

U. N. A. M.



**“EL DELITO DE ROBO A QUE SE
REFIERE EL ARTICULO 375 DEL CODIGO PENAL
VIGENTE”**

Estudio Jurídico Sustancial

TESIS

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

CELIA CASTELLANOS SAAVEDRA

**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 M I M A D R E

*CON ADMIRACION A SU CARINO Y
ABNEGACION. POR EL APOYO MORAL
QUE SIEMPRE ME HA BRINDADO.*

A M I P A D R E

*POR SEÑALARME EL SENDERO DE
LA RECTITUD CON SU EJEMPLO DE
BUEN PADRE Y ESOSO.*

A MI HERMANO

CON MI DESEO POR SU SUPERACION

A LA MEMORIA DE MI TIO

SR. HERMINIO SAAVEDRA ANGEL

DEL DELITO DE ROBO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 375
DEL CODIGO PENAL VIGENTE. ESTUDIO JURIDICO SUSTANCIAL.

CAPITULO PRIMERO

DEL DELITO EN GENERAL.

- a).- Concepto de delito.
- b).- Escuelas que estudian el delito.
- c).- Teorías que estudian el delito.
- d).- La teoría tetratómica.

a).- CONCEPTO DE DELITO.- Teniendo el presente trabajo-- como objeto realizar un estudio jurídico sustancial del delito de robo a que se refiere el Código Penal vigente en su artículo 375, haremos una breve referencia histórica de la expresión "delito". En el antiguo derecho romano, el acto delictivo en general se designó con una palabra que no era exclusiva de un delito en particular, ya que comprendía tanto la esfera pública como la privada llamada "noxa" (1), evolucionan-

do hasta la forma "noxia" y que significa "daño". En las fuentes romanas se emplearon diversas expresiones, predominando-- "delicto" o "delictum", que significan desviarse, resbalar,-- abandonar, abandono de una ley; asimismo, encontramos el uso de la palabra "maleficium". Las voces "crimen" y "delictum" también fueron adoptadas en el Derecho Penal de la Edad Media y en la práctica forense, los códigos modernos, desde el francés de 1810, han empleado las expresiones "crimen" y "delito". En Italia, desde el Código Napolitano de 1819, se utilizó la expresión "reato" para crímenes y delitos.

"Delito": palabra que deriva del supino "delictum" del verbo "delinquere", a su vez compuesto de "linquere" (dejar) y el prefijo "de" (abandonar el buen camino: 'linquere viam' o 'rectan viam')(2). Esta es la explicación de que Carrara dijera que "el delito es esencialmente una infracción, separación del camino, de la disciplina trazados por el Derecho, transgresión de las disposiciones que regulan el orden social".

La noción de delito debe buscarse en la Ley misma, y según nos dice Cuello Calón, han sido nulos los intentos para dar un concepto del delito en general y con independencia de las épocas y lugares, ya que una noción de delito se encuentra en relación con la vida jurídica y social de cada ciudad-

(1) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, pág 21, Buenos Aires 1965.

(2) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, primera edición, México 1960.

y de cada tiempo; dicha noción deberá variar según su propia-evolución, ya que es posible que algunos actos que se consideran delictuosos, con el transcurso del tiempo no sean estimados como tales y viceversa.

Nuestro primer Ordenamiento Penal de 1871 en su artículo 4o., define al delito como " la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda "; esta definición es fiel al vocablo y a la de Carrara, que consideraba el delito como una infracción o transgresión.

El segundo Ordenamiento Penal, que tuvo lugar en el año de 1829, definió al delito como "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal", fijando como tipos-legales los delitos catalogados en el mismo Código, según el artículo 11, e ignorando las acciones humanas por su voluntariedad. El elemento constitutivo en estas definiciones es el efecto de la acción.

El delito, según nos dice Jiménez de Asúa, " no infringe la ley, sino antes al contrario hace posible su aplicación ".

En nuestro Código Penal vigente de 1931 volvemos sustancialmente a la definición del de 1871, aunque redactado en forma diferente, tomando ejemplo del ordenamiento argentino, definiendo al delito en el artículo 7o. "como el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (3).

En los ante-proyectos de código penal de 1949 y 1958 se-

(3) Artículo 7o. del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

omite definir el delito, por considerarse que todas las conductas o hechos delictivos serán considerados como tales, --- cuando estén tipificados en el ordenamiento positivo, o sea--- cuando estén previstos y sancionados en el Código Penal.

El delito debe verse desde el punto de vista formal y -- material. Nuestra legislación penal sigue el sistema de consi-
derar al delito objetivamente y subjetivamente; objetivamente porque al decir que "el delito es un acto u omisión que san-
cionan las leyes penales", se mantiene el principio de que -- "la ignorancia de la Ley a nadie aprovecha". La Ley penal pro-
tege los bienes jurídicamente tutelados, enumerando los tipos de delitos, siendo para los efectos penales los únicos puni-
bles; subjetivamente, porque se refiere a la culpabilidad, ya que intervienen la voluntad libre del autor, y lo objetivo, -- como garantía y respeto a la persona humana. Debemos buscar-- una definición jurídico-penal del delito y con ella elaborar-
la dogmática. Indudablemente que no todos los autores han te- nido presente, al definir jurídicamente al delito, la función de garantía individual y social que representa el asegurar--- las libertades de los Estados de Derecho, como presupuesto--- del Derecho Penal. Hace siglos que el delito se consideraba-- como un acto humano, palabra o escrito, con dolo o culpa, pro-
hibido por la ley vigente, sancionado con una pena, pero "tal cosa no es una definición sino un error inventado, conse---
cuente ahora con otro error ya consagrado por los técnicos y- que consiste en afirmar que la punibilidad es elemento del de-
lito, pues el que un acto esté sancionado por la Ley con una-

pena no conviene a todo lo definido; como se requiere una--
definición, puesto que hay delitos que gozan de una excusa--
absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso,--
no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infrac--
ciones administrativas, disciplinarias o que revisten el ca--
rácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas --
por la Ley con una pena, sin ser delitos, y porque no seña--
la elementos de lo definido (esenciales o descriptivos), --
puesto que el estar sancionado con una pena es un dato ex--
terno usual de nuestro tiempo para la represión y por el --
cual se podrá identificar el delito como más o menos aproxi--
mación, pero sin que sea inherente al mismo, ni por tanto--
útil definirlo" (4).

El maestro Jiménez de Asúa nos dice que el delito se -
centra conforme a estos elementos: "delito es el acto típi--
camente antijurídico, culpable, sometido a veces a condicio--
nes objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido
a una sanción penal" (5), las características del delito
serán por tanto: actividad, adecuación típica, antijuridici--
dad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad, y en ciertos--
casos, condición objetiva de punibilidad.

Nos dice Pavón Vasconcelos que un concepto sustancial-
de delito únicamente se logra dogmáticamente, del total or--
denamiento jurídico penal: "el delito es la conducta o el -
hecho típico, antijurídico, culpable y punible" (6); consi-

(4) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, 2a. edición
pág. 193, México 1960.

(5) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de
Derecho Penal, pág. 207. Buenos Aires 1967.

(6) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me--
xicano, pág. 50, México 1967.

dera como elementos del delito: conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

El delito se define a través del análisis de los diversos elementos que lo conforman y que se dividen, según la doctrina, en elementos esenciales o constitutivos, y eventuales o accidentales; los elementos esenciales integran la noción de delito; "los elementos accidentales son aquellos cuya presencia o ausencia no influyen sobre la existencia del delito o de un determinado delito, sino sobre su gravedad, y más en general, sobre la entidad de la pena" (7).

Nos dice el maestro Fernando Castellanos Tena: "para nosotros los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuricidad (o antijuridicidad) y culpabilidad, -- más ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos estos factores, por eso suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica, ya que al realizarse el delito, se integra con todos sus elementos constitutivos". "Mas en un plano estrictamente lógico, procede observar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante, y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad" (8).

(7) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del delito, trad. Dr. Ricardo Franco Guzmán, Anales de Jurisprudencia, 144.

(8) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -

b).- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.- Escuela clásica.- Se organiza como reacción vigorosa contra la barbarie y la crueldad del absolutismo; el método empleado por esta escuela es el lógico abstracto, o sea el "deductivo" (9).-- Los clásicos siguieron métodos jurídicos, trabajaron "en el campo del Derecho", les preocupaba el "deber ser" (10); el punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo, ente jurídico, y no el delincuente; igualdad de derechos, libre arbitrio, responsabilidad moral; la pena debía ser proporcional al delito (retribución) y estar señalada por la ley en forma fija; la facultad de represión es exclusiva del Estado; a él corresponde sin embargo, garantizar procesalmente el ejercicio de su función; surge el principio de legalidad "nullum crimen nulla poena sine lege".

Giovani Carminagni (1768-1847), aspira a prevenir el delito, y nos dice que es "la infracción de las leyes del Estado, protectoras de la seguridad privada y pública, mediante un hecho humano cometido con intención directa y perfecta" (11). Para este autor el derecho de castigar tiene su fundamento en la necesidad política.

Pelegriano Rossi (1787-1848), jurista, poeta y diplomático, ve el delito como violación de un deber; para este autor el elemento esencial de un delito es "el quebrantamiento de un deber". Afirma que existe "un orden moral obligatorio

Derecho Penal, 3a. Ed., págs. 168 y ss. México 1965.

- (9) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo - III, pág. 50, Buenos Aires 1965.
- (10) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. -- pág. 42, México 1960.
- (11) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo - III, pág. 27, Buenos Aires 1965.

rio; la pena tiene como fin la justicia y como límite la --
utilidad" (12).

Francesco Carrara (1805-1888) máximo exponente de la--
doctrina clásica de Derecho Penal, considera al delito como
un "ente jurídico"; afirma que el delito no es un hecho, si
no una infracción, una injusticia, el que está constituido--
por dos fuerzas: la física como el daño o hecho material, y
la moral que es la voluntad actuante, que requiere la exte--
riorización física para ser considerada como delito; su de--
finición jusnaturalista, según la cual es delito "la infrac--
ción de la ley del Estado, promulgada para proteger la segu--
ridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del--
hombre positivo o negativo, moralmente imputable y política--
mente dañoso" (13); esta definición contiene elementos mate--
riales dirigidos al análisis sustancial de la ley. Carrara--
intenta encontrar y fijar "el límite perpetuo de lo ilícito,"
límite para el legislador y el juez y que no puede ser ---
transgredido; complementa su sistema afirmando que el Dere--
cho Criminal tiene su idea central en la "tutela jurídica";
"la pena así justificada es una emanación del derecho y no--
puede estar liberada su regulación al solo criterio del le--
gislador, sino a los jurídicos necesarios que regulan su ca--
lidad y su cantidad proporcionalmente al daño padecido por--
el derecho o al peligro corrido por el mismo" (14). En su --
definición de delito encontramos los elementos esenciales --
como son: la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, y nos

(12) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 32, -
México 1960.

(13) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I, pág.
223, Buenos Aires 1963.

(14) Francisco Carrara, Programa del Curso de Derecho Crimi

dice de éstos que "de la fuerza interna surge en el delito el elemento moral; de la externa, el elemento material o su esencia de hecho; de la interna y externa juntas el elemento político".

Escuela Positiva: esta escuela se caracteriza principalmente por la estimación que hace de la "personalidad del delincuente", desplazando la clásica de la apreciación objetiva y el criterio represivo objetivo del delito; se presenta como la negación de ésta.

César Lombroso (1836-1909) iniciador del positivismo, médico, antropólogo y criminalista italiano; sus teorías influyeron grandemente en el Derecho Penal tratando de explicar el origen de la criminalidad: "la naturaleza crea al delincuente, la sociedad presta tan sólo las condiciones para que pueda cometer los delitos" (15). Nos presenta al delincuente como un salvaje, como un retroceso atávico de las primeras épocas de la especie humana, en las que se advierten impulsos caníbales, como niño falto de sentimientos a los que le rodean; desde el punto de vista siquiátrico, como epiléptico con su "afectividad explosiva". El tipo lombrosiano, es el delincuente congénito nato, por lo que se le debe eliminar de la sociedad antes de que tenga ocasión de cometer delitos; se basa en las leyes de la herencia, y las enfermedades nerviosas con fondo epiléptico atacando los centros nerviosos. En síntesis, considera al criminal más que un delincuente, como un enfermo mental.

Se critica la doctrina lombrosiana, porque sí existen condiciones propuestas que llevan a la comisión del delito,

nal, cit. por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires.
(15) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José -

sin embargo, no puede afirmarse que sean fatalmente necesarias, ya que partiendo de esta tesis, se negaría la libertad humana y por consiguiente la responsabilidad.

Enrique Ferri y Rafael Garófalo, los más destacados representantes de la escuela positiva, consideran de modo especial, al lado del factor antropológico, los factores sociales y todos los demás factores externos del delito.

