Cumplimiento de un deber y -- ejercicio de un derecho; d) Impedimento legítimo; e) Obediencia jerárquica.

1. LA ANTIJURICIDAD

La conducta humana para ser delictiva debe estar en oposición con -- una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, en consecuencia, además de típica, tendrá que ser antijurídica.

Es un tanto difícil dar un concepto preciso del contenido substancial -- de lo antijurídico. Procuraremos dilucidar en lo posible lo que debe enten-- derse por antijuricidad.

En el lenguaje ordinario se dice que un hecho es antijurídico, cuando en forma objetiva contradice las normas del derecho. Lo objetivo, la ma-- nifestación material de los hechos, nos señala la probable antijuricidad -- de los mismos.

Entendemos por antijuricidad, opina Carrancá y Trujillo: "La oposi-- ción a las normas de cultura reconocidas por el Estado" 50/. "Al refe-- rirnos a las normas de cultura, continúa el tratadista, queremos indicar aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el com-- portamiento que corresponde a sus intereses, cuando estas normas de cul-- tura son reconocidas por el Estado, la oposición a ellas constituye lo anti-- jurídico".

50/ "DERECHO PENAL MEXICANO", Parte General, Antigua Librería Robredo, México, 1965, Tomo I, pp. 213 y 214.

Entendiendo el delito como desvalor jurídico, la conducta delictiva no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que ésta no manda ni prohíbe; por tanto, la norma crea lo antijurídico, la Ley el delito.

"Una conducta o hecho es antijurídico, confirma Porte Petit, cuando siendo típicos, no están protegidos por una causa de justificación" 51/. Es de aceptarse que el citado tratadista está en lo justo en explicar del modo indicado la antijuricidad de los hechos; en verdad, toda conducta típica es antijurídica, a no ser que encuentre protección en una justificante; es decir, todo tipo penal contiene un mandato o una prohibición, la contradicción a esta norma relativa entraña oposición al orden jurídico establecido por el Estado, pero en algunos casos el legislador neutraliza la antijuricidad creada por el tipo penal, y por ende, la realización del comportamiento penalmente tipificado resulta intrascendente al Derecho represivo por -faltarle antijuricidad a la conducta exteriorizada. Por ello, todo actuar o abstenerse típicos, son necesariamente antijurídicos cuando no están amparados por una causa excluyente de antijuricidad.

Lo antijurídico está matizado de objetividad, atiende solamente a la -conducta externa, es el resultado de la valoración objetiva de los hechos; es decir, lo antijurídico es independiente a los fenómenos gestados en la psique del agente infractor de la norma penal.

51/ "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL", 1a. Ed. México, 1958 p. 285.

Entendiendo el delito como desvalor jurídico, la conducta delictiva no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que ésta no manda ni prohíbe; por tanto, la norma crea lo antijurídico, la Ley el delito.

"Una conducta o hecho es antijurídico, confirma Porte Petit, cuando siendo típicos, no están protegidos por una causa de justificación" 51/ .Es de aceptarse que el citado tratadista está en lo justo en explicar del modo indicado la antijuricidad de los hechos; en verdad, toda conducta típica es antijurídica, a no ser que encuentre protección en una justificante; es decir, todo tipo penal contiene un mandato o una prohibición, la contradicción a esta norma relativa entraña oposición al orden jurídico establecido por el Estado, pero en algunos casos el legislador neutraliza la antijuricidad creada por el tipo penal, y por ende, la realización del comportamiento penalmente tipificado resulta intrascendente al Derecho represivo por faltarle antijuricidad a la conducta exteriorizada. Por ello, todo actuar o abstenerse típicos, son necesariamente antijurídicos cuando no están amparados por una causa excluyente de antijuricidad.

Lo antijurídico está matizado de objetividad, atiende solamente a la conducta externa, es el resultado de la valoración objetiva de los hechos; es decir, lo antijurídico es independiente a los fenómenos gestados en la psique del agente infractor de la norma penal.

51/ "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL", 1a. Ed. México, 1958 p. 285.

Si en la mayoría de los casos la antijuricidad posee un tono exclusivamente objetivo, algunas veces, la ilicitud penal está subordinada a la presencia de elementos de carácter subjetivo, como ocurre en los delitos denominados "de intención o de tendencia", en donde el carácter subjetivo del ilícito es manifiesto; por ejemplo, el que mutila a un menor con el único objeto o fin de procurarse beneficios económicos resultantes de la mendicidad del desvalido, nos permite ver que las intenciones del delincuente no es lesionar o causarle un defecto físico a su víctima, sino que éste únicamente es el medio para lograr sus propósitos o sean, los beneficios económicos, siendo clara la existencia del elemento subjetivo o voluntad finalística en la antijuricidad del hecho realizado por el agente. Sobre el particular Coello Calón comenta: "Sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto y lo subjetivo a la culpabilidad" 52/.

La presencia en algunos casos, de elementos de índole subjetivo en la antijuricidad (llamados elementos subjetivos del injusto), no supone de manera alguna la fusión de ésta con la culpabilidad, antes bien, reafirmamos que la antijuricidad es preponderantemente objetiva y la culpabilidad es esencialmente subjetiva.

Ante la inexistencia de una norma penal que prohíba u ordene la ejecución de una conducta o hecho, no podrá presentarse lo antijurídico, por grande que sea la inmoralidad cometida o la lesión a intereses sociales - 52/ "DERECHO PENAL", 9a. Ed. Editora Nacional, México, 1953 Tomo I, p. 310.

jurídicamente protegidos. Tampoco habrá conducta o hecho antijurídicos, cuando aún en los casos previstos por la Ley, concorra alguna causa de justificación (Legítima defensa, Estado de necesidad, etc.). Con arreglo a nuestro derecho penal positivo puede afirmarse: No todo lo que la Ley define como delito es antijurídico y, ningún hecho será antijurídico si no está previsto por la Ley.

2. ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL

No somos partidarios de considerar a la antijuricidad con una naturaleza dual; antes bien, trátase de un concepto eminentemente unitario, sin embargo, nos parece claro que dentro de tal unidad existe un doble aspecto: formal y material. Todo término científico requiere para su estudio de un análisis de sus elementos, motivo por el cual, el concepto unitario de la antijuricidad lo descomponemos en sus dos aspectos.

Franz Von Liszt explica: "Una acción es formalmente antijurídica cuando infringe una norma Estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico y, materialmente antijurídico, cuando encierra una conducta socialmente dañosa" 53/. Luego, el aspecto formal de la antijuricidad -- consiste en la violación de la Ley que el Estado establece para lograr una buena convivencia social y, el aspecto material se concreta, en la lesión o situación de peligro en que se coloque a un bien jurídico protegido. Por

53/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", 2a. Ed. Editorial Reus, S.A., Madrid 1927, Tomo II. p. 324.

ello, teniendo la antijuricidad carácter unitario, presenta dos aspectos: - formal, en cuanto los agentes delictivos emergen oponiéndose al derecho positivo; material, en cuanto lesionan o hacen peligrar los bienes jurídicamente tutelados.

Al respecto el maestro Ignacio Villalobos expresa: "El orden jurídico, necesario para la formación y mantenimiento de la sociedad como -- tal, supone un conjunto de normas de necesidad moral cuyo quebranta--- miento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad - y el bién común; estas normas forman un acervo equitativo de obligacio nes y derechos a que todos nos hallamos ligados y que todos podemos -- disfrutar. La violación de estas obligaciones o el ataque de esos dere-- chos constituyen el carácter de antijuricidad material, porque se violan intereses vitales de la organización social, y por eso se dice que en una sociedad organizada jurídicamente, el antijurídico material o el conteni do material de la antijuricidad consiste en la lesión opuesta en peligro -- de los bienes jurídicamente protegidos. En todo precepto legal va implí cita una norma, y aún en el lenguaje usual, tomado el continente por el contenido o viceversa, hace sinónimos los términos de la Ley y norma jurídica; así, la infracción de las leyes significa una antijuricidad for--- mal, por la violación de los preceptos positivos, derivados de los órga nos del Estado; y una antijuricidad material, por el quebrantamiento --

de las normas que las leyes interpretan, o sea, los intereses sociales que una y otra (Norma y Ley) reconocen y amparan 54/ .

No tiene trascendencia ni razón de ser, penalmente hablando, el - hacer consideración alguna de la antijuricidad material, sin la existencia de la antijuricidad formal de una conducta o hecho, pues la formal es fundamento de la material .

Es necesaria la violación de la Ley para que exista antijuricidad- de los hechos realizados y, se requiere la presencia del daño o riesgo en los bienes jurídicamente protegidos para que la antijuricidad se pre sente en su doble aspecto; por lo tanto, no es correcto pensar que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluya a la otra; por el - contrario, de ordinario van ambas unidas y son, de acuerdo con su naturaleza y denominación, una la forma y la otra el contenido de una -- misma cosa. Lo antijurídico es unitario, es oposición al derecho, y- hablar del aspecto formal y material de la antijuricidad es descompo-- ner el término en un análisis necesario para comprender mejor su con tenido.

La antijuricidad es consecuencia del principio de legalidad ampa-- rada por el artículo 14 Constitucional; por ello, para determinar si un hecho es penalmente antijurídico habrá que acudir con criterio decisivo

54/ "DERECHO PENAL MEXICANO", 2a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1960, pp. 249 y 250.

a la ley penal. Si el hecho cometido encaja dentro de alguno de los tipos de delito descritos en el texto legal, existirá una gran probabilidad de que sea antijurídico, no seguridad, pues en su realización puede concurrir una causa que excluya el injusto .

3. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE PANDILLISMO.

Repetidamente ha quedado demostrado que toda actividad o inercia humana coincidente con un tipo penal, es siempre antijurídica, salvo el caso de excepción de hallarse protegida por una causa eliminadora de la antijuricidad; o sea, de las señaladas limitativamente por la Ley; consecuentemente, todo comportamiento ajustable a las exigencias del artículo 164 Bis del Código Penal vigente, será antijurídico a menos que opere alguna justificante.

Podemos afirmar con respecto a nuestro delito, que será siempre antijurídico el actuar de tres o más personas, que sin estar organizadas se reúnan habitual, ocasional o transitoriamente, y cometan en común - algún delito.

La antijuricidad formal en el pandillismo se presenta en el instante en que las tres o más personas se reúnen y sin estar organizadas con tal fin, cometen en común algún delito, produciendo los resultados indicados, pues es indiscutible que su actuación encuadra en el tipo del artículo 164 Bis de la Ley de la materia.

Lo antijurídico de fondo o material lo encontramos en el ataque o -- la lesión concretos a los valores, bienes o intereses tutelados por el -- dispositivo de referencia, porque tales valores constituyen los objetos jurídicos tutelados por la Ley en el delito de pandillismo.

4. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Cualquier factor suficientemente adecuado para eliminar o neutra- lizar algún elemento esencial del delito, deberá tener operancia para -- impedir la configuración del mismo; y, en consecuencia, la exclusión- de responsabilidad; sin embargo, es necesario hacer una indicación al respecto de la antijuricidad, pues ésta no admite excluyentes suprale- gales. Las causas de justificación deben aparecer limitativamente -- previstas en la Ley puesto que sólo así pueden tener el carácter de -- justificantes.

Lo antijurídico de los hechos lo establece explícitamente la Ley, y por ello, su eliminación requiere de una declaración legal no exigible respecto de ningún otro elemento del delito. Si los restantes ele- mentos del ilícito penal pueden ser eliminados por cualquier factor, -- enunciado o no de manera exacta en el capítulo de las excluyentes de responsabilidad, la antijuricidad sólo se puede anular por una declara- ción del mismo género, es decir, legal y con capacidad para volver -- lícita una conducta típica.

"Las causas de justificación, expresa Adolfo Garcilópez, pueden - provenir en virtud del principio de la ausencia de interés o por el principio del interés preponderante. Conforme el primero, habrá causa de justificación, cuando el titular del bien jurídico atacado, ha renunciado a toda protección contra el ataque de que es objeto"; así, el consentimiento puede dar lugar a la exclusión del injusto por falta de interés. - "Mayor valor práctico tiene el segundo principio, expone el mismo autor, pues la justificante aparece aquí, cuando en la oposición entre dos intereses o bienes jurídicos protegidos, el de menor valor tiene que -- sacrificarse al de mayor jerarquía. En estos casos, el ataque realizado en contra del primero - su lesión - se justifica por la necesidad de salvar al de mayor valía" 55/ .

Haremos un breve estudio de las causas de licitud para darnos -- cuenta de su función en el delito a estudio.

a) Legítima Defensa. La Legítima defensa, aspecto negativo de la antijuricidad, pero positivo en cuanto al actuar lícito de una persona -- agredida, es a no dudarlo una causa eliminadora de la antijuricidad de una conducta típica. En función de ella, los sujetos actúan conforme al derecho, y de ninguna manera podrá suponerse, que al beneficiado con esta excluyente de responsabilidad se le deje de aplicar un castigo o -

55/ "DERECHO PENAL", Parte General, 1a.Ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1940, p. 189.

una pena por indulgencia o misericordia, por el contrario, actúa conforme a la Ley, y ésta lo faculta a defenderse cuando existe un choque entre dos intereses en donde es preponderante el bien jurídico del que se defiende, en contra de los intereses violentos del injusto agresor.

La legítima defensa ha sido definida por Franz Von Liszt, como :-
 "Aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y --
 contraria al derecho por medio de una lesión contra el agresor" 56/ . -
 Según Jiménez de Asúa, la legítima defensa: " es repulsa de la agre--
 sión ilegítima, actual e inminente, por el atacado o tercera persona, -
 contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de
 la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repe-
 lerla ". 57/ .

El Código Penal del Distrito y Territorios Federales establece la Legítima Defensa en la Fracción III del Artículo 15: "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o sus bienes o de la persona, ho-
 nor y bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin dere-
 cho y de la cual resulte un peligro inminente". El texto de la Ley al ha-
 cer referencia a los conceptos "persona, honor o bienes" hace posible
 la defensa de toda clase de derechos cuando éstos sean injustamente a-
 atacados. Además no ofrece duda comprender que nuestra vida, nuestra
56/ "TRATADO DE DERECHO PENAL" 2a. Ed., Editorial Reus, S.A.,
 Madrid, 1927, Tomo II. p. 332.
57/ "LA LEY Y EL DELITO", 4a. Ed., Editorial Hermas, México-Bue-
 nos Aires, 1963, p. 289.

integridad corporal, libertad, honor, pudor, etc., pueden ser objeto de legítima defensa puesto que se trata de valores cuya pérdida podría resultar irreparable.

Resulta inobjetable que puede operar la legítima defensa en el delito de pandillismo, pues es fácil imaginar por ejemplo, que tres o más personas encontrándose reunidas en algún lugar, repelan una agresión actual, violenta, sin derecho, contra el agresor, sin excederse en la necesidad de la defensa y dentro de una racional proporción de los medios empleados para repelerla, que pueda traer como consecuencia la alteración de la integridad corporal, libertad, honor, pudor, vida, etc. propias o de terceros.

b) Estado de Necesidad. Los estudiosos del derecho penal distinguen tres supuestos en la justificante denominada Estado de Necesidad, a saber: Cuando el bien es mayor, cuando el bien es igual, y cuando el bien es menor en valía, al sacrificado.

El estado de necesidad sólo se eleva a la categoría de causa de justificación, cuando se sacrifica un bien o interés menor a fin de lograr la subsistencia del más importante.

Doctrinariamente el concepto de esta causa de justificación suele encuadrarse o adoptar la definición de Franz Von Liszt : " El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses pro

tegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos" 58/. En este mismo sentido Cuello Calón nos dice : " Es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo suele ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona " 59/ .

La Fracción IV del artículo 15 del Código Penal, erige en excluyente de responsabilidad: "La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inmi--nente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudi--cial" .

El Estado de necesidad, cuando el bien salvado es de mayor enti--dad valorativa que el sacrificado, parece ser factible en el delito de pandillismo, y de hecho lo es puesto que si tres o más personas, ante el peligro inminente en que se encuentre algún bien de los jurídicamente tutelados, para salvarlo, sacrifican otro de menor valfa dentro de la escala axiológica, nos encontraremos ante la presencia de la excluyente de responsabilidad a que nos referimos, por ejemplo en casos de incendio en que se tiene la necesidad de destruir bienes o propiedades de terceros o propios para salvar vidas humanas, o en casos de inundación, etc.

c) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

58/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", 2a.Ed., Editorial Reus, S.A. Madrid, 1927, Tomo II, p. 341.

59/ "DERECHO PENAL", 9a.Ed., Editora Nacional, México, 1953, Tomo I, p. 342.

Estas justificantes tienen su explicación legal en virtud de la imposibilidad de que una conducta esté al mismo tiempo prohibida por una norma y ordenada o simplemente permitida por otra; por tanto, el derecho está más interesado en que las personas cumplan con sus deberes o ejerciten sus facultades establecidas en la Ley, a pesar de que la posibilidad de que al hacerlo colmen algún tipo penal. Así, el Código Penal vigente en su artículo 15 Fracción V dispone: "Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho consignado en la Ley". El agente que en esa forma actúe quedará excluído de responsabilidad.

Con respecto al cumplimiento de un deber, Quintano Repollés indicó: "En esta causa de justificación opera una colisión de dos deberes, - que se resuelve en el predominio del más categórico y más digno de protección, como lo es el deber concretamente exigido por la Ley, la función o el cargo " 60/ .

En relación con el ejercicio de un derecho, nos permitimos pensar de acuerdo con el penalista Jiménez Huerta, cuando dice: "Quién actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la Ley lo autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aún cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege" 61/ .

60/ "COMENTARIOS AL CODIGO PENAL", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, Tomo I, p. 138.

61/ "LA ANTIJURICIDAD", Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 209.

En el mismo sentido, Olga Islas Magallanes comenta: El derecho en ocasiones autoriza la realización de determinados actos que son el único medio de hacer efectivo un derecho, aún cuando al hacerlo se lesionen o se pongan en peligro intereses que el derecho protegería en otras circunstancias. La extensión de esta causa de licitud no es siempre igual, sino que está determinada en cada caso concreto por la naturaleza misma del derecho y la valoración que de él haga el Juez" 62/.

El que actúe de acuerdo con lo ordenado o prescrito por la Ley, excluye por sí mismo el carácter delictuoso del acto que en esas circunstancias realizó. Siempre y cuando el agente no se exceda en el cumplimiento de sus obligaciones o en el ejercicio de sus derechos, legalmente autorizados, su actuación en el campo de las relaciones sociales será lícita.

Nos parece igualmente que por el ejercicio de un derecho, tanto como por el cumplimiento de un deber, puede operar en nuestro delito a estudio la excluyente de responsabilidad a que se ha hecho alusión, siempre y cuando no haya exceso sobre todo al ejercitar un derecho.

d) Impedimento Legítimo. Esta justificante consiste en dejar de -- hacer lo prescrito en una ley por impedirlo otra disposición jurídica, --

62/ "EL DELITO DE REVELACION DE SECRETOS", Tesis Profesional, México, 1962, pp. 108 y 109.

es decir, por haber una obligación o un derecho de carácter jurídico, - que faculta obrar en forma típica pero no antijurídica.

El artículo 15 Fracción VIII del Ordenamiento Penal, establece:--
"Contravenir lo dispuesto en la Ley Penal, dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo".

Consideramos que el Impedimento legítimo no es una causa de justificación autónoma, mas bien creemos, encuadra en las fórmulas del Ejercicio de un derecho o del Cumplimiento de un deber, según el caso que se presente: v.gr.: un testigo se puede negar a declarar por el derecho que le concede la Ley en virtud de ser pariente del acusado; o -- bien por la obligación que en tal sentido le impone el secreto profesional.

Creemos que en el delito de pandillismo puede operar igualmente - la justificación por Legítimo Impedimento ya que el delito a estudio puede entrañar igualmente una conducta omisiva que de actividad.

e) Obediencia Jerárquica. "Evidentemente los caracteres de superioridad, legitimidad y jerarquía integran, expresa Ignacio Villalobos, los supuesto de la obligatoriedad de un mandato y, esta obligatoriedad- constituye la razón de ser de la Obediencia jerárquica como excluyente de responsabilidad" 63/.

63/ "DERECHO PENAL MEXICANO", 2a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1960, p. 357.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la Obediencia jerárquica puede plantear tres hipótesis: a) Cuando el inferior no posee un incondicional deber de obediencia y sabiendo la ilicitud del mandato, lo cumple, es obvio que su conducta será delictiva; b) Cuando el subordinado poseyendo el poder de inspección sobre la orden superior, considere a ésta justa, en virtud de un error esencial de hecho, insuperable e invencible, es claro el caso de la presencia de una causa de inculpidad; y, c) La Obediencia jerárquica adquiere perfiles excluyentes de responsabilidad, cuando quién obedece tiene el deber legal de cumplir incondicionalmente con lo mandado, le parezca justo o injusto lo que tiene que hacer, pues lo importante es el cumplimiento de la orden recibida. Esto lo podemos advertir en Legislaciones Especiales como la Militar, en donde los miembros del Ejército, en determinados casos, tienen el deber ciego de acatar las órdenes superiores a pesar de que al hacerlo, realicen actos penalmente tipificados.

El artículo 15 del Código Penal en su Fracción VII preceptúa: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Después de transcribir lo establecido en la Ley respecto de esta exigente, se puede plantear una cuarta hipótesis: Fuera de las jerar-

quías oficiales, cuando el que obedece no pierde su deber de juzgar y so meterse a la Ley, aún contra de las órdenes de sus patrones y superiores. En conclusión la obediencia debida consiste en obedecer a un superior legítimo dentro de un orden jerárquico, si el carácter delictivo del acto que fue mandado, no era notorio ni se prueba que el acusado lo conocía, o si éste se hallaba obligado a obedecer incondicionalmente.

Ante tales circunstancias, se nos antoja que podría ser dable la ope rancia de las hipótesis enumeradas, en nuestro delito, por ejemplo en los casos de jóvenes prestando su Servicio Militar dentro de los cuales hay jerarquías y son mandados para obedecer órdenes que ciegamente - tienen que cumplir aunque con dichas órdenes se tipifiquen delitos. En este caso operaría la justificante que hemos analizado.

CAPITULO QUINTO

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

SUMARIO

1. La Imputabilidad. 2. La Inimputabilidad. 3. La imputabilidad y su ausencia en el delito de pandillismo. 4. La Culpabilidad. 5. Especies de Culpabilidad: a) Dolo, b) Culpa, c) Preterintencionalidad. 6. La Culpabilidad en el delito a estudio. 7. La Inculpabilidad. 8. La inculpabilidad en el delito de pandillismo.

1. LA IMPUTABILIDAD

Consideramos haber demostrado suficientemente que el delito es ante todo un comportamiento humano voluntario (Conducta o hecho), coincidente con un tipo penal (tipicidad) y, en forma objetiva contrario a los intereses jurídicamente tutelados (antijuridicidad). Precisa ahora comprobar que la noción completa del delito se integra con otro ingrediente de carácter eminentemente subjetivo, como lo es la culpabilidad. Para nosotros, el concepto integral del delito es de naturaleza tetratómica: conducta o - hecho, típica, antijurídica y culpable.

La culpabilidad, elemento esencial general psíquico del delito, únicamente es realizable por individuos capacitados para revelarse, en su fuero interno, contra el orden jurídico indispensable para el mantenimiento del vivir comunitario. Sólo es culpable un sujeto cuando sea imputable, por ello, urge estudiar previamente esa capacidad para ser culpable, o sea, la imputabilidad.

"Será imputable, asienta Carrancá y Trujillo, quién posee al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, así como todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta conforme a las exigencias de la vida en sociedad". 64/

64/ "DERECHO PENAL MEXICANO", Parte General, Antigua Librería Robredo, México 1965, Tomo I. p. 227.

Castellanos Tena expone: "La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo".^{65/}

En relación a la naturaleza jurídica de la imputabilidad, la Doctrina aún no se pone de acuerdo. Algunos especialistas consideran a la imputabilidad como un elemento autónomo del delito (criterio completamente superado); otros, la han considerado como un presupuesto general del delito, o bien, de la culpabilidad. Nosotros opinamos que es un presupuesto, pero dudamos si es del delito en general o de la culpabilidad en particular.

Para la comisión de un delito, jurídica y normalmente necesita el agente de una previa aptitud de entender y de querer su acto, o sea, de la capacidad para delinquir. En este caso podemos observar que la imputabilidad, como mínimo de salud y desarrollo mentales en el autor, es un presupuesto general del delito; sin embargo, quién sufre de un trastorno mental permanente o transitorio o es invadido de un miedo grave, podrá manifestar una conducta que encuadre en un tipo penal, y por consecuencia sea contraria al derecho (comportamiento típico y antijurídico), pero de ninguna manera será culpable, por faltarle la capacidad de entender y de querer sus actos. En estas condiciones, la imputabilidad es el presupuesto necesario de la culpabilidad.

^{65/} "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a. Ed., Editorial Jurídica Mexicana, México. 1965. p. 280.

Consideramos aceptable el criterio de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, porque como decíamos, se pueden ejecutar actos típicos y antijurídicos que no configuren delitos por ausencia del elemento psíquico, es decir, el de la culpabilidad; y, ésta no presentarse, por falta de su soporte indispensable, la imputabilidad. Para los efectos de nuestro análisis, un delito dejará de configurarse por ausencia de su elemento esencial psíquico - la culpabilidad - y que no podrá fincarse -- sin la imputabilidad.

2. LA INIMPUTABILIDAD

Siendo la imputabilidad el mínimo de condiciones psíquicas exigidas por la ley para el correcto desenvolvimiento del hombre en la vida social, su ausencia evitará la integración del delito por faltar el presupuesto básico de la culpabilidad. Las causas de inimputabilidad quedan pues circunscritas a todas aquellas condiciones reveladoras de que el agente de un comportamiento típico y antijurídico, carece de las facultades de juicio y decisión. Cuando falta esa capacidad de entender y de querer en el sujeto autor de un comportamiento dado, estaremos en presencia de la inimputabilidad.

La Ley Penal establece la inimputabilidad en los artículos 15 (Fracciones II y IV), 67 y 68, a saber: En la fracción II del artículo 15 encontramos los estados de inconsciencia transitoria: " 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"; La Fracción IV se refiere a diversas eximentes de responsabilidad, entre las cuales particularizamos el miedo grave, consistente en un estado emocional capaz de producir en el sujeto una inconsciencia de sus propios actos. El artículo 67 regula la sordomudez, estableciendo: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluira en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación e instrucción". Respecto de esta consideración de la Ley, podemos comentar, que muchos sordomudos son -- instruidos, educados y hasta cultos, o sea, completamente capaces de entender y de querer sus actos, luego la generalidad hecha por la Ley es -- criticable, pues en el caso de los sordomudos educados resultaría innecesario recluirlos y es digno considerar a éstos como hombres normales -- en las relaciones sociales. El artículo 68 establece: "Los locos, idiotas, imbeciles, cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mental y, -- que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios, o en departamentos especiales -- con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo". Este precepto también merece ser aclarado, por dar la impresión de que el Legislador admite la responsabilidad de los enfermos mentales permanentes, a pesar de la manifiesta incapacidad de éstos. Debemos considerar a los enfermos mentales permanentes, inimputables de sus hechos, inclinán-

donos a la idea de que la reclusión indefinida hasta su completo restablecimiento, así como también la ejecución de labores bajo prescripción -- médica, no es una pena sino una medida de seguridad y, a la vez de salud, conveniente para la vida gregaria. En el mismo caso se encuentran los sordomudos (cuando carecen de educación), cuya reclusión es benéfica y necesaria, hasta obtener en ellos el grado de cultura y educación suficientes para su normal desenvolvimiento social.