Enrique Ferri (1856-1829) criminólogo y político italiano, con su concepción enciclopédica de la sociología criminal, comprendía todas las disciplinas que estudian el delito y los medios de luchar contra él; se pretendía dar al delito una noción unitaria válida para todas las disciplinas (16); en unión de otros funda la Escuela Positiva del Derecho Penal, que en oposición a la Escuela Clásica puso de manifiesto la necesidad del examen biosíquico del delincuente para determinar su responsabilidad.

Rafael Garófalo (1853) jurisconsulto italiano. Según sus teorías, el delito no es nunca efecto directo e inmediato de circunstancias exteriores, sino la revelación de una naturaleza degenerada, razón por la que se manifiesta partidario de la pena capital; sostuvo la "responsabilidad psicológica o moral", como acostumbraba llamarla, e hizo severa crítica de los "substitutivos penales" de Ferri. Garófalo emprende el análisis de los sentimientos para fundamentar su teoría del delito natural, y en los de naturaleza altruista fundamental, los de piedad y probidad halla las bases de su famosa definición: "el delito social o natural -

Rodríguez Muñoz, tomo I, págs. 58 y ss.

(16) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I, pág. 222, Buenos Aires 1963.

es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y --probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad" (17).

Los puntos principales de la Escuela Positiva.- El delincuente se caracteriza por la anomalía moral, por la ausencia o desviación del sentido moral, y con frecuencia, de --- acuerdo con Lombroso, por sus anomalías somáticas; la defensa social es el fin por el que se persigue al delincuente, - eliminándolo por inadaptado social; el delito es un fenómeno natural, el libre albedrío es una ilusión y la libertad y la voluntad humanas están determinadas por influjos de orden ff sico.

Terza Scuola o Escuela o Escuela Crítica.- Sus creadores fueron Alimena y Carnavale, su postura es ecléctica, --- aprovecha puntos de la escuela clásica, acepta el principio de responsabilidad moral y la distinción entre imputables e inimputables; no considera que el delito sea un acto de un ser dotado de libertad, recoge de la escuela positiva el método experimental, niega el libre arbitrio y proclama el determinismo positivista; refuta el concepto de retribución mo ral por cuanto a la pena, y adopta el criterio de la defensa jurídica, viendo en la sanción un medio de intimidación cuyo fin es la prevención general del delito; rechaza la doctrina de la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal; la pena tiene como fin la defensa social (18).

(17) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 204, Buenos Aires 1967.

Bernardino Alimena delimita el concepto legal de delito y nos dice que la imputabilidad surge de la voluntad y de -- los motivos que la determinan, teniendo como base la "dirigi**u**bilidad" del sujeto, la que consiste en la aptitud para sentir la coacción psicológica por lo que sólo son imputables -- los que son capaces de sentir la amenaza de la pena; defien**u**de la distinción entre penas y medidas de seguridad: "una -- vez escrita la ley, es delito todo hecho prohibido bajo la -- amenaza de una pena", y en el Código Italiano se agregaba -- que "debe tener un elemento subjetivo, un elemento interior-- sin el cual sería un fracaso fortuito, y un elemento objeti-- vo, un elemento exterior, sin el cual sería un pecado" (19).

Escuela Sociológica del Derecho Penal.- Franz Von Liszt (1851-1919) es la principal figura en el movimiento de refor**u**ma penal en Alemania, imponiendo el pensamiento finalista -- del Derecho Penal; toma en cuenta los resultados de la Antro**u**pología y estadística criminales, dirigiéndose contra la con**u**cepción antropológica del delito de Lombroso; funda su escue**u**la sociológica criminal sobre la posición científica causal, propia del positivismo naturalista. Para este autor, delito-- "no es resultante de la libertad humana, sino de factores in**u**dividuales, físicos y sociales, así como de causas económi-- cas" (20)

La escuela sociológica se propone como tarea la investi**u**gación científica del delito, sus causas y medios de comba--

(18) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me**u**xicano, pág. 51, México 1967.

(19) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo -- III, pág. 30, Buenos Aires 1965.

(20) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de**u** Derecho Penal, pág. 91, México 1965.

tirle (21); se basa en la repudiación de pena retributiva de la escuela clásica; su función es la prevención social, mediante la amenaza de la pena; preponderancia de la finalidad de la prevención especial (satisfacción de los perjudicados-al ver que el delito no queda impune). Con esta escuela se origina un cambio radical que se advierte en el pensamiento alemán.

Escuela de la Dirección Técnico-Jurídica.- Representada en Alemania por Bindig, quien es el primero en destacar la "antijuricidad"; en Italia por Arturo Rocco, Manzini, Massari y Battaglini. Las direcciones de esta doctrina consisten en que, la ciencia penal no aspira a la indagación filosófica de un derecho penal del porvenir; se limita al Derecho Penal Positivo vigente, elabora los principios fundamentales de sus instituciones, aplicando e interpretando ese derecho; el delito se concibe como relación jurídica, prescindiendo de sus aspectos social o individual; hace abstracción del libre albedrío como base de la imputabilidad, aunque mantiene la división y distinción entre imputables e inimputables; la pena es reacción jurídica contra el delito reservada para los imputables; el Derecho Penal es el conocimiento del hombre, del medio y de la dignidad humana.

Manzini escribió contra Ferri, porque dice que es un error decir que el delito lesiona la moralidad media, pues ésta representa un máximo respeto de la delincuencia, mientras que el Derecho Penal representa el "minimum del minimum ético", y Rocco nos dice que "no existe un Derecho Penal na-

(21) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Rodríguez Muñoz, tomo I, págs. 58 y ss.

tural, racional o ideal" (22).

c).- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.- Corrientes contemporáneas.- El siglo XX tiene grandes modificaciones en la ciencia penal alemana; se reconocen nuevamente los valores con Windelband, Rickert y Max Ernesto Mayer (1921), sin embargo se vuelve a la antigua fundamentación del derecho de castigar, se reconoce la antijuricidad (antijuridicidad) y tienen la misma tendencia en cuanto a la formación de conceptos jurídicos. Mezger y Eberhard Schmidt expresan una comprensión más profunda de los límites que la misma naturaleza impone a la ley positiva; Mezger considera "que la ciencia jurídico penal, tiene como objeto las normas legales del derecho positivo" (23).

Ernesto Von Beling.- Para este autor, delito "es una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones objetivas de la punibilidad" (24); este autor critica las definiciones anteriormente conocidas por faltarles el elemento "tipicidad", y considera la enumeración de los demás elementos del delito (antijuricidad y culpabilidad), como una repetición que resulta innecesaria; la "pena" no es un elemento del delito, pero ha de estar prevista en la ley como una consecuencia de la acción que reúna los elementos esenciales enumerados, para que haya delito.

(22) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, pág. 52, Buenos Aires 1963.

(23) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo I, trad. José Rodríguez Muñoz, pág. 65.

(24) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial Delitos en Particular, pág. 23, M. 1944.

En 1930 Beling modifica su doctrina y es traducida al Español, en Argentina, por Sebastián Soler; como doctrina del tipo en esa publicación cambia la definición del delito y nos dice: "acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable" (25), siempre que no se dé una causal legal de justificación de pena. Beling mismo reconoce que el delito no es un hecho típico, antijurídico y culpable, sino que es "un hecho típicamente antijurídico culpable"; para Beling, la característica esencial para distinguir las acciones punibles de las que no lo son, aún siendo antijurídicas y culpables, por no conducir a una pena, es precisamente la "tipicidad", por ello, sólo las acciones punibles son típicas. El delito sólo existe cuando puede adecuarse a un tipo penal.

Doctrina de Max Ernest Mayer.- Hace un estudio, pero únicamente hace referencia a las figuras de delito culposo, separándolas de las formas dolosas, y nos dice del delito: "acontecimiento típico, antijurídico e imputable"; la palabra "acto" la sustituye por "acontecimiento"; el vocablo "culpabilidad" lo reemplaza por el de "imputabilidad", dándole la misma categoría del término "culpabilidad", y suprime las "condiciones objetivas de punibilidad y la necesidad de que el hecho esté sancionado con una pena adecuada (26); Mayer ve en la tipicidad un indicio de la antijuricidad, -- niega que la tipicidad únicamente describa tipos penales, --

(25) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo I, trad. José Rodríguez Muñoz, pág. 156, Madrid 1955.

(26) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, pág. 58, Buenos Aires 1965.

que que éstos tienen otros elementos, y considera que quien-
deba juzgar los hechos debe hacer una valoración sobre la -
figura contenida en la ley.

Posteriormente, considera que su definición de delito-
era formal y la modifica por una "definición real"; "delito
es un acontecimiento imputable que **corresponde** a un tipo le-
gal y que es materialmente contrario a una norma de cultura
reconocida por el Estado".

Doctrina de Edmundo Mezger.- Elaboró una definición de
delito jurídico sustancial: "delito es la acción típicamen-
te antijurídica y culpable" (27); en su teoría, la tipici-
dad califica la antijuricidad, por esto trata la tipicidad-
como parte de la antijuricidad. La acción se estudia bajo -
un tipo jurídico penal; que no concorra ninguna causa de ex
clusión del injusto que sea imputable al agente; los elemen-
tos del delito deberán ser considerados y relacionados por-
el juez para la imposición de la pena. El tipo debe encon--
trarse descrito por la ley en sus diversos artículos; el ti
po es fundamento real y de validez de la antijuricidad, só-
lo lo que la ley prohíbe puede ser delito. Mezger no consi-
dera la pena, al igual que Mayer, como elemento del delito.
La obra cumbre de Mezger es su tratado de Derecho Penal en-
dos tomos: Dogmática Jurídico-Penal, en la que encontramos-
la Teoría del Delito, y éste, en sentido amplio, es la ac-
ción punible contenida como el conjunto de los presupuestos
de la pena; la palabra "delito" significa, ante todo, en De
recho Civil, en Derecho Penal y en Derecho Público (políti-

(27) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo I, trad-
de la 2a. edición Alemana 1963, pág. 161.

co) la acción prohibida que contradice al Derecho .

Teorías que ven en la pena una retribución.- Manuel -- Kant (1724-1804).- "El deber de castigar un delito es un im- perativo categórico; la pena es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido en el delito" (28).

Federico Hegel (1770-1831).- Sostuvo que el ordenamien- to jurídico dictado por el Estado ~~per~~sigue un orden aparente- mente alterado por el delito, por ello: "la infracción a la ley penal es negación del Derecho, y como la pena tiende a- restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por- el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea; - la negación de la negación del Derecho" (29).

Teorías según las cuales la pena tiene especial carác- ter intimidatorio.- Su fin: la prevención del delito. Según Grolmann "la pena pretende evitar que el delincuente cometa nuevos delitos".

Jeremías Bentham (1748-1832) jurisconsulto y filósofo- inglés, en su teoría de "las penas y su responsabilidad", - definió al delito como una "mera contradicción a la ley" -- (30).

Teorías que consideran el delito como lesivo a la jus- ticia.- Juan Domingo Romagnosi (1761-1835), filósofo y ju- risconsulto italiano, define al delito como "el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la jus- ticia"; afirma que la legítima potestad de castigar tiene -

(28) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, 2a. ed., pág. 46, México 1967.

(29) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, pág. 47, México 1967.

(30) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo - III, pág. 46, Buenos Aires 1965.

origen en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social: "la sociedad no sólo debe reprimir el delito, sino prevenirlo" (31).

Juan Pablo Anselmo Feuerbach (1775-1833), criminalista alemán.- Su doctrina es de intimidación a la colectividad y dá nacimiento a la teoría de la "prevención general", apega do al principio de "la legalidad"; define el delito como -- "una acción contraria al derecho de otro conminada por una ley penal" (32).

Carlos Roeder (1806-1897), jurisconsulto y filósofo -- alemán, para quien la pena es un tratamiento correccional o tutelar, añade a la noción antijurídica del delito la caracte rística subjetiva de "voluntariedad", en que encontramos lo "culpable" (33).

d).- TEORIA TETRATOMICA.- El estudio analítico del de lito de la tripartición tiene gran apoyo en la doctrina ita liana, con autores como Delitata, Maggiore, Petrocelli, San toro, Frosali, Bettiol y Demarsico, Alimena, Bellavista, -- Mussotto y Grispieni. Maggiore en su tratado escribió que - la teoría tripartita "es lo mejor que la ciencia ha sabido dar hasta ahora y no está superada"; "la sistematización de las causas de justificación en la doctrina clásica tenía un carácter autónomo e independiente" (34); la teoría de la --

(31) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, pág. 45, México 1967.

(32) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, pág. 43, México 1967.

(33) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo - III, pág. 35, Buenos Aires 1965.

(34) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, tra ducción, Franco Guzmán, Anales de Jurisprudencia.

tripartición fue enunciada inicialmente en términos genéricos por Von Liszt.