Además suele invocarse como causa de inimputabilidad a la minoría de edad. En un plano dogmático, esto es, estrictamente legal, es indudable que los menores de dieciocho años son inimputables en virtud de la imposibilidad jurídica de aplicarles la ley penal, 66/pero doctrinariamente los menores de edad, pueden ser perfectamente capaces de entender y de querer sus actos, a menos que se trate de personas de muy corta edad.

3. LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE PANDILLISMO

De acuerdo con los conceptos vertidos en relación con la imputabilidad, será imputable del delito de pandillismo, todo aquel que teniendo las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el momento del acto típico penal, por la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas, que sin estar organizadas, cometan en común algún delito, y, consecuentemente capaz de culpabilidad en

66/ El artículo 119 del Código Penal de 1931, dispone: "Los menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales - serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa".

el delito que nos ocupa.

Quedó debidamente establecido, que si bien la imputabilidad no es un elemento autónomo del delito, su ausencia impedirá la integración de la figura delictiva por faltar el soporte indispensable de la culpabilidad; por tanto, cuando opera algún factor adecuado para volver negativa a evidenciar la ausencia de la capacidad de entender y querer en el sujeto activo del delito de pandillismo, éste no se presentará por no tener el agente del mismo la aptitud que sea culpable.

En el delito de pandillismo es dable admitir como causa de inimputabilidad, y por ende, excluyente de responsabilidad, los estados de inconsciencia transitorios a que se refiere el artículo 15 Fracción II del Código Penal. Lo mismo podemos admitir respecto a los enajenados mentales permanentes y a los sordomudos a que se refieren los artículos 67 y 68 de dicho ordenamiento y a quienes se encuentren en la situación de miedo grave conforme a la Fracción IV del numeral citado.

Quién carece de las facultades de juicio y de decisión, no estará en condiciones de cometer el delito de pandillismo, es decir, además de las expresadas, son eficaces para anular el atributo de culpabilidad en el delito en cuestión, cualquier factor idóneo supralegal como: el hipnotismo, el sonambulismo, etc., pues estas características negativas en un momento dado de la personalidad del hombre, son verdaderas causas de inimputabilidad.

4. LA CULPABILIDAD

Decíamos que una conducta para ser delictiva, además de típica y -antijurídica, debe integrarse con un ingrediente de carácter eminentemente subjetivo, como lo es la culpabilidad.

Para concebir mejor la culpabilidad, creemos indispensable exponer las corrientes doctrinarias que sobre este elemento del delito se han formulado: la psicológica y la normativa.

De conformidad con los psicólogos la culpabilidad la encontramos radicada en el proceso intelectual y volitivo desarrollado en la psiquis del autor de una conducta típica y antijurídica. En este sentido, el comportamiento psíquico del autor de un delito está subordinado a su capacidad y libertad de determinación; es decir, la suficiencia intelectual y volitiva del agente, el conocimiento de su actuar y las posibilidades de regular su conducta, son las causas de su responsabilidad.

Al respecto Ignacio Villalobos expone: "La culpabilidad consiste en la actitud psicológica del sujeto, en el desprecio del individuo por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio manifestado por franca oposición en el dolo o indirectamente en la culpa por indolencia, desatención o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos y no en la reprochabilidad a la cual aluden los normativistas" 67/.

67/ "DERECHO PENAL MEXICANO", 2a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1960, pp 272 y 273.

Para la doctrina que comentamos, expresa Fernández Doblado, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso" 68/.

El Código Penal parece aceptar el psicologismo al precisar en su artículo octavo, que: "Los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia". Siendo la ley penal un dogma, base de estudio e investigación, nos adherimos a la corriente psicologista.

Según los normativistas, comenta Ricardo C. Núñez: "La culpabilidad se concibe como un hecho psicológico valuado con arreglo a una norma, mediante un juicio tendiente a decidir si ese comportamiento le es subjetivamente reprochable al autor, por implicar un actuar distinto a su deber de obrar de acuerdo con las exigencias del derecho" 69/.

La culpabilidad normativamente considerada, dice Jiménez de Asúa, "es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" 70/.

Dentro de la corriente normativista, una conducta podrá ser reprochada a su autor si las circunstancias internas y externas acompañantes de su conducta delictiva, demuestran que a dicho autor le era exigible -

68/ "CULPABILIDAD Y ERROR", Anales de Jurisprudencia, Tomo XVIII.

69/ "DERECHO PENAL ARGENTINO", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, Tomo II, p. 19.

70/ "LA LEY Y EL DELITO", 4a. Ed., Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1963, p. 352.

otro comportamiento psíquico distinto del observado. La culpabilidad, -- pues, es un juicio de reproche motivado por la exigibilidad jurídica de -- otra conducta.

Expuestas las teorías respecto a la naturaleza jurídica de la culpabilidad, nosotros tomamos partido en el psicologismo, pero no concibiendo a la culpabilidad como un simple nexo psicológico entre el sujeto y el resultado de su acto, sino como la valoración de ese contenido psicológico, es decir, la culpabilidad es una actitud subjetiva reprochable, mas no el reproche de esa actitud subjetiva, como la consideran los normativistas.

5. ESPECIES DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es la condición del delincuente que lo hace actuar con dolo o con culpa; por tanto, las especies de culpabilidad son dos: dolo y culpa; sin embargo, la Doctrina, según la intencionalidad o no del agente del delito, agrupa en tres los grados de culpabilidad: dolo, culpa, y preterintencionalidad.

El artículo octavo del Código Penal dice: "Los delitos pueden ser: I.- Intencionales, y II.- No intencionales o de imprudencia". Nótese que la Ley Penal solamente acepta los delitos dolosos y los culposos, sin hacer referencia alguna a delitos preterintencionales. Al respecto, creemos, -- que al maestro Ignacio Villalobos le asiste la razón al considerar que no existen delitos preterintencionales, sino delitos con resultado preterintencional 71/.

71/ "DERECHO PENAL MEXICANO" 2a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1960, p. 313.

a) DOLO. Debemos considerar al dolo como la voluntad conciente--mente dirigida a la obtención de un resultado delictivo.

Gluseppe Maggiore define al dolo como: "La intención de causar un resultado antijurídico" 72/; Miguel Garcilópez: "Como la conciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la norma penal" 73/; Castellanos Tena lo concibe como: "El actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico" 74/.

Obrará dolosamente quién en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose la significación de su conducta.

b) CULPA. Refiriéndose a los delitos culposos, la Ley Penal (Art.8) literalmente establece: "Se entiende por imprudencia -o culpa - toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional".

El precepto es criticable pues la imprudencia es sólo una especie del vocablo genérico Culpa, como lo es la impericia, la negligencia, etc. Los delitos pueden ser de peligro o de lesión, o sea, no todos los delitos producen necesariamente un daño.

72/ "DERECHO PENAL", Editorial Temis, Bogotá, 1954, Tomo I, p.576.

73/ "DERECHO PENAL", Parte General, 1a. Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1940, p. 142.

74/"LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a. Ed., Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, p. 306.

Según Eusebio Gómez: "Un delito será culposo, cuando el resultado determinante de la acción, no ha sido previsto ni querido por quién lo realiza con la intención de producir lesión alguna, ese resultado deriva de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de las leyes. Entre la acción y omisión del autor y el efecto, debe mediar, necesariamente, una relación directa" 75/. Ricardo C. Núñez expresa: "La culpa es una omisión de cuidado en el obrar en el omitir y no un simple actuar descuidado, porque sin la inobservancia de un deber que lo prohíba, el descuido no es reprochable" 76/. Actúa culposamente, expone Edmundo Mezguer, el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede preveer la aparición del resultado 77/.

Existe culpa en el actuar u omitir de un sujeto, cuando éste actúa - sin tomar en cuenta las providencias indispensables y el resultado adviene por su conducta descuidada o negligente.

c) PRETERINTENCIONALIDAD. Se dice que un delito es preterintencional si el resultado delictuoso sobrepasa a la intención voluntaria del agente; en otras palabras, cuando con la acción u omisión se origina un perjuicio mas grave al querido por el autor. Existe dolo en cuanto al evento deseado, pues hay voluntad consciente de contrariar la norma ju-

75/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, Tomo I, p. 477.

76/ "DERECHO PENAL ARGENTINO", Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, Tomo II, pp. 74 y 75.

77/ "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial de Revista de Derecho privado, Madrid, 1949, Tomo II. p. 171.

rídica pero al mismo tiempo hay culpa, porque el resultado producido no tiene relación consciente con la intención primaria del sujeto activo del delito.

Apuntabamos que la Ley Penal del Distrito y Territorios Federales no capta la figura del delito preterintencional, pues el artículo octavo só lo alude a delitos intencionales y no intencionales (dolosos y culposos); - sin embargo, Porte Petit considera que la preterintencionalidad se encuentra establecida en la Fracción II del artículo noveno del ordenamiento penal de 1931.

6. LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Una vez demostrada la realización del comportamiento típico y antijurídico hecho por un sujeto imputable, en nuestro delito, tócanos ahora - analizar el elemento culpabilidad en el delito de pandillismo, para ello podemos afirmar que el delito en cuestión será siempre de ejecución dolosa y nunca culposo, porque lo que importa para llenar el tipo es que el número de los pandillistas sea de tres o más, cometiendo en común algún delito, de donde resulta que el dolo es simple y consiste en la conciencia y voluntad de formar parte de la reunión, ya sea ésta ocasional, habitual o -- transitoria. En consecuencia, resulta evidente que el tipo en cuestión rechaza la comisión culposa.

7. LA INCULPABILIDAD

Para que un sujeto sea culpable, precisa en la realización de su conducta la presencia del conocimiento y la voluntad de quebrantar lo establecido en una norma jurídica; por ello, la inculpabilidad la debemos re---

ferir a esos dos elementos: intelectual y volitivo.

Las causas de inculpabilidad, serán pues, aquellas que eliminen algunos o ambos de dichos elementos, en efecto: el error y la coacción sobre la voluntad. El primero, anula el elemento intelectual (conocimiento de que se quebranta el deber); la segunda, impide la libre manifestación de la voluntad. En tales circunstancias la conducta o hecho del agente será irreprochable.

La Doctrina habla también de la "no exigibilidad de otra conducta"-, como causa de inculpabilidad, nosotros consideramos que la inexigibilidad de otra conducta al no eliminar ninguno de los elementos de culpabilidad, no podrá funcionar como causa de inculpabilidad, antes bién, es verdadera causa de una excusa absolutoria, aspecto negativo de la punibilidad.

a) El error. Los autores suelen distinguir el error en dos varie--dades: de hecho y de derecho. Sólo al primero se le concede la eficacia para anular o, al menos modificar, la culpabilidad; al segundo se le niega por completo esa virtud.

El error de hecho se divide en esencial (el cual puede ser vencible o invencible); y, accidental (éste comprende el error en el golpe, en la persona y en el delito).

El error produce la desintegración del delito cuando es esencial, insuperable e invencible, de lo contrario lo deja inalterable, al menos, en su forma culposa.

El error de hecho esencial e invencible puede ser de tipo o de licitud. Es de tipo cuando recae sobre uno o más de los elementos del tipo; el de licitud, se traduce en las eximentes putativas y se presenta cuando el agente piensa que su conducta es lícita por estar amparada en una causa de justificación, no estándolo.

Ahora bien, el error es un falso conocimiento de la realidad, es un estado de la inteligencia por el cual un objeto del mundo externo se desconoce tal cual es. Dentro del campo jurídico penal todo actuar erróneo de un sujeto revela su falta de oposición con los fines que el Derecho se propone realizar.

Existe la opinión de que la ignorancia es también causa de inculpatibilidad. La ignorancia es un total desconocimiento de la realidad, en tales condiciones, esta supuesta causa de inculpatibilidad no tiene relevancia para el Derecho Penal. Al respecto Antolisei comenta: "Todo error supone indudablemente la ignorancia de alguna cosa, porque de otra manera no se explicaría; por el contrario, puede existir ignorancia sin error, siempre que la misma no esté acompañada por alguna persuasión. Puesto que la ignorancia que interesa al Derecho es aquella que determina un error, puede acogerse la opinión general que considera equivalentes a los dos términos" 78/.

b) La coacción sobre la voluntad. Esta causa eliminadora del ele-

78/ "MANUAL DE DERECHO PENAL", Parte General, Editorial UTEHA, Argentina, Buenos Aires, 1960. p. 297.

mento volitivo indispensable para que un comportamiento típico y antijurídico sea culpable, es de carácter puramente moral. Un sujeto sometido a una amenaza grave (temor fundado), actúa involuntariamente, por tanto, los actos delictivos que ejecute en semejante estado de ánimo, serán inculpables.

El Código Penal consagra en el artículo 15 (Fracciones IV y VII) las eximentes de culpabilidad. En la IV establece el temor fundado o coacción moral sobre la voluntad; en la VII habla de la Obediencia jerárquica, la cual sólo constituye causa de inculpabilidad cuando el subordinado desconoce por error esencial de hecho, insuperable e invencible, la ilicitud del mandato.

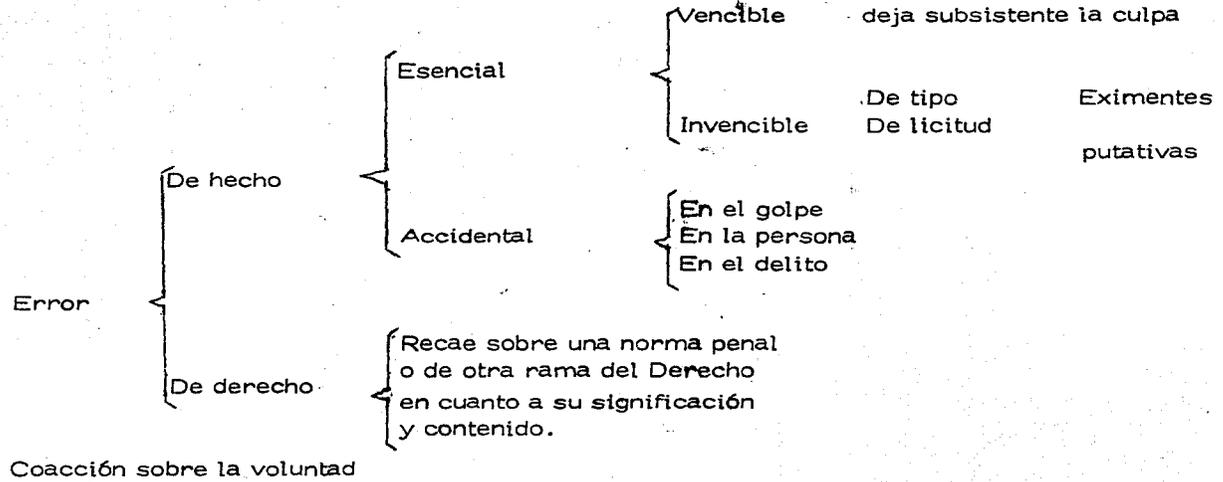
Quedó establecido anteriormente que pueden admitirse eximentes supralegales (excepto en las excluyentes de antijuricidad), consecuentemente, tratándose de la culpabilidad también existen, aún cuando no estén expresamente reglamentadas en la Ley, pero siempre y cuando en forma dogmática puedan ser extraídas del Ordenamiento Positivo. A este respecto Castellanos Tena expresa: "Si un sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (y ese desconocimiento es a virtud de un error esencial e insuperable), o poseyendo esa conciencia ejercita una conducta o hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito, a pesar de que dicho agente sea completamente imputable. En este caso se hallan las eximentes putativas, no reglamentadas en nuestra Ley de modo

específico, más es posible desprenderlas de los preceptos de la legislación represiva, por encontrarse inmersas en ellas". Más adelante afirma: "Por eximentes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado -- por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, Lícita), sin serlo" 79/. Entre las eximentes putativas que pueden eliminar la -- culpabilidad de un hecho típico y antijurídico, podemos mencionar: la le gítima defensa putativa, el estado necesario putativo, el deber y derecho putativos, etc.

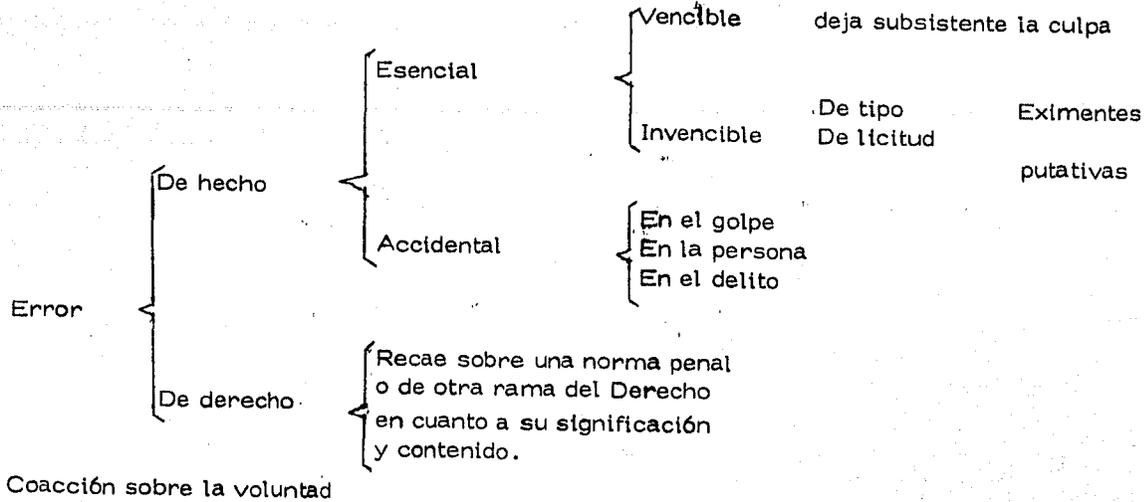
El aspecto negativo de la culpabilidad podemos sintetizarlo esquemáticamente por medio del cuadro inserto:

79/ "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 3a Ed. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, p. 331.

INCULPABILIDAD



INCULPABILIDAD



8. LA INculpABILIDAD EN EL DELITO DE PANDILLISMO

A nuestro juicio y en tratándose de que nuestro tipo a estudio es un delito de ejecución dolosa simple, puesto que como ya dejamos establecido basta con tener la voluntad de pertenecer al grupo o reunión de tres o más personas cometiendo en común algún delito, aunque ésta sea ocasional habitual o transitoria, consideramos que si es posible que pudieren operar en el pandillismo las causales de inculpabilidad a que se refieren las fracciones IV y VII del artículo 15 de nuestro ordenamiento penal dado el carácter acumulativo a cualquier otro tipo señalado en nuestro Catálogo Penal.