Existen dos sistemas para el estudio jurídico sustancial del delito: el unitario o totalizador, y el atomizador o analítico. El delito se define a través del análisis de los diversos elementos que lo conforman: concepción analítica que desmembra el delito en sus diversos elementos. Los elementos del delito los divide la doctrina en esenciales o constitutivos, y accidentales. Porte Petit piensa que son elementos esenciales y generales de todo delito: la conducta o el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; la imputabilidad es considerada como presupuesto de la culpabilidad, y la punibilidad consecuencia del delito; las condiciones objetivas de punibilidad son anexos del tipo. El mismo autor nos dice que "antes de comenzar el estudio de los elementos del delito y de sus aspectos negativos, se deben precisar ciertos conceptos, como son los presupuestos y circunstancias, existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos: una que los niega y otra que los acepta y algunos autores admiten una clasificación de éstos en presupuestos del delito y presupuestos del hecho "en consecuencia, los presupuestos del delito son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo y de cuya existencia depende el título de delito respectivo" (35).

La desorganización para el estudio del delito se debe al mal empleo del método analítico, ya que se ha despedaza-

(35) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, V. I, págs. 135 y ss., México 1960.

do el delito en partes o fragmentos, y considera a éstos como entidades "autónomas e independientes", creando dificultades y problemas que no tienen razón de ser; así se ha considerado el delito como una suma de elementos distintos, como el resultado de una suma. Esta concepción, considerada por Antolisei (36) como mecánica o atómica, es completamente equívoca, porque el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico, el que puede presentar diversos aspectos, pero no es fraccionable; la verdadera esencia del delito no está en sus elementos, ni en su suma, sino en el todo, en su "intrínseca unidad".

Concepciones totalizadora y analítica del delito.- Concepción totalizadora o unitaria.- Ve en el delito un bloque monolítico, imposible de escindir en elementos; el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia; la concepción analítica o atomizadora, estudia el delito a través de sus elementos constitutivos y sus relaciones entre sí; no niega su unidad, pero fracciona sus elementos para su mejor análisis (37). El estudio analítico del delito es necesario; análisis significa descomposición; el concepto del delito debe ser descompuesto en sus rasgos característicos, en sus notas esenciales. Se denomina elementos del delito a sus notas esenciales.

Porte Petit precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, ya que éstos concurren simultáneamente; él niega también la "prioridad lógica", pues para la existencia del delito se requiere la de sus ele

(36) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del delito, trad. por Franco Guzmán, Anales de Jurisprudencia, pág. 77.

(37) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me

mentos, y "aunque ellos guardan entre sí un orden lógico no hay ninguna prioridad lógica"; lo correcto es hablar de "prelación lógica", habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista (38). El número de elementos del delito varía según la particular concepción Bitómica, Tritómica, Tetratómica, Pentatómica, Hexatómica y Heptatómica, de acuerdo con el criterio de los autores.

Elementos objetivos y subjetivos del delito, sobre los cuales se desarrolla el estudio analítico del mismo.- Según el sistema de tripartición, siendo el delito un hecho (humano) antijurídico y culpable, el estudio del delito debería repartirse en tres investigaciones distintas: una, dedicada al delito como ente de hecho, otra, a la antijuridicidad, y la tercera a la culpabilidad; entre el hecho y la culpabilidad, se pondría como requisito autónomo la antijuridicidad objetiva que se indica con la expresión de "injusto"; dicha "tricotomía" surgió en Alemania, donde predomina actualmente, y sólo en estos últimos tiempos ha sido criticada. Recientemente se han opuesto a ella autores como Carnelutti y Battaglini; el primero ha expuesto que el delito, como otros actos jurídicos, resulta de dos notas subjetivas (la capacidad y la legitimación), de tres requisitos objetivos: la causa ilícita, la voluntad culpable y la forma prohibida. Battaglini ha sostenido que en el derecho positivo italiano la puni-

xicano, pág. 141, México 1967.

(38) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 143, México 1967.

bilidad debe considerarse el elemento constitutivo del delito, llegando así a la tripartición: hecho (típico), culpabilidad y punibilidad. Estos autores han sido criticados, ya que a la innovación de Battaglini se le puede objetar fácilmente la "punibilidad", la que se constituye en característica general del delito; su tesis se funda también sobre la extinción del delito; también confunde "fenómenos jurídicos", que son muy distintos, como son las causas de justificación que impiden que surja el delito, y las causas de extinción, que presuponen un delito existente.

La innovación principal de Carnelutti es la introducción del requisito de la causa en lugar de la antijuricidad; la causa sería el interés que motiva al autor del delito: "interés objetivo" (39).

Nosotros nos adherimos a la teoría tetratómica, sostenida principalmente por el Profesor don Fernando Castellanos Tena, quien nos dice que los elementos esenciales del delito son: "conducta, tipicidad, antijuricidad (o antijuridicidad) y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario"... "al realizarse el delito se dan todos sus elementos.... procede observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si -

(39) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad. Francisco Franco Guzmán, págs. 15 y ss. México 1954.

el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad" (40).

(40). Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 168, México 1965.

CAPITULO SEGUNDO.

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.

- a).- De la conducta en general.
- b).- Formas de la conducta.
- c).- La ausencia de conducta.
- d).- La conducta en el delito a estudio y la ausencia de conducta en este delito.

a).- DE LA CONDUCTA EN GENERAL.- El delito es "ante todo una conducta humana"; sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, porque sólo él tiene conciencia y voluntad; (1) - al elemento objetivo del delito se le ha denominado de diversas maneras; como "acto", nos dice Jiménez de Asúa "es una manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguar

(1) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de - Derecho Penal, pág. 210 y ss. Buenos Aires 1967.

da".

El maestro Castellanos Tena emplea el término "conducta", pues "dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo" (2).

Como "hecho", Antolisei considera que "la acción no es un hecho meramente físico y síquico, sino un hecho al mismo tiempo físico y síquico"; como hecho físico la acción supone un suceso exterior, objetivo, concreto, pero este suceso no es acción si no representa una actividad de la personalidad humana. Estima Antolisei que la "omisión no es sólo la negación de una acción", en la omisión hay siempre una actividad positiva que contribuye el otro aspecto del comportamiento del hombre; no se trata de dos hechos distintos, sino de un hecho único, y el hecho es la acción positiva que se ha ejecutado en lugar de la acción omitida; este autor no reconoce la voluntad como elemento de la acción (3).

En nuestra legislación penal no se distingue entre "acto" y "acción", por ésto en el artículo 7o. se dice: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; - el concepto de "acto" sólo se refiere al aspecto subjetivo del agente y al Derecho sólo le importan conductas exteriorizadas; debe entenderse la voluntad que se manifiesta a través de movimientos y que producen un cambio en el mundo externo; la "omisión" también es una acción negativa, por abstención del agente que no ejecuta un hecho positivo exigido por la ley.

Para Fontán Balestra "el acto ha de ser la exterioriza

(2) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 189, México 1965.

(3) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad.

ción de una personalidad, aunque no sea normal. La personalidad del ebrio, como la de aquél que obra bajo coacción moral o por error, participa en la acción; no ocurre lo mismo en el caso de la coacción física ('bis absoluta'), hipótesis en la que el coaccionado no es sino un medio de que se vale el verdadero autor -el coaccionante- y que puede equipararse a un instrumento o a un objeto material" (4).

Pavón Vasconcelos nos dice "el término 'hecho' se identifica con el delito mismo, dándosele una connotación diversa; en sentido restringido, como 'elemento del delito'; el hecho considerado como delito y el propio hecho como 'elemento objetivo' del delito" (5). El primer elemento objetivo del delito es el que se identifica con la conducta humana o con el hecho, comprendiéndose en este último término, tanto la conducta como el resultado en el orden naturalístico, condicionado a la referencia típica.

Porte Petit prefiere hablar de conducta o "hecho", --- afirmando: "pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano. Y dentro de la prelación lógica ocupan el primer lugar, lo cual les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito"; en síntesis, afirma Porte Petit, el acto 'en unas ocasiones constituye el todo (la acción)' y a

Dr. Franco Guzmán, pág. 35, México 1954.

(4) Carlos Fontán Balestra, Misión de Garantía de Derecho Penal, pág. 45.

(5) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, págs. 155 y ss. México 1967.

vêces, parte de ese todo" (6). Distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad, carentes de un resultado material.- La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material.

El maestro Castellanos Tena nos dice no tener inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos, "conducta" y "hecho", entendiendo por éste lo ocurrido o acaecido, e indudablemente, el actuar humano (con o sin resultado material) por efectuarse en el escenario del mundo, es desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son "hechos", y agrega: "mas si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, y el resultado, y su necesario nexo causal, y si se habla del vocablo 'conducta' cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, existe únicamente el nexo causal en los ilícitos de resultado material. Los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico" (7).

Conducta llamada también "acto o acción lato sensu", -- "es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito".

b).- FORMAS DE LA CONDUCTA.- La voluntad al exteriorizarse puede adoptar las formas de: acción, la que se integra

(6) Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, págs. 153 y ss. México 1960.

(7) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 192 y 197, México 1965.

mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión); la omisión, que se conforma por una inactividad-- así como con la violación de un deber jurídico de obrar; y-- la comisión por omisión, integrada por una inactividad y la violación de un deber jurídico de obrar y otro de abstenerse.

El "acto o la acción stricto sensu , es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación" (8); el acto, objetivamente la acción, sólo existe cuando lo conocemos al exteriorizarse -- la decisión tomada primero en las etapas internas, manifestándose después en la ejecución; sólo debe ser "acción" la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior; el concepto de "acto" sólo se refiere al aspecto subjetivo del agente y al Derecho sólo le importan conductas -- exteriorizadas; debe entenderse la voluntad que se manifiesta a través de movimientos y que producen un cambio en el mundo externo. Para Mezger el delito es acción (conducta humana); esta acción tiene que caer bajo un tipo jurídico-penal y no concurrir ninguna causa de exclusión; la acción en el aspecto externo del acto es la ejecución, lo obrado por la voluntad mediante los órganos corpóreos. El delito es ante todo "acción humana", pero nunca basta por sí sola completar la noción de aquél, ya que se requiere del concurso de otros elementos para su aparición.

La acción nos dice Pavón Vasconcelos "es la conducta -- positiva expresada mediante un hacer, una actividad, un mo-

(8) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 197, México 1965.

vimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva" (9).

"Todo acto humano es, esencialmente una manifestación de voluntad"; la actividad mental sin voluntad no puede considerarse como acto del hombre, por no provenir de él como unidad, por no poder atribuírsele al sujeto ni estar ordenado o acordado por él; "el acto que puede ser calificado de jurídico o de antijurídico, no sólo debe ser realización, sino exteriorización de voluntad humana" (10).

Cuando hablamos de acto, según lo define Jiménez de Asúa, dijimos que en éste comprende tanto el hacer como el omitir, y señala como elementos del acto: la manifestación de voluntad: "sólo el hombre es capaz de delito, porque sólo él realiza acciones voluntarias"; resultado: "el resultado no es sólo el daño cometido por el delito; no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral"; y relación de causalidad, que existe "cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto ('condictio sine qua non') o sea que toda condición debe ser tenida como causa del resultado; este concepto sólo se refiere a los cambios sobrevenidos en el espacio y en el tiempo y no al nexo lógico de los conceptos ni a la apreciación ético-social del acto" (11).

Según escribe Villalobos, en todo acto jurídico o en

(9) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 171, México 1967.

(10) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 224 y ss. México 1960.

(11) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 214 y ss. Buenos Aires 1967.

la mayoría de ellos pueden separarse tres elementos: voluntad, realización externa, y resultado; la voluntad se refiere al "movimiento"; ésta debe de conectarse con el resultado o con la realización de un tipo legal (12)

Porte Petit al hablarnos de "conducta", no incluye en ésta un resultado material, y al hablar de "hecho" abarca tanto a la conducta como al nexo causal y al resultado; y nos dice el propio autor: "generalmente se señalan como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad; la manifestación de voluntad referida a la conducta y no al resultado. En efecto, la conducta en Derecho Penal no puede entenderse sino como conducta culpable, por lo que se comprende en ésta querer la conducta y el resultado; de no ser así estaríamos aceptando un concepto de conducta, limitada a querer únicamente el comportamiento corporal" (13).

Para Mezger los elementos de la acción son: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Nos dice el maestro Castellanos Tena: "existen varios criterios con respecto a si la relación de causalidad y el resultado deben o no ser considerados dentro de la acción.- La razón de esa diversidad radica exclusivamente, a nuestro juicio, en el uso de una terminología variada. Si al elemento objetivo se le denomina 'acción', evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el nexo causal, dada la amplitud otorgada a dicho término; lo mismo cabe decir res-

(12) Ignacio Villalobos, Derecho penal Mexicano, Parte General, pág. 225, México 1960.

(13) Celestino Porte Petit Candaudap, Importancia de la Doctrina

pecto a otros, tales como 'acto', 'conducta' y 'hecho'" (14).

La omisión es una negación de actividad, pero ésta también debe ser voluntaria; no basta que no se ejecute aquello que se tiene obligación de hacer, sino que es necesario que no se ejecute voluntariamente y con vista a un fin determinado; la omisión se caracteriza, al igual que la acción, por un acto encaminado a un fin, o sea una actividad voluntaria-encaminada a un fin.