Consideramos asimismo que pueden darse la obediencia jerárquica y el miedo grave o temor fundado en los casos de ignorancia o error esencial de hecho insuperable e invencible, y, por consecuencia, la no exigibilidad de otra conducta, en los casos de los militares y de personas que prestan sus servicios como trabajadores y que por su propia ignorancia y su bajo o casi nulo índice de preparación, no puede exigírseles la revisión de las órdenes recibidas; y, por otra parte, el que se encuentre amenazado con causársele un daño en su persona o las de su familia o terceros, o bienes propios o de estos últimos y que actúen antijurídicamente impelidos por el miedo grave o temor fundado de que el mal o peligro inminente se actualice.

CAPITULO SEXTO

FORMAS DE APARICION DEL DELITO

SUMARIO

1. Iter Crfminis.
2. Tentativa y consumación.
3. Tentativa y consumación en el delito de pandillismo.
4. La participación.
5. La participación en el delito a estudio.
6. Concurso de delitos.

1. ITER CRIMINIS

Para llegar a la consumación de todo delito es necesario que se realicen en el tiempo una sucesión de varios actos; hay que recorrer, por decirlo así, un camino hacia la meta, que va desde la ideación o tentación criminosa hasta el total agotamiento del propósito. En esto consiste el llamado "Iter críminis" o vida del delito.

Fase interna	Idea criminosa o ideación Deliberación Resolución
--------------	---

ITER CRIMINIS

Fase externa	Manifestación Preparación Ejecución (tentativa o consumación)
--------------	---

Como se puede apreciar en el cuadro, el "Iter críminis" consta de dos fases: Interna y externa.

A). La fase interna tiene a la vez tres momentos:

a). Ideación. En la mente del autor se concibe la idea criminosa, o sea, se inicia el proceso hacia el delito.

b) Deliberación. En este momento el sujeto decide el abandono de la idea criminosa o la confirmación de la misma; si sucediera lo segundo, los propósitos del autor se adelantan a la tercera etapa de la fase interna.

c) Resolución. Esta consiste en la firme intención de cometer el delito. Hasta ese momento la decisión del sujeto aun no se ha exteriori-

zado, permanece en su mente y, por tanto, queda fuera de toda amenaza o acción penal. Al respecto Rossi asienta: "El pensamiento es libre, es capa a la acción del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser enca^udenado", y continúa el mismo tratadista: "por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer es que la manifestación del pensamiento - fuera mucha mas rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el número de los malhechores. Esto es cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio". 80/.

Incriminar al pensamiento equivaldría a invadir el campo propio de la moral. El derecho en estas condiciones no cumpliría con su misión de armonizar las relaciones puramente externas de los hombres, desde el punto de vista de convivencia y bienestar social.

B) Fase externa. Una vez que el sujeto tiene la firme convicción de delinquir y se resuelve a ello, cobra vida la fase externa del "Iter crími- nis".

a) Manifestación. En este momento se exterioriza la idea criminosa, el pensamiento que antes solo existía en la mente del autor ha surgido al mundo de relación. La manifestación de las ideas no será incriminable por sí sola, excepción hecha de aquellos casos especiales en los que su sola presencia agota algún tipo penal; vgr. los tipos descritos en los artí-

80/ Cfr. "LA LEY Y EL DELITO", Jiménez de Asúa Luis. 4a. Ed., Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1963, p. 460.

culos 125 fracción I y 282 del Código Penal, referentes a la incitación para la comisión del delito de Traición, el primero, y en el delito de Amenazas, el segundo. Amenaza es la intimidación en contra de una persona, causando en ésta un cambio substancial en su ánimo, con el objeto de que realice lo que voluntariamente no haría.

Así lo establece también la Constitución en su artículo 60.: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público".

b) Preparación. El camino del delito ya en su fase externa, tiene como segundo momento la actividad preparatoria. Los actos preparatorios son aquellos a través de los cuales el sujeto activo se apresta a violar la Ley, o sea, a ejecutar el delito proyectado. Nuestro Código Penal en su artículo 256 sanciona a los mendigos a quienes se aprehenda con disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento idóneo para la comisión de algún delito.

c) Ejecución. Esta última etapa de la fase externa y culminante de los propósitos del agente, nos ofrece dos aspectos: Tentativa y Consumación.

En el delito de pandillismo como en cualquier otro delito doloso, encontramos todos los momentos del "iter criminis", tanto los de la fase interna, como externa.

2. TENTATIVA Y CONSUMACION

La tentativa es la ejecución incompleta de una determinada conducta delictiva. Esta etapa del iter críminis, anterior a la consumación y posterior a los actos preparatorios, surge cuando aparece un principio de ejecución, o bien, la total realización de los actos ejecutivos, sin haber consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo del mismo.

Es conveniente para dar una concepción de la tentativa, considera - Francisco J. Ramos Bejarano, hacer referencia tanto al vocablo "ejecución" como al de "inejecución", porque pudiera tomarse el primero en - sentido estricto y entonces no comprendería a las omisiones, en las cuales, sin duda, también es dable la tentativa. Con este criterio define la tentativa como: "La ejecución o inejecución, en su caso, de actos encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas independientes al querer del agente" 81/.

Dentro de las anteriores formulas caben perfectamente las dos especies de tentativa: acabada e inacabada. Consiste la primera, en la ejecución (inejecución en su caso) de todos los actos indispensables para el surgimiento del resultado delictivo; la segunda, es la ejecución (o inejecución) incompleta de los actos requeridos para la consumación del delito. En ambas, el resultado típico no se produce por causas ajenas al --

81/ "LA TENTATIVA INACABADA", Revista de la Facultad de Derecho, Enero-marzo, 1964, Tomo XIV, p.64.

querer del agente.

Señalamos como elementos de la tentativa los siguientes:

- a) Intención de cometer el delito;
- b) Comienzo de ejecución o total realización de los actos de ejecución (o inejecución en su caso); y
- c) Que no se consume el delito por causas ajenas a la voluntad del -- agente.

La tentativa como conjunto de actos (u omisiones en su caso), dirigidos concretamente a la consumación del ilícito penal, será punible -- siempre que dichos actos (u omisiones) no alcanza en su culminación -- por causas ajenas a la voluntad del infractor. Sin embargo, existen -- dos casos especiales de tentativa: el desistimiento y el arrepentimiento: en ambos, el resultado no se presenta por voluntad propia del -- agente. En el primer caso la tentativa no será punible; en el segundo, se atenuará la pena. Al respecto Maggiore expone: "la interrupción o la suspensión del proceso ejecutivo o no verificación del resultado, -- pueden suceder por dos ordenes de causas: a) Causas dependientes -- de la voluntad del agente, b) Causas ajenas a su voluntad (fortuitas, predispuestas u opuestas por otras). En la primera hipótesis puede -- darse: 1) Que la voluntad del agente obre antes que se haya cumplido la acción y entonces tenemos el desistimiento voluntario propiamente

dicho; 2) Que la voluntad, ya cumplida la acción, logre solo impedir el resultado, y entónces se tiene el llamado arrepentimiento activo o el -
arrepentimiento eficaz" 82/ .

Para imponer la pena en caso de tentativa, los Jueces tendrán en -
cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiese llegado en la
ejecución del delito (Arts. 12 y 63 del Código Penal).

Respecto a la consumación del ilícito penal, Antolisei expresa: "El
delito es consumado cuando al hecho concreto responde exacta y comple-
tamente el tipo abstracto delineado por la ley en una norma incriminado-
ra especial" 83/ .

"Un delito se consuma, considera Quello Calón, cuando se han rea-
lizado todos los actos materiales de ejecución del ilícito penal y se ha -
lesionado efectivamente el bien jurídico, objeto de la protección penal"
84/.

Concretamente la consumación es el resultado dañoso del actuar de-
lictivo (u omitivo en su caso), de un sujeto violando la Ley Penal, o bien,
la integración de todos los elementos del tipo.

3. TENTATIVA Y CONSUMACION EN EL DELITO DE PANDILLISMO

Después del breve estudio sobre la tentativa y la consumación de --

82/ "DERECHO PENAL", Editorial Temis, Bogotá, 1954, Tomo II, p. 84.

83/ "MANUAL DE DERECHO PENAL", Parte General, Editorial UTHEA,
Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 342.

84/"DERECHO PENAL", 9a. Ed., Editora Nacional, México, 1953, Tomo
I, p 536.

los delitos en general, toca ahora referirnos a la operancia de las mismas en el delito de pandillismo.

Siendo nuestra figura penal un delito de resultado material dañoso, es decir, que para integrarse plenamente se hace necesaria la realización efectiva de algún otro tipo, y por ende de las intenciones de la pandilla, nos parece acertado considerar que la tentativa en el tipo a estudio no puede presentarse. Podríamos pensar que la actividad criminal de la pandilla, pretenda realizar algún o algunos delitos, bien puede ser interrumpida por causas independientes y ajenas a su voluntad, antes de que su conducta ilícita llegue a consumarse.

En la tentativa acabada, apuntamos, la conducta delictiva no se realiza; la consumación de algún delito no aparece por motivos ajenos a las intenciones del agente. Consideramos que si la pandilla no realiza algún delito por causas ajenas a su voluntad, el delito de pandillismo no se configura, puesto que el tipo a estudio solo se configura con la consumación de algún otro u otros delitos.

Ahora bien, respecto del desistimiento y del arrepentimiento como grados especiales de tentativa, debemos considerar su inoperancia plena en nuestro delito, no siendo el caso de corroborar lo dicho en la Teoría General en el sentido de que el desistimiento no es punible y en el arrepentimiento se atenúa la pena correspondiente al delito pleno.

Ya con anterioridad apuntamos que el delito de pandillismo, es-

un hecho típico de resultado material dañoso, por tanto, solamente quedará consumado cuando el agente haya logrado su propósito ilícito, es decir, en el preciso momento de la actualización del daño o perjuicio en los bienes jurídicos que el mismo protege.

4. LA PARTICIPACION

Participación dentro del campo jurídico-penal, es la intervención de varios sujetos en la realización de un delito cuando el tipo correspondiente no exige pluralidad de agentes. La participación se refiere a la cooperación de varias personas en la comisión de un acto delictivo, el cual podría ser consumado perfectamente sin la intervención de aquellos a quienes se considera partícipes. Cuando la descripción legal requiera de varios agentes para colmar el delito estaremos frente a los delitos plurisubjetivos o de concurso necesario.

Entre los grados de participación encontramos: autor, coautor y cómplice, pudiéndose distinguir dentro de la categoría de autor: el mediato y el inmediato, éste a la vez puede ser: intelectual y material.

El Código Penal (art. 13), recoge todos estos grados de participación, aunque sin llamarlos con esa denominación. "Son responsables de los delitos: I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos. II.- Los que inducen o compelen a otros a cometerlos. III.- Los que prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución y IV.- Los que, en casos previstos por la Ley, auxilian a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictiva

sa". En esta fórmula penal, encontramos claramente establecidos los conceptos de autor, coautor y cómplice. Tiene el Juez la tarea de fijar en cada caso concreto la pena merecida en atención al grado de participación.

Dentro de los grados de participación tenemos:

A) Autoría. Autor es el que concibe, prepara y ejecuta un hecho delictuoso; es aquel que interviene como causa eficiente en la producción del delito, es decir, el ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante para el Derecho Penal.

Doctrinalmente, no sólo es autor el que material y psicológicamente constituye la causa de un hecho típico penal, sino que es suficiente para adquirir tal carácter, cooperar objetivamente o subjetiva, en forma física o anímica para la ejecución del acto penal. De esto resulta la existencia de los autores inmediatos (intelectual y material) y mediatos.

a) Autoría intelectual. Se llama autor intelectual al que instiga a otro a cometer un delito; el que concibe y prepara la acción (u omisión) por realizar, para que otro sujeto la ejecute libre y conscientemente.

b) Autoría material. Consiste en la realización física o material de los actos encaminados a colmar la figura delictiva. El autor material es algo indispensable en la ejecución de todo delito, se puede confundir en un momento dado con el autor intelectual, o con el coautor, produciéndose en este último caso una complementación activa material hacia la realización del delito.

c) Autoría mediata. Autor mediato es el sujeto capaz para delinquir, sin embargo, para realizar sus propósitos se vale de una persona excluida de responsabilidad (inimputable, etc.). Para la configuración del delito mediante esta autoría es claro suponer la existencia de un autor material, el cual, sólo es instrumento en poder del autor mediato.

B) Coautoría. Coautor es aquel que compartiendo las ideas criminales del autor, las realiza conjuntamente con éste, agotando las exigencias del tipo; es decir, las intenciones del coautor tendrán la misma finalidad que las del autor, ambos, autor y coautor ejecutan la conducta típica.

Siendo la actividad de los coautores la realización conjunta del ilícito penal, consideramos a la coautoría como el medio humano, común y consciente de ejecución delictiva.

C) Complicidad. Jiménez de Asúa nos define al cómplice como: "el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario" ^{85/}. Este auxilio puede prestarse desde el inicio de la secuela criminal hasta que finaliza, o presentarse en algún momento concreto de su ejecución, permaneciendo la figura del cómplice inalterable en cuanto a su personalidad y funciones. El cómplice es un simple auxiliar en la ejecución de la conducta típica.

^{85/} "LA LEY Y EL DELITO", 4a. Ed., Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1963, p. 509.

5. LA PARTICIPACION EN EL DELITO A ESTUDIO

En atención a los sujetos que necesariamente deben colmar el tipo de nuestro delito, los cuales no deben ser menos de tres, éste es de carácter plurisubjetivo, por tanto, consideramos que la autoría intelectual puede llegar a tener operancia en el delito de pandillismo; en este mismo caso quedaría la autoría mediata; en cuanto a la autoría material, que sin excepción todos los delitos la aceptan, el nuestro también la admite plenamente.

Consideramos a la coautoría operante asimismo, en el delito a estudio, por la misma razón anotada en el sentido de que nuestro tipo es de carácter plurisubjetivo, es decir, la descripción legal requiere de tres o más personas para colmar el delito. También afirmamos que se presenta el concurso necesario en la actuación personal de su ejecución.

En cuanto a la complicidad podemos afirmar que sí opera en la comisión del delito de pandillismo. Al cómplice lo hemos considerado como un auxiliar en la realización de los delitos; por ello, en el delito de nuestro estudio puede funcionar en un momento dado. La pandilla puede auxiliarse en determinados actos ejecutivos, o en todos si fuera necesario, de la cooperación de otra persona (u otras) para realizar la consumación (o la tentativa en sucaso), de su conducta delictiva, agotando en esta forma la descripción del artículo 164 Bis de nuestro Ordenamiento Legal.

6. CONCURSO DE DELITOS

Se dá el nombre de concurso de delitos, afirma Antolisei, cuando

un individuo viola varias veces la ley penal y deba responder, por ello, de varios delitos". 86/.

El concurso de delitos reviste dos formas: ideal o formal, real o material.

El concurso ideal se presenta cuando en una sola actuación personal, se violan varias normas penales; es decir, este concurso únicamente se da cuando una y la misma conducta llena dos o más tipos penales. Existe unidad de acción (u omisión), con pluralidad de resultados.

La Ley Penal Vigente en su artículo 58 establece: "Siempre que con un sólo hecho ejecutado en un sólo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración".

Habrá concurso real o material de hechos punibles cuando el autor, por la comisión de varios delitos independientes, se coloca en la situación jurídica de un enjuiciamiento simultáneo. Aquí es viable una pluralidad de acciones (u omisiones), que tienen por consecuencia una pluralidad de resultados.

El Código Penal para evitar confusiones entre ambos concursos de delitos (acumulación ideal y acumulación real), ha reservado el vocablo acumulación solamente para el concurso real o material.

86/ "MANUAL DE DERECHO PENAL", Parte General, Editorial UTHEA, Argentina, Buenos Aires, 1960. p. 371.

El artículo 18 define el concurso material: "Hay acumulación; siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita". Dentro del mismo Ordenamiento, el artículo 64 reglamenta la aplicación de las sanciones correspondientes para el caso de este concurso.

Pensando sobre el particular delito de nuestro propósito, parece correcto afirmar que en éste se pueden dar las dos situaciones, es decir, puede existir el concurso ideal o formal y también el real o material.

Para afirmar lo primero, supongamos el caso de la pandilla que arroja una bomba o material explosivo y al estallido se causan lesiones, daño en propiedad ajena y homicidio, es decir, en una sola actuación, se encontrarían violadas varias normas penales, o en otras palabras; existiría unidad de acción con pluralidad de resultados.

Como ya hemos dicho, nuestro Código Penal utiliza el vocablo acumulación refiriéndose al concurso real o material, situación ésta que también consideramos operable en nuestro mencionado delito, puesto que puede suceder que el grupo al realizar actos delictivos, con su conducta antijurídica de hecho y de derecho se encuentra tipificando varios delitos independientes, como pueden ser los tipos de: amenazas, homicidio, lesiones, etc. siempre aunados al propio delito de pandillismo; es decir, que existiendo una pluralidad de acciones tienen por consecuencia una pluralidad-

de resultados, situación jurídica que coloca al agente en el caso de un enjuiciamiento simultáneo.

Por otro lado en afirmación de lo anterior, la propia descripción legal del tipo previene que : "Cuando se ejecuten uno o más delitos por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, además de las penas que les correspondan POR EL O LOS DELITOS COMETIDOS, la sanción de seis meses a tres años de prisión. Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito. Debiendo estarse desde luego a lo dispuesto por los numerales 18 y 58 de nuestro ordenamiento penal.

Los delitos conexos con el de pandillismo, concurrirán con él materialmente.

COMENTARIO FINAL.

Independientemente de que en general en cada capítulo de este trabajo se expresó el correlativo comentario sobre nuestro delito a estudio, - deseo brevemente apuntar lo siguiente:

Como consecuencia de la expansión demográfica y ante la necesidad cada día mayor de proporcionar satisfactores de toda índole a la humanidad, se han venido operando cambios substanciales en las estructuras socioeconómicas y políticas en todos los países del orbe. México no ha sido la excepción; actualmente ya no es no solamente mal visto sino además necesario que la mujer que tradicionalmente se preparaba para preservar la estabilidad familiar y la educación de los hijos dentro del seno de la familia, ahora tenga que prepararse inclusive académicamente para desempeñar no solamente la función de educadora de los hijos sino además la de colaborar en forma directa a la estabilidad económica familiar.

Este aparente abandono tanto de los quehaceres domésticos y actividades de comunicación en relación constante y directa con la familia, ha traído como consecuencia cierto desequilibrio en las relaciones de carácter familiar acentuándose progresiva y tan marcadamente, que ha llegado a representar el llamado problema de la delincuencia juvenil, una verdadera amenaza a la estabilidad política social y económica de casi todos los países del mundo.