Por su parte, Antolisei considera que la omisión no es sólo la negación de una acción. En la comisión hay siempre una actividad positiva que contribuye el otro aspecto del comportamiento del hombre y no se trata de dos hechos distintos sino de un hecho único; el hecho es la acción positiva que se ha ejecutado en lugar de la acción omitida; este autor reconoce "la voluntad" como elemento de la acción (15).

La omisión también es una acción negativa por abstención del agente, que no ejecuta un hecho positivo exigido por la ley. La omisión es "conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva" (16).

Nos dice Villalobos: "los delitos de omisión son aquellos que consisten en no hacer algo que se debe hacer; violan por tanto, un mandato y constituyen un actuar humano, o caen bajo la denominación genética de actos humanos, porque son también una forma de exteriorización de una voluntad". -

mática Jurídica Penal, pág. 34.

(14) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 201, México 1965.

(15) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 35, México 1954.

(16) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 171 México 1967.

No basta el no hacer para que haya omisión, es necesario -- que "se deje de hacer lo que se debe hacer"; hay actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión (17).

Mezger nos dice: "lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender. Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible". Ahora bien, como sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, "resulta -- absolutamente correcto que ésta sólo se fundamente desde -- fuera (externa, normativamente), y que por tanto, no el que omite sino el que juzga, dá existencia a la omisión". Esto que escribe Mezger en orden a los "propios delitos de omisión" (delitos de omisión simple) es valedero, por tanto, -- con mayor motivo, para los delitos de "omisión impropia" -- (18).

Para Sebastián Soler el delincuente puede violar la -- ley sin que un sólo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención (19).

Nosotros estamos de acuerdo con el Maestro Castellanos Tena quien escribe: "la omisión, en cambio radica en un abg tenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar -- de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma --

(17) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 245 y ss. México 1960.

(18) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 216 y ss. Buenos Aires 1967.

(19) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, título I, -- pág. 336.

negativa de la acción" (20). En los delitos de acción se hace lo prohibido; en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente; en los delitos de acción "se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva". "Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia, de la comisión por omisión u omisión impropia". En los delitos de omisión simple se imputa al autor una omisión por no hacer algo que le ordena una norma preceptiva; la omisión simple es "no hacer", es el incumplimiento de un deber, de una obligación que encuentra su fuente en la ley.

Estima Porte Petit como elementos de la omisión propia:-- a) voluntad o no voluntad (delitos de olvido); b) inactividad y c) deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico. Afirma que la omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico". (21) Castellanos Tena señala como elementos "una manifestación de voluntad, una inactividad del agente y una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención". "En la omisión simple la manifestación de voluntad se traduce en un no obrar, en la no ejecución voluntaria de algo debido; -- precisa la existencia del deber de obrar y la posibilidad de hacerlo; en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (sólo comportan resultado jurídico)" (22).

(20) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 198, México 1965.

(21) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, pág. 162, México 1960.

(22) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 199 y ss, México 1965.

negativa de la acción" (20). En los delitos de acción se hace lo prohibido; en los de omisión se deja de hacer lo mandado - expresamente; en los delitos de acción "se infringe una ley - prohibitiva y en los de omisión una dispositiva". "Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia, de la comisión por omisión u omisión impropia". En los - delitos de omisión simple se imputa al autor una omisión por no hacer algo que le ordena una norma preceptiva; la omisión simple es "no hacer", es el incumplimiento de un deber, de -- una obligación que encuentra su fuente en la ley.

Estima Porte Petit como elementos de la omisión propia:- a) voluntad o no voluntad (delitos de olvido); b) inactividad y c) deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico. Afirma que la omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico". (21). Castellanos Tena señala como elementos "una manifestación de voluntad, una inactividad del agente y una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y la abstención". "En la omisión simple la manifestación de voluntad se traduce en un no obrar, en la no ejecución voluntaria de algo debido; -- precisa la existencia del deber de obrar y la posibilidad de hacerlo; en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (sólo comportan resultado jurídico)" (22).

(20) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 198, México 1965.

(21) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, pág. 162, México 1960.

(22) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, págs. 199 y ss, México-1965.

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes de obrar y de abstenerse y se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva; el delito puede ser cometido no sólo por medio de una actividad positiva, sino también mediante una omisión; los delitos de comisión por omisión son los actos de violación a una ley prohibitiva cuyo resultado se obtiene a través de una omisión.

Villalobos nos manifiesta: "hay actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión; a éstos se llaman delitos impropios de omisión o delitos de comisión por omisión"; en estos casos nos sigue diciendo el mismo autor "el deber jurídico -- puede existir sin ley expresa que directamente lo haya creado sino por contrato, o por hechos anteriores que haya creado una situación ilegal o de peligro del que hay que sacar al perjudicado, si es posible" (23).

Por su parte Jiménez de Asúa nos dice que "en algunos delitos de comisión por omisión, no debe haber distingos -- por el modo de perpetrarlos. Acaso no deben reputarse como tales los que se perpetran en quebrantamiento de un deber -- nacido de un contrato u otro género de obligación jurídica, sino los que surgen contra el deber moralmente exigido por la convivencia social" (24).

"En la comisión por omisión la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar, teniendo obligación de hacerlo, violándose una norma

(23) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, págs. 245- y ss., México 1960.

(24) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 216 y ss., Buenos Aires 1967.

preceptiva y una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material, o sea un resultado-jurídico y otro material ; únicamente en los delitos de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (material) además del resultado jurídico" (25).

c).- LA AUSENCIA DE CONDUCTA.- Cuando falta alguno de los elementos esenciales del delito éste no se integra, dice Jiménez de Asúa; "los que damos personalidad y autonomía al acto, estimándole como el primer carácter del delito, hacemos de la falta de acción un elemento negativo del crimen -- con sustantividad propia" (26).

"Quien sufre un desmayo en el momento en que debía cumplir una obligación, o quien se ve atacado por fascinerosos que le impiden hacer lo que tenía que hacer y que él quisiera cumplir, o quien rompe un objeto valioso en un ataque convulsivo involuntario, o como efecto de movimientos reflejos cuyos orígenes nada tienen que ver con la voluntad, no ejecuta un acto humano, sino que es asiento de un hecho que ocurre fuera de su dominio y, a veces contra su propia determinación, por ser vencidas sus propias fuerzas. Existe una excluyente de responsabilidad para ese sujeto, que no consiste en la falta de ausencia de la culpabilidad o de imputabilidad, como se ha pretendido, pues aun cuando tal ausencia de culpabilidad sea verdadera como lo es siempre que falta un elemento anterior del delito, ya que no se puede ser culpa--

(25) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 202, México 1965.

(26) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 219, Buenos Aires 1967.

ble de lo que no se hace o de lo que se hace jurídicamente-falta en el caso algo más hondo y primordial en la estructura del delito, como es un acto ejecutado por el sujeto"; como vemos según lo expresado por Villalobos (27) se requiere una manifestación de voluntad del sujeto.

Castellanos Tena escribe: que si "la conducta está ausente, no habrá delito a pesar de las apariencias; es pues, agrega, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la conducta delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico; muchos llaman la conducta soporte naturalístico del ilícito penal". "Una de las causas 'impeditivas' de la integración del delito por ausencia de conducta es la denominada 'vis absoluta', o 'fuerza física exterior irresistible' a que se refiere el artículo 15 del Código Penal para el Distrito en su fracción I... se ha querido encontrar en esta eximente una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable" si es persona capaz en el campo jurídico penal; "la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta". (28). El maestro Villalobos quien ha venido sosteniendo esta tesis escribe: "el acto de quien es violentado físicamente a escribir una injuria o a dar un golpe a otra persona, consiste propiamente en resistir a la violencia --

(27) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano Parte General, pág. 334, México 1960.

(28) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 211 y 212, México 1965.

que se le hace; y el movimiento que resulta no es exteriorización de voluntad de ese sujeto que aparece como agente inmediato sino todo lo contrario. Tiene en su favor ese sujeto, - en caso de ser acusado, una excluyente de responsabilidad por falta de acto suyo". Nos dice Villalobos "queda así esclarecida la naturaleza de la fracción primera del artículo 15 de -- nuestro Código Penal: 'Obrar el acusado impulsado por una --- fuerza física exterior irresistible', y con ella cualquiera - otra excluyente que signifique movimientos corporales realizados por una persona, sin que sean provenientes de o regidos - por su voluntad" (29).

Porte Petit escribe "El Código Mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción - primera del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula 'nullum crimen sine actione'" (30).

Por tanto, expresa Jiménez de Asúa "la fuerza irresistible, por ejemplo, no es ausencia de tipicidad, sino falta de acción; puede decirse que toda conducta que no es voluntaria en el sentido de espontánea y motivada, supone ausencia de acto humano. Así la fuerza irresistible material ni la demencia ni la coacción moral (miedo insuperable) pueden ser falta de acción, pues aunque anormal la primera, supone conducta voluntaria y motivada.... y lo mismo puede decirse de la segunda, - pues el que obra en virtud de miedo invencible, pudo también, según el grado de éste decidirse por el sacrificio propio o -

(29) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano Parte General pág. 335, México 1960.

(30) Celestino Porte Petit Candaudap, Importancia de la Dogma

el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la coacción y -- perpetrar el acto punible. Estos casos serán motivos de inimputabilidad y de inculpabilidad" (31).

"La única diferencia que hay que destacar, entre los hechos producidos por una fuerza de la naturaleza y aquellos -- que proceden de una violencia física ejercida por otro ser humano, consiste en que, bajo el primer supuesto no existe 'acto' de persona alguna ni, por consiguiente, delito; en cambio si otra persona me obliga físicamente a realizar un tipo penal, no existirá el 'acto' mío pero sí un delito en quien ha ejercido la violencia será considerado como autor mediato!"(32)

Para Pavón Vasconcelos son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, -- pues en dichos fenómenos síquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido "las fuerzas inhibitorias". "El sueño, estado fisiológico-normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados-dañosos". La moderna dogmática del delito quiere ver igualmente "acciones libera in causa" en todas aquellas incapacidades originadas en distintas causas como ya dijimos el sueño, la sugestión hipnótica, el sonambulismo, etc. Las acciones libres en su causa, son acciones ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, y son estimadas, por el Derecho, como manifestaciones de una voluntad libre y consciente en su origen (33).

tica Jurídico Penal, pág. 35.

(31) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 220, Buenos Aires 1967.

d).- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO Y LA AUSENCIA-DE CONDUCTA EN ESTE DELITO.- Como vimos al hablar de conducta, sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito. El elemento objetivo del delito es la acción propiamente dicha **son** elementos materiales, objetivos, las circunstancias o modalidades por las cuales la ley define el delito en forma descriptiva (34); son aquellos elementos "sensorialmente -- cognocibles"; se llama objeto material del delito el objeto corporal sobre el que recae éste; en el delito de robo el objeto material es un bien mueble.

En nuestro Código Penal encontramos la definición de robo en el artículo 367 que dice: "comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley"; encontramos en el apoderamiento un despliegue de acción que puede ser directa por movimientos propios; la acción consumativa en este delito es el apoderamiento de "cosa mueble"; "el apoderamiento es la acción y efecto de apoderarse, hacerse dueño de una cosa, ocuparla, ponerla bajo nuestro poder". El delito de robo se integra por la acción material de hacer que la cosa esté bajo el poder de una persona.

El artículo 375 de nuestro Código Penal vigente nos dice que "cuando el valor de lo robado no pase de veinticinco pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autori--

(32) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano Parte General, pág. 337, México 1960.

(33) Francisco Pavón Vaconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed., págs. 343 y ss.

(34) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano-

dad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia". "El caso consignado en este artículo ha sido designado con el nombre de 'perdón legal' (35); el hecho delictuoso se consuma, se realiza en toda su integridad, encontramos todos -- los elementos materiales, subjetivos y normativos del delito 'la ley no sanciona el delito', y otorga su perdón al agente del delito, siempre y cuando el valor de lo robado no pase -- de veinticinco pesos, y que restituya el ladrón lo robado espontáneamente, antes de que la autoridad tome conocimiento -- del delito así como que pague los daños y perjuicios". Esta disposición, nos dice Antonio de P. Moreno (36), tiene como fin favorecer el arrepentimiento en el sujeto activo del delito, y la restitución de la cosa, dando al autor del delito oportunidad de eludir la pena. En el peculado, nos sigue diciendo, la ley exige la restitución de lo robado atenuando -- la sanción cuando dicha restitución se hace en el término -- por ella fijado. "No nos explicamos por qué en el caso de robo, se haya escogido como límite, para poder otorgar el perdón legal, que la cosa robada tenga un valor hasta de veinticinco pesos. Seguramente que provocará la avaricia o la codicia, según el caso, más una cantidad mayor de veinticinco pesos, que una menor".

González de la Vega (37) hace observar: "en muchas oca--

Delitos en Particular, pág. 30, Vol. México 1944.

- (35) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano -- Parte General, Vol. III, pág. 62, México 1944.
- (36) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano -- Parte General, Vol. VIII, pág. 61, México 1944.
- (37) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, -- Los Delitos, pág. 211, México 1966.

siones los ladrones obran eventualmente, sin el propósito de apoderarse de cosa determinada. Puede suceder que el ladrón, decepcionado por el valor escaso de lo adquirido por el delito, lo devuelva sin que su acto demuestre arrepentimiento si no codicia. Como los rateros al cometer un delito ignoran el precio de las cosas, puede suceder que proponiéndose el ladrón causar un latrocinio de poca importancia, se apodere de una cosa de mucho valor, y, por esta circunstancia contingente, ajena a la finalidad perseguida, no recibirá el beneficio del perdón legal. Por el contrario puede ocurrir que el ladrón arrepentido del grave mal ocasionado, haga devolución de la cosa. Si ésta tiene un valor mayor de veinticinco pesos, de nada le sirve su arrepentimiento, mejor sistema sería substituir el actual perdón legal objetivo, por la facultad de perdón judicial con la obligación de fundar racionalmente su otorgamiento". Para que este delito pueda contar con el perdón legal es necesario que no se ejecute con violencia.

Si falta uno de los elementos del delito éste no se integra; "la ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta "soporte naturalístico del ilícito penal" (38)

Consistiendo el delito de robo en el apoderamiento de una cosa ajena mueble, "el apoderamiento es la acción y efecto de apoderarse de una cosa, y apoderarse es hacerse dueño-

(38) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 211, México 1965:

de una cosa, es ocuparla, es ponerla bajo nuestro poder; el delito de robo se integra por la acción material de hacer -- que la cosa esté bajo el poder de una persona, sin derecho y sin consentimiento de quien pueda disponer de ella con arreglo a la ley y con el ánimo de hacerla pasar a su patrimonio a costa del patrimonio ajeno". Este apoderamiento conforme a la ley, existe "desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando posteriormente sea restituida por éste y pague todos los daños y perjuicios"; como vimos, el hecho delictuoso se consuma, "se realiza en toda su integridad, existen todos los elementos materiales, subjetivos y normativos del delito" (39).

(39) Antonio de T. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano,-- Vol. VIII, págs. 57 y 62, México 1944.

CAPITULO TERCERO.

DE LA TIPICIDAD.

- a).- Del tipo en general.
- b).- Elementos del tipo; el tipo en el delito a estudio.
- c).- La tipicidad.
- d).- La tipicidad en el delito a estudio.
- e).- Causas de atipicidad y ausencia de tipo.

a).- DEL TIPO EN GENERAL.- Tipo y tipicidad se colocan como base de sustentación de la teoría general del delito y de la técnica jurídico-penal. El concepto del tipo - "tatbestand" - término que encontramos en el párrafo 59 del Código Alemán, fue entendido de forma diversa por los juristas alemanes. A partir de Beling el tipo se entiende como - la descripción objetiva de la conducta punible hecha por el legislador en cada uno de los artículos de la parte especial del Código; hacia la descripción deben orientarse las-

características que las determinan como objetivas y subjetivas de la conducta que se estima delictuosa. Ernesto Mayer (1915 Tratado de Derecho Penal) afirma que la tipicidad no es únicamente descriptiva "sino indiciaria de la antijuridicidad" (1), o sea que "no toda conducta típica es antijurídica, pero sí toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad".

Mezger considera que el tipo es "el injusto descrito -- concretamente"; alude a la palabra "tipo", en el sentido de la teoría general del Derecho, como "el conjunto de todos -- los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia-jurídica". "El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal" (2).

Se ha considerado que la noción del tipo se encuentra -- en el concepto de "corpus delicti" estudiado por Belling, a -- quien se le considera como el creador de la moderna teoría -- del tipo; en éste el "tatbestand", no es el conjunto de las -- notas del delito, sino "la suma de los elementos objetivos -- descritos en el tipo, es decir de la particular disposición -- legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribui--- -- bles al agente; más claramente, la acción delictuosa con las -- notas que la caracterizan y la realización del resultado que -- con ésta está ligado. Queden por tanto fuera de él, todos -- los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad" (3).

(1) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 217, México 1965.

(2) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Ro-- dríguez Muñoz, págs. 365 y 366, 1955.

(3) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad.

En 1930, Beling amplía su doctrina en su "Die Lehre -- Vom Tatbestand" (La teoría del tipo); se distinguen: (4)

Tipo de delito (Deliktstypus) o sea la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera (apoderamiento de una cosa ajena); es el esquema legal o la llamada por los italianos "figura de delito".

"Tatbestand legal" expresa aquel momento de valor rector para el Deliktstypus que interesa, no hay tatbestand legal "en sí". Todos son relativos en cuanto al contenido; -- cada uno significa un "Tatbestand" solo para el "deliktstypus" regulado por él en cada caso.

"Leitbild" es un antiguo tatbestand; constituye la figura rectora, vacía de contenido, cuya naturaleza es puramente descriptiva y objetiva, haciendo por ello posible reunir en sí los tipos de ilicitud y de culpabilidad.

"Tipo de lo injusto" (Unrechtstypus), que se identifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura (el apoderamiento ilícito de una cosa ajena).

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

Adecuación típica ("Tatbestansmässigkeit"), constitutivo de la relación entre el hecho concreto y real y el "deliktstypus o tipo de delito"; es la acción contenida al "tatbestand legal".

Dr. Franco Guzmán, pág. 38, México 1954.

(4) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I, pág. 165, Buenos Aires 1963.

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

El esfuerzo de Beling no ha sido a la fecha debidamente comprendido y se le reprocha la ambigüedad, y en algunos puntos la oscuridad que no aportaron la claridad deseada y sí - contribuyeron a embrollar el problema. Para Antolisei, la -- teoría de Beling constituye una manifestación característica de la decadencia de la ciencia penal alemana ocurrida en el último treintenio, destinada a "pasar al museo de las aberraciones del abstraccionismo jurídico" (5).

Al hablarnos Antolisei del tipo, nos dice que: "el modo lo o figura del delito no es únicamente el conjunto de los - elementos materiales indicados en la norma penal, sino el -- complejo de notas, sean objetivas o subjetivas, que deben -- concurrir para la existencia de un delito dado y que se desprenden también de la Parte General del Código" (6).

Jiménez de Asúa hace una crítica favorable a la doctrina de Beling: "merece elogios esta forzada concepción de Beling que considera el tipo sensu stricto o la imagen rectora

(5) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 242, México 1967.

(6) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, Anales de Jurisprudencia, Trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 51.

como representación; en cambio, el esfuerzo de crear una figura directriz no parece logrado, ya que en aquellos países en que el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saber que lo es, no podría servir para conectar todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen que sería externamente de parricidio e interna de homicidio" (7). El mismo autor nos dice: "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".

Villalobos expresa: "el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo; suponiendo, para declararle punible, que concurren las condiciones normales en esa conducta, tanto objetiva como subjetivamente, pero pudiendo presentarse situaciones excepcionales que eliminan la antijuricidad (formal o material) o la culpabilidad en algunos casos" (8).

Vasconcelos nos dice: "para nosotros el tipo legal, dándole connotación propia jurídico-penal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma a su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal" (9)

Nosotros aceptamos la definición que de tipo nos da el maestro Castellanos Tena, quien nos dice: "el tipo es la --

(7) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 248 y 249, 1967.

(8) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 258, - México 1960.

(9) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 243, México 1967.

creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".

Las acciones humanas como materia, se subsumen en ciertos moldes "tipo" de "conductas delictivas", previstas por el legislador, y sólo las que se ajusten exactamente y se adecúen, serán antijurídicas penalmente; el tipo es el fundamento de la antijuricidad para que ésta sea penal; es descriptivo, si éstas sólo carecen de consecuencias jurídicas; el tipo es la síntesis de aquellas características que deben reunir toda acción para conducir a una pena, sólo que esto es precisamente el delito, y de ahí que el tipo sólo sirva como garantía para fijar previamente el hecho, esas características, dando a la publicidad los presupuestos exigidos a un acontecer humano, para ser sancionado punitivamente, la acción ha de encajar dentro de la figura creada por la norma penal positiva, como signo externo distintivo y propio de la antijuricidad penal, ya que se dan casos en que a pesar de llenarse el tipo, existe juricidad, no existiendo por ello delito. La conducta humana es configurada por el precepto legal, y como hipótesis legal constituye el "tipo", que 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, según lo expresado por Jiménez de Asúa (10).

Lo básico en el tipo es la acción; la acción ha de ser típica y típicamente antijurídica y culpable; la acción --- constituye el núcleo del tipo; el tipo es la síntesis de --

(10) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 215, México 1965.

aquellas características que debe reunir toda acción para - conducir a una sanción.

Antonio de P. Moreno escribe: "la ley fija los tipos - de delito. Les da configuración propia, señala sus elemen- - tos constitutivos. Solamente es delito la acción u omisión- que se conforme, que se adapte al tipo de conducta señalado en la ley, como condicionante de una pena". "El resto de las acciones humanas que no se conforman con el tipo de delito, tendrán sanción social (la nulidad, la indemnización de da- ños y perjuicios) pero no sanción penal; quiere decir que - no serán delito" (11).

b).- ELEMENTOS DEL TIPO; EL TIPO EN EL DELITO A ESTU- - DIO.- "El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como -- una mera descripción de la conducta humana; en ocasiones el tipo describe además el efecto o resultado material de la - acción u omisión, o bien contiene referencias a los sujetos a los medios de comisión específicamente requeridos por la- figura especial, modalidades de la propia acción que forman parte igualmente del tipo, o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la ac- - - ción" (12).

El tipo, nos dice Jiménez de Asúa, "sin dejar de ser - meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y- modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar a-

(11) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, Delitos en Particular, págs. 25 y 26, México 1944.

(12) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, págs. 247 y ss, México 1967.

la ocasión y al medio" (13).

El sujeto activo del delito, si éste es un "acto humano" o exteriorización de una voluntad, ha de ser siempre un hombre o un representante de la especie humana, cualesquiera que sean su sexo y sus condiciones particulares y accidentales (14); "el sujeto pasivo del delito es siempre la sociedad cuando se afectan bienes jurídicos instituidos para la vida ordenada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma".

El objeto se refiere "al objeto material o corporal de la acción", "cosa mueble".

El tiempo se halla determinado como una modalidad de la acción: "el lugar se hace referencia ya sea a lugar público, o que la acción se cometa en territorio nacional o fuera de éste" (15); "cuando hace alusión a la ocasión como en el caso de reunión de personas a quienes se dirige el daño, los medios pueden ser la violencia, el engaño, etc".

Cada tipo en particular está rodeado de las circunstancias y elementos de ese delito en concreto.

Elementos objetivos: por éstos debemos entender "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal" (16); son utilizados por el legislador para los des-

(13) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pág. 237, -- Buenos Aires 1967.

(14) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 269, México 1960.

(15) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Pág. 254, -- Buenos Aires 1967.

(16) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, pág. 249, México 1967.

critos por éste como dignos de sanción, se refieren a cosas personas o modos de obrar, captables por los sentidos; apoderamiento de cosa ajena mueble, sin derecho. La Ley a través de esos elementos dá al juzgador los datos para establecer el tipo y la idea contenida de la acción que el legislador consideró típicamente antijurídica.

Nos dice Castellanos Tena: "si las palabras empleadas por el legislador se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal cuando la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos" (17).

Elementos subjetivos: "cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito, aun cuando su concurrencia se valore desde el punto de vista objetivo de la antijuricidad" (18).

Al referirse la ley a la conducta del sujeto activo la presenta en tres aspectos:

Cuando la ley recalca el elemento subjetivo del delito, cuando hace referencia a ciertos conocimientos del actor, cuando se requiere de determinada intención o propósito en la acción, ejemplo: el ánimo de apoderarse de la cosa ajena; cuando la ley se dirige a determinados estados de ánimo o situaciones personales, cada tipo en particular está rodeado de las circunstancias y elementos de ese delito concreto.

Jiménez de Asúa los denomina "elementos típicos subjetivos de lo injusto" y se refieren a estados anímicos del -

(17) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 219 y ss, México 1965.

(18) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 269, México 1960.

autor en orden a lo injusto: "el legislador los incluye a menudo en el tipo"; estos elementos nos dice el propio autor, - "como antes se decía, 'dolo específico'", aunque aluden a veces a un propósito y a un fin: son elementos subjetivos concretamente referidos al injusto a los que se alude en estos términos: "para apoderarse de un inmueble". Al referirse este autor a esos elementos, los clasifica en: "elementos que de modo indudable se refieren a la culpabilidad, elementos ambivalentes respecto a la culpabilidad y a lo injusto, elementos que al vincularse al fin, originan los delitos de tendencia interna trascendente; elementos que al referirse al móvil se ubican en la culpabilidad y los ya referidos en relación a lo injusto"; y en opinión de Jiménez de Asúa, "los elementos subjetivos no se vinculan propiamente a la culpabilidad". "En -- los casos en que esos elementos subjetivos del tipo no fijan expresamente en él (y a veces aunque se hallen taxativamente descritos), se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficacia" (19).

"Las distintas posiciones de los autores nos llevan a formular una síntesis de la doctrina en la siguiente forma: (20) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad; otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad; otro criterio mixto encuentra -

(19) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito Principios de - Derecho Penal, págs. 255 y ss., Buenos Aires 1967.