Esta amenaza tiene motivaciones sumamente complejas y se reducen

primordialmente al llamado problema de la rebeldía de la juventud de - la cual día con día crece en proporción geométrica su número. Comenzando a manifestarse en principio dicha rebeldía de un modo pasivo, negándose los jóvenes a observar las viejas tradiciones y costumbres y, con el tiempo no solamente rebelándose sino además atacando violentamente los viejos sistemas establecidos.

Es de tal magnitud la fuerza de la dinámica social, que el Estado - en diversas ocasiones se ha visto compelido a cambiar algunas de sus - estructuras tanto políticas como económicas. Pero ante el abandono por parte del propio Estado de las viejas estructuras para adecuarse a la - realidad social actual, ha tenido la necesidad también de crear medidas de tipo jurídico represivas para detener en alguna forma el ímpetu y el desenfreno de algunos grupos de jóvenes, que sin prepararse y sin experiencia, pretenden hacer desaparecer las estructuras sociales tratando de escudarse en una falsa incomprensión social.

Surge de ahí consecuentemente, la necesidad imperiosa de establecer de acuerdo con nuestro pasado histórico común, y con las exigencias de la vida moderna, una legislación que regule y controle las relaciones familiares. Esto, en vez de crear normas de carácter represivo quizá copiadas de otras legislaciones que por sus antecedentes históricos de los pueblos de donde emanan, no pueden operar en la conciencia de los ciudadanos mexicanos, normas que además dan cabida a muchas vaguedades de carácter jurídico que se prestan además para cometer en muchos casos injusticias, atropellando en muchas ocasiones los

derechos consagrados en nuestra Máxima Ley, de donde resulta necesario el reconocimiento de la labor complementaria de la escuela no sólo como fuente de adquisición de conocimientos, sino también como forjadora de caracteres y reforzadora de la educación, para cuyos efectos se hace necesaria igualmente una revisión y en su caso, una elaboración de reglamentos escolares más enérgicos que exijan mayor disciplina y cumplimiento de sus deberes tanto a maestros como alumnos.

Dada la alta penalidad que se puede acumular al delito de pandillismo, y dado también que la creación del tipo va dirigida en mucho a reprimir y prevenir la delincuencia juvenil, se tiene como resultado que el joven adolescente que por pandilla cometa algún delito, no tendrá derecho a libertad caucional y deberá permanecer en los reclusorios al lado de verdaderos delincuentes cuya tembilidad, peligrosidad y alta experiencia, le procurará un magnífico ejemplo para adentrarse en el campo de la delincuencia en muchos casos, hasta como medio de vida.

Mientras no se oriente y se prepare adecuadamente a la juventud, pero no con soberbia o imposición, sino con energía y verdadero deseo de transmitirle nuestras experiencias de carácter cultural, seguiremos padeciendo su llamada rebeldía juvenil y su falta de acercamiento y respeto por nuestros mas altos y caros principios intelectuales.

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

ANTOLISEI FRANCESCO.

"Manual de Derecho Penal". Parte General, Editorial UTHEA, Argentina, Buenos Aires, 1960.

CARRARA FRANCESCO.

"Programa de Derecho Criminal". Parte General, Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1956.

"Programa de Derecho Criminal". Parte Especial, Vol. VIII, Editorial Temis, Bogotá, 1964.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.

"Derecho Penal Mexicano". Tomo I, Antigua Librería Robledo, México, 1964.

"CODIGO PENAL ANOTADO", 3a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1971.

CASTELLANOS TENA FERNANDO.

"Lineamientos Elementales de Derecho Penal". 3a. Ed. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965.

CUELLO CALON EUGENIO.

"Derecho Penal". Tomo I, 9a. Ed., Editora Nacional, México, 1953.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA,

Tomo XXVI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

FERNANDEZ DOBLADO LUIS.

"Culpabilidad y Error". Anales de Jurisprudencia, Tomo XVIII.

"Valor Procesal de la Tipicidad". Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XIII, Jalapa, Ver., 1962.

FERRI ENRICO.

"Sociología Criminal", Ed. 1905.

FRAGA GABINO.

"Derecho Administrativo", 7a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1958.

GARCILOPEZ ADOLFO.

"Derecho Penal". Parte General, 1a. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1940.

GOMEZ EUSEBIO.

"Tratado de Derecho Penal". Tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

ISLAS MAGALLANES OLGA.

"El Delito de Revelación de Secretos". Tesis Profesional, México, 1962.

JIMENEZ DE ASUA LUIS.

"La Ley y el Delito". 4a. Ed., Editorial Hermes, México, 1963.

"Los Delitos Sociales". Madrid, España, 1921.

JIMENEZ HUERTA MARIANO.

"Panorama del Delito". Imprenta Universitaria, México, 1950.

"La Antijuricidad". Imprenta Universitaria, México, 1952.

"La Tipicidad". Editorial Porrúa, S.A., México, 1955.

MAGGIORE GIUSEPPE.

"Derecho Penal". Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1954.

"Derecho Penal". Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1954.

MARTINEZ LECONA ARISTEO.

"Dogmática del Delito". Tesis Profesional, México, 1954.

MAURACH REINHAR.

"Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MANZINI VINCENZO.

"Tratado de Derecho Penal", Tomo X, Editorial Ediar, Buenos Aires, - 1961.

MEZGER EDMUNDO.

"Derecho Penal". Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

"Tratado de Derecho Penal". Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

"Tratado de Derecho Penal". Tomo II, Editorial Revista de Derecho -- Privado, Madrid, 1949.

NUÑEZ C. RICARDO.

"Derecho Penal Argentino". Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.

"Importancia de la Dogmática Jurídico Penal". Gráfica Panorámica México, 1954.

"Programa de la Parte General del Derecho Penal". 1a. Ed. México, -- 1958.

"Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". 3a. Ed. México, 1964.

QUINTANO REPOLLES ANTONIO.

"El Delito Político". Revista de Derecho Penal, Ed. Bibliográfica Argentina, 1951.

"Comentarios al Código Penal", Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

RAMOS BEJARANO FRANCISCO JAVIER.

"La Tentativa Inacabada". Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XIV, Enero-Marzo, México, 1964.

RECASENS SICHES LUIS.

"Vida Humana Sociedad y Derecho". 3a. Ed. , Editorial Porrúa, S.A., México, 1952.

SOLER SEBASTIAN.

"Derecho Penal Argentino". Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

VILLALOBOS IGNACIO.

"Derecho Penal Mexicano". Parte General, 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1960.

VON LISZT FRANZ.

"Tratado de Derecho Penal". Tomo II, 2a. Ed. , Editorial Reus, S.A., Madrid, 1927.

I N D I C E .

PAGINA.

A MANERA DE INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO EN GENERAL	
1. Concepción unitaria o totalizadora	6
2. Concepción analítica o atomizadora	7
3. Definición del delito	10
a) Escuela Clásica	11
b) Escuela Positiva	13
c) Noción Jurídico Formal	15
d) Noción Jurídico Substantial	16
4. Elementos del delito	17
CAPITULO SEGUNDO	
EL ELEMENTO OBJETIVO Y SU ASPECTO NEGATIVO	
1. Problemática sobre la terminología	23
2. Conducta o hecho	27
3. El elemento objetivo en el delito a estudio	30
4. Formas de la conducta	32
5. Clasificación del delito de pandillismo en orden al elemento objetivo	36
a) En orden a la conducta	36
b) En orden al resultado	37
6. Ausencia de conducta	41
7. Ausencia de conducta en el pandillismo	44
CAPITULO TERCERO	
TIPO TIPICIDAD Y ATIPICIDAD	
1. Tipo y tipicidad en general	46
2. Tipo y tipicidad en el pandillismo	51
3. Elementos del Tipo	52
a) El objeto jurídico	52
b) El objeto material	54
c) Sujeto activo	54
d) Sujeto pasivo	55
e) Elementos normativos	56
f) Elementos subjetivos	57

4. Clasificación del delito en orden al tipo	58
5. Ausencia de tipo y de tipicidad	62
6. Ausencia de tipo y tipicidad en el pandillismo	63

C A P I T U L O C U A R T O

ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

1. La antijuricidad	66
2. Antijuricidad formal y material	69
3. La antijuricidad en el delito de pandillismo	72
4. Causas de justificación	73
a) Legítima Defensa	74
b) Estado de Necesidad	76
c) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho	77
d) Impedimento legítimo	79
e) Obediencia Jerárquica	80

C A P I T U L O Q U I N T O

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

1. La imputabilidad	84
2. La inimputabilidad	86
3. La imputabilidad y su ausencia en el delito de pandillismo	88
4. La culpabilidad	90
5. Especies de culpabilidad	92
a) Dolo	93
b) Culpa	93
c) Preterintencionalidad	94
6. La culpabilidad en el delito a estudio	95
7. La inculpabilidad	95
8. La inculpabilidad en el delito de pandillismo	101

C A P I T U L O S E X T O

FORMAS DE APARICION DEL DELITO

1. Iter Críminis	103
2. Tentativa y consumación	106
3. Tentativa y consumación en el delito de pandillismo	108
4. La participación	110
5. La participación en el delito a estudio	113
6. Concurso de delitos	113

	PAGINA.
COMENTARIO FINAL	117
BIBLIOGRAFIA	120

Esta Tesis se Imprimio en
Imprenta "Lito Roc"
Rogelio Mora Luna
569-11-00 Ext. 39