(20) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 253, México 1967.

referencias en tales elementos, tanto a la antijuridicidad -- como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con -- vista a los tipos en particular".

El maestro Castellanos Tena nos dice que los elementos - subjetivos del tipo se refieren a "un estado anímico del suje to" y los denomina "tipo anormal", ya que contiene conceptos- y situaciones valoradas (21).

Elementos normativos: para Mezger presupuestos del injus to tipificado "sólo pueden determinarse mediante una valora-- ción especial de las situaciones reales"; estima que a los -- elementos "típicos normativos" pertenecen además "todos los - elementos con una valoración jurídica, que hallamos atravesan do en todas direcciones los tipos penales" (22).

El maestro Jiménez de Asúa nos dice que "los elementos -- normativos se encuentran vinculados a la antijuridicidad, pero no por ésto deben ser excluidos de la descripción típica y ne garles su carácter de elementos como pretende Mezger"; y agre ga: "en verdad no vemos razón alguna para que el legislador - los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las ca racterísticas de ser antijurídico, contrario al derecho, fue ra de los casos permitidos por la ley, etc, son patrimonio ge neral de todos los delitos, ya que éste no existe si no es --

(21) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 220, México 1965.

(22) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Ar turo Muñoz, pág. 388, Madrid 1955-57.

contrario a la norma"; "en presencia de elementos normativos, el Juez instructor no ha de reducirse a su habitual menester sino que está obligado a hacer un juicio valorativo sobre la índole antijurídica de la conducta del autor" (23).

Villalobos expresa: "por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos sus elementos participan de ese mismo carácter descriptivo, pero entre ellos los hay que sólo mencionan un dato que puede ser conocido por los sentidos, como la palabra dicha, el introducirse en determinada habitación o el disparo de una arma de fuego, y hay 'elementos normativos' cuya concurrencia en un caso concreto sólo puede ser establecida mediante una valoración, como el carácter de la cosa mueble o inmueble" (24).

El tipo en el delito a estudio.- Tomando en consideración las teorías señaladas y aplicándolas al artículo 375 del Código Penal tenemos que "cuando el valor de lo robado no pase de veinticinco pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de -- violencia".

El elemento objetivo en este delito lo encontramos en -- "el apoderamiento", que debe ser ilícito y no consentido por-

(23) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pag. 258, Buenos Aires 1967.

(24) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pag. 269, México 1960.

el ofendido; es la constitutiva típica del robo; apoderarse - significa que el agente tome posesión material de la cosa que debe ser ajena y mueble, y en este caso el valor "no debe --- exceder de veinticinco pesos", así como que dicho robo no sea ejecutado "por medio de violencia" (25).

El apoderamiento de la cosa ajena mueble, debe ser "sin-derecho"; se señala la antijuricidad de la acción delictiva y constituye un elemento de carácter normativo; (aún cuando lo-robado "sea restituido por el ladrón espontáneamente y "pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad - tome conocimiento de los hechos").

El tipo en este delito se integra plenamente ya que existen todos los elementos materiales, subjetivos y normativos - del delito..

c).- LA TIPICIDAD.- Pavón Vasconcelos expresa: "entende-mos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define - en forma general y abstracta un comportamiento humano, la ade-cuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa". "El encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura le-gal"; no debemos confundir el tipo con la "tipicidad", ya que el tipo es el antecedente necesario del delito, es su "presu-puesto", y la "tipicidad" es uno de sus elementos constituti-vos (26).

(25) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, -- Los Delitos, pág. 170, México 1966.

(26) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me-xicano, Parte General, pág. 261, México 1965.

"No hay que olvidar - expresa Villalobos - que la tipicidad es un elemento en la definición de delito, desde un punto de vista dogmático, y supuesto el apotegma liberal 'nullum crimen sine lege'" (27).

Asegura Mezger que la tipicidad es "ratio essendi" de la antijuricidad, por ésto define el delito como "la acción típicamente antijurídica y culpable"; nos dice que la tipicidad - va a concretar la antijuricidad en el ámbito penal, "porque-- el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto"; agrega - que la tipicidad denota con su sola presencia la existencia - de la antijuricidad; "el fundamento de la antijuricidad de acción, yace en la misma ley penal"; y es claro: la tipicidad - es prueba evidente de que existe "antijuricidad penal" (28).

Escribe Fontán Balestra que: "en otras ramas del Derecho se trata de prever la totalidad de los hechos posibles, en -- cambio en el derecho penal se preven de modo taxativo sólo -- aquellos actos de máxima antijuricidad relevante en el orden-penal. Los que no están previstos por la ley penal, no interesan, quedan en el ámbito de la libertad en lo que a consecuencias penales se refieren. No podemos referirnos a un hecho -- delictuoso sin referirnos a la ley que lo crea, por ésto el - hecho delictuoso no existe antes de estar en vigencia la ley-

(27) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, págs. 259 y ss., México 1960.

(28) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Rodríguez Muñoz, tomo I, pág. 375, año 1955-57.

que lo describe; los delitos nacen a la vida en el momento -- en que se promulga la ley que los anticipa."

Para Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la -- conducta al tipo, que se resume en la fórmula "nullum crimen sine tipo" (30).

Según Jiménez de Asúa la tipicidad desempeña una fun--- ción predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal, pri--- mera fase meramente descriptiva, separada de la antijurici--- dad y culpabilidad; segunda fase con carácter indiciario; no es ya una descripción; le atribuye un valor indiciario, afir--- ma que el que una conducta sea típica es un indicio de su -- "antijuricidad"; tercera fase "ratio essendi" de la antijuri--- cidad, expuesta por Mezger: "la antijuricidad de la acción -- es un carácter del delito, pero no una característica del ti--- po, que es esencial a la antijuricidad la tipificación"; es--- ta fase según opinión de Jiménez de Asúa, debe rechazarse -- porque "dota a la tipicidad de una función desmesurada", aun--- que posteriormente la reduce a un "medio auxiliar técnico" -- (31).

Escribe este mismo autor que el delito es una unidad "en la que analíticamente se distinguen sus características: la--- descriptiva es la 'tipicidad' que es un indicio de la antiju---

(29) Carlos Fontán Balestra, Misión de Garantía de Derecho -- Penal, pág. 149.

(30) Celestino Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurí--- dica Penal, pág. 37.

(31) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 235 y ss., Buenos Aires 1967.

ricidad, ya que limita y enumera" (32).

Nos dice el maestro Castellanos Tena que "la historia de la tipicidad es consecuentemente la historia del tipo, - ya que antiguamente en Alemania el tipo se consideró como el conjunto de caracteres integrantes del tipo; "la tipicidad es uno de los elementos esenciales del tipo cuya ausencia impide su configuración", "la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a la descripción legal formulada en abstracto", "es el encuadramiento de una conducta - con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito con el legislador"; en suma es "la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa" (33).

La tipicidad es el resultado de un juicio que predica la conformidad de una conducta humana descrita en el precepto, respecto a la conducta descrita en la realidad. O sea, la tipicidad como adecuación es característica esencial del delito; la tipicidad como elemento del delito o característica de la acción delictuosa, confirma el delito como una entidad orgánica, constituyendo un todo; la tipicidad podemos decir que es la puerta por donde los hechos ilícitos pasan a convertirse en delito, al subsumirse en determinadas hipótesis consideradas como punitivas por el legislador.

La tipicidad sólo transforma esos actos penales cuando se subsumen en el presupuesto legal, pero no siempre son ilícitos esos actos conforme a la tipicidad, y hay muchos -

(32) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 251 y ss., 1967.

(33) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 215 y ss., México 1965.

ilícitos no tipificados; nunca resulta exclusivamente de la tipicidad lo ilícito; la tipicidad sólo es objetiva, prescindiendo de elementos subjetivos, es un concepto puro, sin significación independiente; sola, carece de tiempo, espacio y existencia; se requiere para su existencia que esté en conexión con un acto ilícito culpable, y es así como se convierte en delito. La tipicidad tiene por objeto catalogar hechos antijurídicos dándoles categoría de delitos.

d).- LA TIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.- Dijimos que la tipicidad es el "encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley"; en el delito a estudio la tipicidad la encontramos en el artículo 375: "cuando el valor de lo robado no pase de veinticinco pesos"...; "siendo la ley la creadora de delitos, les dá existencia y precisa sus contornos: les presta tipicidad" (34); la acción consumativa en el delito de robo es "el apoderamiento de una cosa mueble" - (artículo 367 de nuestra ley: comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley"); el apoderamiento es la aprehensión real de la cosa, la acción de ponerla bajo su poder, bajo su control personal; para el caso de robo se considera como cosa mueble aquella que es susceptible de trasladarse de un lugar a otro sin sufrir deterioro; para la existencia del delito de robo es condición indispensable que la cosa de que se apodere el sujeto activo del delito no le pertenezca; si el agente del delito obra sin derecho, su acto es antijurídico;

(34) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, - Delitos en Particular, Vol, VIII, pág. 25, México 1944.

si el apoderamiento se lleva a cabo con el consentimiento de la persona que puede darlo, no existe el delito.

Se requiere también que el autor del robo devuelva las cosas robadas espontáneamente, sin el requerimiento de las autoridades o de los ofendidos.

Aparte de la restitución, el agente debe pagar todos -- los daños y perjuicios que hubiere provocado, y deberá hacer lo antes de que la autoridad tome conocimiento de los hechos.

"No se impondrá sanción alguna ('perdón legal')... Si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia"; el legislador del Código vigente consideró que este caso especial, -- al que los penalistas denominan "hurto necesario" "robo familiar" o "robo por estado de necesidad" (Ceniceros y Garrido-- en su obra "La Ley Penal Mexicana", páginas 73 y siguientes) para el que sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez del alimento estrictamente necesario para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

e).- CAUSAS DE ATIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.- A cada -- una de las características del delito corresponde un determinado aspecto negativo; el aspecto negativo de la tipicidad -- es la atipicidad: "no hay delito sin tipicidad", opina Porte Petit (35), la atipicidad "existirá cuando no haya adecuación al tipo, es decir cuando no se integre el elemento o -- elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede -- haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a to

(35) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la -- Parte General del Derecho Penal, págs. 473 y ss., 1969.

dos los que el mismo tipo requiere".

"La coincidencia entre los rasgos esenciales del hecho de la vida real y del tipo descrito por la ley, ha de ser rigurosamente exacta; la falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora produce la atipicidad de la conducta, es decir; la "ausencia de tipicidad" o "causa de exclusión del tipo" (tatbestanduschiessungsgrund)" (36).

En Vasconcelos leemos: "la ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impositivo de la integración del delito"; hay "atipicidad" cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo y concluye con Jiménez de Asúa que dice: "atipicidad es ausencia de adecuación típica" (37).

Según Mezger pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es imposible la realización del tipo del delito:-(38).

- a) Cuando falte el sujeto que la ley exige.
- b) Cuando falte el objeto que la ley exige.
- c) Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley.
- d) Cuando falte la referencia local o especial exigida por la ley.
- e) Cuando falte la referencia temporal especialmente exigida por la ley.
- f) Cuando falte una referencia de otra índole, exi

(36) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo -- III, El Delito, Buenos Aires 1965. pág. 940.

(37) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me

gida especialmente por la ley.

Señala Jiménez de Asúa como ejemplos específicos de atipicidad (39):

a).- Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo, o sea cuando la ley exige que el sujeto sea una persona determinada por su calidad o naturaleza; si ésta no reúne las condiciones exigidas el caso es atípico.

b).- Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto; en determinados tipos de delitos se precisa una calidad concreta en el sujeto pasivo o una condición a veces valorativa en el objeto, como en el caso del robo la exigencia de cosa ajena mueble.

c).- Ausencia de adecuación típica por falta de referencias temporales o espaciales.

d).- Ausencia de adecuación típica por falta de medio previsto; "no hay delito sin tipicidad".

e).- Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos de lo injusto; éstos dan sentido a los tipos; sin "animus lucrandi" carece de sentido el robo; el elemento subjetivo de lo injusto funciona también en ciertas causas que excluyen de la pena.

f).- Ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica.

Según la opinión de Porte Petit, para señalar las atipicidades bastará colocarse en el aspecto negativo de cada-

xicano, pág. 261, México 1967.

(38) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José - Rodríguez Muñoz, pág. 221.

(39) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo - III, El Delito, pág. 941, Buenos Aires 1965.

uno de los elementos integrantes del tipo: (40)

- 1o).- Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- 2o).- Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- 3o).- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo:
- 4o).- Ausencia de objeto jurídico.
- 5o).- Ausencia de objeto material.
- 6o).- Ausencia de las modalidades de la conducta:
 - a). De referencias temporales.
 - b). De referencias espaciales.
 - c). De referencia a otro hecho punible.
 - d). De referencia de otra índole, exigida por el "tipo".
 - e). De los medios empleados.
- 7o).- Ausencia del elemento normativo, y
- 8o).- Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: (41) a) ausencia de la calidad exigida por la Ley en --- cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) si faltan el objeto-material o el objeto jurídico (como la falta de propiedad o - posesión en los delitos patrimoniales); c) cuando no se dan -

(40) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, tomo I, pág. 478, México.

(41) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 277 y ss., México 1965.

las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, los que habrán de verificarse para la integración del ilícito; e) si faltan los elementos - subjetivos del injusto legalmente exigidos, éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persegue.

La ausencia de tipo "supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho"; la ausencia de tipo "presupone la imposibilidad de dirigir la persecución contra un autor de una conducta no descrita en la ley, aún siendo antijurídica, o sea 'nullum crimen nulla poena sine lege'" (42).

"La ausencia de tipo - nos dice Porte Petit - constituye el aspecto negativo del tipo"; "hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal; el dogma 'nullum crimen sine tipo' constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal". (43). La H. Suprema Corte de Justicia de la nación ha determinado "que la falta de tipo presupone inexistencia del presupuesto general del delito". Respecto a la ausencia de tipo y delito putativo, Porte Petit considera y sostiene que el delito putativo es un caso de "ausencia de tipo".

(42) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 260 y ss., 1967.

(43) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, I, pág. 465, México 1969.

La ausencia del tipo supone la falta de previsión en la Ley, de una conducta o hecho.

El maestro Castellanos Tena nos dice que "La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos"; en el fondo, "en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, - respecto de él no existe tipo". (44).

(44). Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 225 y ss., México 1965.

CAPITULO CUARTO.

DE LA ANTIJURICIDAD.

- a).- La antijuricidad en general.
- b).- La antijuricidad en el delito a estudio.
- c).- las causas de justificación en general.
- d).- Las causas de justificación en el delito a estudio.

a).- LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.-- Los términos "antijurídico", "ilícito" e "injusto" han sido usados indistintamente, dándoles idéntica connotación; para autores como Jiménez-de Asúa (1) que cree con Mezger que tanto la voz "injusto" como "antijurídico" deben emplearse indiferentemente, pero como en seguida se verá, "no aceptamos servirnos de la expresión -

(1) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, El Delito, pág. 966 y ss., Buenos Aires 1965.

'ilicitud' y 'entuerto' como sinónimas consideradas por otros autores"; el propio Jiménez de Asúa en 1916 al ocuparse de la "Unificación del Derecho Penal en Suiza", tradujo la expresión "acto antijurídico" por "acto ilícito", y agrega "pero - como luego se dirá, no pretendíamos con ello modificar el contenido del pensamiento sino verter al Castellano una palabra que no existía en nuestra lengua, aunque el término 'ilicitud' se use, como hemos dicho, por los italianos y los ecólogos argentinos: lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al Derecho) y puesto que el círculo ético es de mayor radio que el jurídico, al decir 'acto ilícito' en vez de 'acto antijurídico' caemos en la impresión del hablar corriente, y asimismo debemos decir 'antijuricidad' y no 'antijuridicidad' porque - debe corregirse el feo trabalenguas".

Nosotros aceptamos el término "antijuricidad" y así lo emplearemos en el transcurso de este estudio, por razones prácticas.

La antijuricidad ha sido considerada como el elemento autónomo del delito; su falta de fundamento es evidente, "sobre todo cuando se vea la imposibilidad de pronunciar el juicio sobre la ilicitud o licitud de una acción humana, prescindiendo de la substancia espiritual que la integra" (2); para este mismo autor un hecho no puede considerarse antijurídico si no se incluye el elemento subjetivo, y nos dice: "el juicio de -

(2) Francisco Antolisei, El Estudio Analítico del Delito, -- trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 52 y ss., México 1954.

antijuridicidad comprende al delito en su totalidad; no puede pronunciarse si no se tienen presentes todas las notas que lo componen ; la antijuridicidad es la esencia misma del delito".

Según el papel que desempeña la antijuridicidad en la teoría del delito, se señalan varias tesis: la que afirma que -- constituye un carácter del delito: la que sostiene que es un elemento del delito; la que constituye un aspecto del delito, y la que es el delito en sí.

Con relación a la clasificación de la antijuridicidad, -- existen diversos puntos de vista: que la antijuridicidad es -- formal o nominal; el que considera la antijuridicidad material; el que estima tanto la formal como la material, y por último la concepción dualista, "subsistencia conjunta de la antijuridicidad formal y material" (3).

La antijuridicidad es formal porque contradice a la ley positiva legislada por el Estado; el dogma "nullum crimen si ne lege", es la base de ésta; para la existencia de la antijuridicidad se exigen dos requisitos: "adecuación o conformidad a un tipo penal, y que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de ilicitud"; sin embargo, nos dice Porte Petit "debemos tender a lograr un -- concepto de la antijuridicidad en forma positiva y acabar -- por tanto, con el procedimiento de 'excepción - regla'".

Acerca de la antijuridicidad material existen dos corrien

(3) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pág. 481 y ss., México:69.

tes: la que trata de encontrar su esencia en la violación de obligaciones y ataque los derechos a los que se hallan ligados los miembros del pueblo y del Estado, en el orden jurídico necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad; "el contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales"; la antijuricidad formal resulta de la violación al precepto positivo, y la antijuricidad material del quebrantamiento de las normas de valor que esa ley interpreta, contiene y protege; esta tesis sostenida por Villalobos (4) señala que no es preciso pensar que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluya a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa; el otro aspecto es el que busca obtener la esencia de la antijuricidad material, fuera del área jurídica o extrajurídica.

La antijuricidad podemos contemplarla bajo otros dos puntos de vista: es de naturaleza objetiva, según sostienen autores como Mezger y Jiménez de Asúa; la antijuricidad es objetiva y existe, cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento-

(4) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 249 y ss., México 1960.

subjetivo: la culpabilidad; "nosotros defendemos el concepto objetivo de la antijuricidad como pieza indispensable en el derecho penal liberal" (5); para Mezger actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del derecho.

Encontramos otros autores que se adhieren al criterio objetivo de la antijuricidad; Porte Petit (6) nos dice "la antijuricidad es objetiva, para su existencia no es necesario el elemento subjetivo (la culpabilidad), en consecuencia la teoría de la antijuricidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuricidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuricidad". Villalobos llama a la antijuricidad "oposición objetiva"; "la antijuricidad es la violación de las normas objetivas de valoración. Nada importan los rasgos subjetivos de quien cometa el acto" (7).

De ahí que la norma crea lo antijurídico, la ley lo puede considerarse delito y el Derecho Penal, como institución, la pena o medida de seguridad que ha de imponerse; para sancionar una conducta se precisa de un juicio de valor o valoración, definiendo si hubo antijuricidad.

La antijuricidad es un elemento objetivo de la acción --

(5) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 280, Buenos Aires 1967.

(6) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 486 y ss., Mexico '69.

(7) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 251, México 1960.

que se opone material y formalmente al derecho.

Dentro de la concepción objetiva la antijuricidad cabe reconocer la existencia de algunos elementos subjetivos, que excepcionalmente constituyen la antijuricidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico. Los sostenedores de la corriente subjetiva opinan que la "antijuricidad" es sinónimo de "ilicitud". Villalobos (8) nos dice: "una cosa es ilícita porque es antijurídica, pero equiparar ambos términos equivale a desconocer las normas valorativas que dan substantividad y validez al precepto, para dejar a éste volando, en su mera calidad imperativa, como expresión auténtica de arbitrariedad o autocracia". "Técnicamente, la antijuricidad es oposición al orden valorativo, en tanto que la oposición al derecho como actitud subjetiva o como desatención al mandato o a la norma de determinación, seguirá constituyendo la culpabilidad".

Para Antolisei (9) un hecho no puede considerarse antijurídico si no se considera el elemento subjetivo; niega la necesidad del injusto objetivo, refutando los casos invocados de responsabilidad objetiva, y afirmando que se puede argumentar en forma análoga respecto a la legítima defensa y a la participación delictuosa.

(8) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 251 y ss., México 1967.

(9) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad.-Dr. Franco Guamán, págs. 63 y 70. México 1954.

Jiménez de Asúa cree que debemos emplear indistintamente, con carácter sinónimo, tanto la voz "injusto" como "antijurídico"; "la ilicitud significa más que lo antijurídico, lo ilícito, que es lo opuesto a la moral y al derecho; la antijuricidad en toda elaboración jurídica del delito, es la piedra angular no sólo de la infracción, sino de todo derecho punitivo" (10).

Nosotros pensamos que, como lo ha sostenido Fontán Ballesta, son engañadas las esperanzas de quienes aspiran a constituir una antijuricidad puramente objetiva y libre de elementos síquicos, una tipicidad legal libre de valor, y una culpabilidad cuyo contenido no esté fijado por la conexión del actor con la tipicidad y antijuricidad; no puede seguirse -- sosteniendo la idea de que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad y todo lo objetivo a lo injusto y con él a la tipicidad.

Autores como Mezger consideran que hay delictivos cuya motivación es de carácter subjetivo, dirigidos a determinado fin. Una misma conducta exterior puede ser conforme a derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto. Hay circunstancias en que el elemento subjetivo hace que una cosa sea o no delito.

Los elementos subjetivos del injusto no suponen la fusión de la antijuricidad con la culpabilidad, puesto que sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto (antiju-

(10) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III, El Delito, pág. 960 y ss., Buenos Aires 1965.

ricidad) y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Existen algunos elementos subjetivos que, no obstante serlo, constituyen excepcionalmente la antijuricidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva de la acción que con ellos resulta antisocial o contraria al orden jurídico.

Antijuricidad general y penal.- Entre quienes proclaman la unidad de lo antijurídico y niegan en consecuencia la existencia de una antijuricidad propia de lo penal, podemos mencionar a Soler, Antolisei y Jiménez de Asúa (11), quienes sostienen que "las acciones y las omisiones no pueden llevar sino el sello de lo ilícito o de lo lícito, según sean conformes o contrarias al Derecho, y la única diferencia es la consecuencia: el injusto civil tiene una sanción civil y el injusto penal una sanción penal." Vasconcelos agrega "concebimos el Derecho como un todo orgánico, como ordenación unitaria de vida, y por ello no podemos entender lo antijurídico como --- fraccionable, sino como unidad representada en la oposición al Derecho"; y concluye: "de allí que la antijuricidad sea --- única e indivisible y no exista un injusto específicamente penal, por más que se le pueda referir al concreto campo del Derecho Penal".

"En verdad - nos dice Porte Petit - no debe hablarse de una antijuricidad general. Solamente existe antijuricidad ---

(11) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III pág. 1006, Buenos Aires 1958.

cuando hay violación de un precepto legal o sea, a partir de ese momento se tñe o colora la antijuricidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc"-- (12). Algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuando una conducta o hecho son antijurídicos, es necesario incrustar en el tipo la mención de la antijuricidad especial.

Para Jiménez de Asúa (13) "la pretendida antijuricidad especial, no es otra cosa que un elemento normativo indebida e impacientemente incrustado en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más -- propósito que el de concretizar y señalar lo injusto".

Porte Petit estima que en realidad "la antijuricidad especial tipificada es innecesaria, ya que para saber si una conducta o hecho son antijurídicos es suficiente y útil el procedimiento de excepción-regla". (14).

Concepción jurídica y extra-jurídica de la antijuricidad.- Nos dice Jiménez de Asúa que "cuando encontramos un orden jurídico establecido en el consuetudinario, y el caso de la vida real asume un fondo de incuestionable justicia, sólo las normas de cultura pueden darnos una solución correcta".- Nos dice que "lo injusto, opuesto a la norma de cultura reco-

(12) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la -- Parte General de Derecho Penal, pág. 289.

(13) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo III pág. 1008, Buenos Aires 1958.

(14) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la -- Parte General de Derecho Penal, pág. 489.

nocida por el Estado, constituye lesión al objeto jurídico u objeto de protección, o sea a los intereses considerados dignos de tutela y a los que se ha denominado bienes jurídicos. En suma, en edificar afirmativamente (en sí y por sí) la antijuricidad, es preciso hallar esa esencia positiva en orden a los derechos subjetivos, a los intereses, a los bienes jurídicos y a las normas jurídicas primarias o a las de cultura". (15). Los opositores de esta teoría la denominan "extra-jurídica" al creer inadmisibile la introducción de las normas de cultura en el campo del Derecho; entre estos encontramos a Soler; que parte de su apreciación "sobre la índole -- siempre jurídica de lo injusto". (16).

Nosotros aceptamos la definición que de antijuricidad nos da el maestro Castellanos Tena quien nos dice: "la antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado". (17).

b).- LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.- La antijuricidad es una integrante general de todos los delitos; en el presente delito a estudio, consiste en el apoderamiento -

-
- (15) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 277 y ss., Buenos Aires 1967.
(16) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo I, Buenos Aires, 1963, pág. 350 y ss.
(17) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 231, México 1965.

de una cosa sin consentimiento de la persona que puede disponer de esa cosa de acuerdo a la ley, y aún cuando la cosa sea restituida, el apoderamiento es ilícito, el delito ha existido, "el hecho delictuoso se consuma, se realiza en toda su integridad, existen todos los elementos materiales, subjetivos y normativos del delito". (18).

Los elementos son: una conducta, que es el apoderamiento de una cosa ajena; el tipo, o sea la adecuación de esa conducta a la descripción hecha por la ley; si el autor del delito obra sin derecho, su acto es antijurídico; si realiza el acto lícitamente no se configura el delito por ausencia de este -- elemento; en este delito existe una verdadera excusa absoluta.

c).- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.- La conducta es en determinados casos, a pesar de ajustarse al tipo, -- puede o no ser antijurídica y por ende tampoco delictuosa, -- cuando exista una contra-norma que anula la prohibición o imposición. Así como hay acciones antijurídicas que no son punibles porque no corresponden a ningún tipo legal, también hay acciones con las características del tipo delictivo a las --- cuales les falta la antijuricidad, por lo que tampoco son delitos; éstas constituyen las llamadas "causas de justificación" o excluyentes por ausencia de antijuricidad; las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijurid

(18) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, - Delitos en Particular, pág. 61 y ss., México 1944.

cidad.

"Las causas de justificación son aquellas condiciones -- que tienen el poder de excluir la antijuricidad en una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta alguno de los elementos esenciales del delito: la antijuricidad". (19).

Jiménez de Asúa define las causas de justificación como-- "las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante -- del crimen. Las causas de justificación no son otra cosa que-- aquellos actos realizados conforme al Derecho" (20).

Según Mezger las causas de justificación encuentran su -- base en la falta de antijuricidad, según el principio de la -- ausencia del interés, o por preponderancia de aquél, conforme al siguiente esquema: (21)

a).-- Ausencia de interés:

I. Consentimiento del ofendido.

II. Consentimiento del presunto ofendido.

b).-- Principio del interés preponderante:

(19) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 235, México 1965.

(20) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de -- Derecho Penal, pág. 284, Buenos Aires 1967.

(21) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. José Ro-- dríguez Muñoz, tomo I, pág. 293 y ss., Madrid 1955-57.

I. La acción especialmente debida.

II. La acción realizada en virtud de especiales derechos, en particular del derecho de necesidad.

III. El principio de valuación de los bienes jurídicos.

Porte Petit nos dice: "pensamos que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés (para quienes estiman que fundamenta una causa de licitud) o de la existencia de un interés preponderante". (22).

Antolisei para explicarnos las causas de justificación hace una distinción entre éstas y las causas que excluyen la culpabilidad; nos dice que estas segundas causas no presentan dificultad "porque su tratado encuentra lugar en el estudio del elemento subjetivo del delito" y son: "caso fortuito, fuerza mayor, fuerza física, coacción moral, error, etc"; nos dice que se puede considerar "la ausencia de causas de justificación como una condición negativa de la existencia del delito". "Lo esencial es que para colocar las causas de justificación, no se cree un elemento del delito que no tiene razón de existir como tal (la antijuricidad o la punibilidad o bien la causa) y que se reconozca que el tratado de --

(22) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 493, México 1969.

las causas de justificación encuentra su lugar lógico y conveniente después de que los dos elementos del delito han sido estudiados" (23).

Villalobos afirma "que faltará la antijuricidad o quedará excluida, cuando no exista el interés que se trata de amparar, o cuando concurren dos intereses, y el Derecho, no pudiendo salvar a los dos, opte por el más valioso y autorice el sacrificio del otro, como medio de su preservación". (24).

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, "son objetivas, se refieren al hecho no al sujeto; atañen a la realización externa. Las otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor. Las justificantes aprovechan a todos los copartícipes; son reales. Tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal". (25).

"Las excluyentes de antijuricidad no pueden producir efecto sin una declaración o un reconocimiento legal que constituye la antijuricidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal". "La eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de -

(23) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, Trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 90 y ss., México 1954.

(24) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 339, México 1960.

(25) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 237 y ss., México 1965.

ningún otro de los elementos del delito". (26).

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asía expresa que "en las causas de justificación no hay delito", "en las de inimputabilidad no hay delincuente" y "en las excusas absolutorias no hay pena". (27).

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

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

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuricidad. Villalobos nos da como ejemplos los siguientes: "cuando un enfermo es llevado al hospital, privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares o allegados le sustituyan en dichas funciones, a pesar de ésto se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la va

(26) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 325 y ss. México 1960.

(27) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 342, México 1960.

lidez de un consentimiento atribuido al propio enfermo; y el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas -- condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa". (28).

Nos dice Jiménez de Asúa: "por su parte, Sebastián Soler, que acepta el consentimiento como causa de justificación, -- nos habla de la naturaleza del bien tutelado y dice que para saber si el consentimiento actúa o no, hay que atender sobre todo a dos motivos de la tutela"; "sólo en lo que constituye un derecho subjetivo es aceptable el consentimiento, pero no en los bienes jurídicos protegidos bajo la forma de interés-jurídico"; "por otra parte, el consentimiento en pocas oca-- siones puede invocarse". Considera este mismo autor que el-- consentimiento destruye el tipo, y cita como ejemplo el permitir que otro tome nuestro reloj, y nos dice: "que no puede haber 'un hurto consentido', sino una donación". (29).

Haremos una breve reseña de cada una de las excluyentes de la antijuricidad: la más importante es la "legítima defen-- sa". Son múltiples las opiniones sobre el concepto de la le-- gítima defensa; Pavón Vasconcelos nos dice: "es la repulsa -

(28) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte Gene-- ral, pág. 342, México 1960.

(29) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 286 y 287, Buenos Aires 1967.

inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho". (30).

Porte Petit opina: "se puede definir esta causa de justificación como el contraataque (o repulsa) necesaria y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente". (31).

Castellanos Tena escribe: "todas las definiciones son más o menos semejantes: 'repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, sin traspasar las medidas necesarias para la -- protección'". (32).

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en su fracción III, se refiere a la legítima defensa, y expresa: "obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, - honor y bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

- 1a. Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.
- 2a. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.
- 3a. Que no hubo necesidad racional del medio empleado-

(30) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, Parte General, pág. 287, México 1967.

(31) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 501, México 1969.

(32) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 244, México 1965.

en la defensa, y

- 4a. Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa

Nos dice Pavón Vasconcelos: "cuando se habla de 'defensa propia' se trata de una conducta 'no fundada en un deber titular' y, por ello perteneciente a la clase de los procedimientos jurídicamente libres o potestativos, en tanto, en el segundo caso (defensa de terceros), el ejercicio de la defensa del obligado a la observancia de su propia obligación, está fundado en un deber jurídico, pues el titular no puede optar entre el ejercicio o no ejercicio de tal derecho (salvo que no se sea exigible), dado que la omisión de la conducta ordenada sería constitutiva de un delito (artículo 400, fracción I del Código Penal)". "La legítima defensa es la 'repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho'". (33).

Para Jiménez de Asúa: la legítima defensa es "repulsa de la agresión ilegítima actual o 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 impedir la o repelerla". (34).

Según Castellanos Tena, "la agresión ha de ser 'actual' es decir, de presente, de lo contrario no se integra la jus

(33) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 288, México 1967.

(34) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 289, Buenos Aires, 1967.

tificante; si la agresión ya se consumó, no existirá la defensa legítima, sino una 'venganza privada', que se previene en el artículo 17 de la Constitución Mexicana: 'Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho'. 'Tampoco se integraría la justificante ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras. La agresión debe ser 'violenta', o sea que implique fuerza, y 'sin derecho', o sea antijurídica". (35).

La agresión actual a que se refiere la ley, indica un peligro que no debe ser inevitable en sentido absoluto, porque la defensa no puede apreciarse sino en virtud de la posición del hombre agredido de parte del cual está la justicia.

"La calidad de violencia es una redundancia establecida para mayor claridad, pero innecesaria, pues no puede concebirse una agresión sin violencia de parte del que ataca".-- (36). No son los golpes ni las heridas lo que hace que la defensa sea legítima, sino el peligro que nace de la agresión; el único punto que debe comprobarse es la existencia y el carácter amenazador de la agresión, que es lo que hace nacer el derecho de legítima defensa; no es necesario esperar el primer golpe para que ese derecho nazca, ni éste termina --- cuando el golpe haya sido recibido, porque puede seguir el derecho de defensa, el cual acaba cuando el peligro ha cesa-

(35) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 247, México 1965.

(36) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo LXX, págs. 5061 y 5062.

do en la mente del agredido.

De la agresión debe resultar un "peligro inminente"; la inminencia implica la urgencia de la defensa, la necesidad indispensable que autoriza la defensa legítima.

Estas consideraciones deben tenerse en cuenta para estimar si en un determinado caso ha existido o no legítima defensa.

Opina Soler: "todo bien puede ser legítimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido. La prudencia de los jueces, las normas de cultura, y el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que desempeñan aquí un papel muy destacado y de gran amplitud". (37).

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquél que durante la noche rechazare en el momento mismo de estarse realizando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualesquiera que sean los daños causados al agresor. Igual presunción favorecerá para el que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes pro-

(37) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo I, pág. 405, Buenos Aires 1963.

prios o respecto de los cuales tenga la misma obligación, --- siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en -- circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión; (el Estado permite en estos casos que el particular tome su lugar sustituyéndole en la protección de los bienes jurídicos tutelados). Debe aclararse que la defensa aquí opera también de día y en el Código de 1931 sólo de noche.

Las presunciones de legítima defensa son "juris tantum" es decir, pueden admitir prueba en contrario; el sujeto cuya conducta encaja en ellas, "tiene a su favor la presunción legal de que actuó con derecho, y ~~corres~~ponderá destruir estas presunciones al Ministerio Público". (38).

Defensas mecánicas, llamadas por Villalobos "insidias - automáticas"; se trata de peligros disimulados y cuyos efectos pueden recaer sobre personas que no sean asaltantes o delincuentes, como cercas electrizadas, trampas, etc. Y agrega: "desde luego es claro que la sola instalación de tales peligros públicos significa una imprudencia, por cuanto extiende su amenaza a casos y personas que nada tienen que ver con la legítima defensa, y deberá por lo mismo, impedirse administrativamente; podría perseguirse al responsable como 'autor de delito con dolo eventual o culpa'". (39).

Los "offendícula" señala Soler, consisten en los escollos, obstáculos o impedimentos, tales como vidrios coloca--

(38) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 253, México 1965.

(39) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 296 y 295, México 1960.

dos en bardas y muros, alambres de pñas, etc, que previenen a todo extraño el riesgo a que se expone si trata de infringir el derecho del propietario. Tales medios de prevenir la invasión de la propiedad, "oponen una resistencia normal, conocida y notoria" y su colocación "se justifica como una derivación del derecho del dueño sobre la cosa". Encontramos en éstos los elementos de la legítima defensa. (40).

Problemática de la legítima defensa: (41)

¿Riña y legítima defensa?.- El artículo 314 del Código Penal define la riña como "la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas". En este caso los protagonistas se colocan al margen de la ley, al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias; las dos actitudes son antijurídicas; la legítima defensa requiere para su integración la existencia de una conducta lícita, conforme a derecho, frente a una injusta agresión; por ésto la riña incluye la defensa legítima.

¿Legítima defensa reciproca?.- Es imposible la concurrencia de una legítima defensa reciproca, pues ello implicaría "la existencia en ambas partes de una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica, lo cual es inaceptable" (42).

(40) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo I, pág. 369, Buenos Aires 1963.

(41) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal-- Mexicano, Parte General, pág. 295 y ss., México 1967.

(42) Celestino Porte Petit, Problemática de la Defensa Legítima o Real, Revista Jurídica Veracruzana, tomo XIII.

¿Legítima defensa contra el exceso en la legítima de-
fensa?.- Según nuestra ley no se integra la excluyente "si el
agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y sufi-
ciente para ella" (1a. parte de la fracción III del artículo-
15 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales);"en
el caso el primer agresor es, sin duda, el provocador y quien
dá causa al exceso, sin embargo cuando éste sea tal que ra-
cionalmente no pueda considerarse como causado inmediata y su-
ficientemente por el primer atacante, será posible admitir la
configuración de la justificante de referencia" (43).

¿Legítima defensa del inimputable?.- "Admitimos plenamem-
te la inexistencia del delito por la conformación de la legít-
tima defensa del imputable, con independencia de su falta de
capacidad para ser acreedor a una consecuencia penal a virtud
de su inculpabilidad". (44).

¿Legítima defensa contra la agresión de un inimputable?.-
La conducta del inimputable no es culpable, por faltarle las-
capacidades de conocimiento y voluntad; ésta en cambio puede-
ser antijurídica (la antijuricidad es objetiva) y dar lugar a
una reacción defensiva legítima. Hay quienes sostienen que no
opera la defensa legítima sino el estado de necesidad; "tam-
bién es posible admitir la defensa legítima contra menores de
dieciocho años, que no delinquen por hallarse segregados del-

(43) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -
Derecho Penal, pág. 257, México 1965.

(44) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me-
xicano, pág. 297, México 1967.

campo propio de la ley penal, pero pueden obrar injusta, aunque delictuosamente". (45).

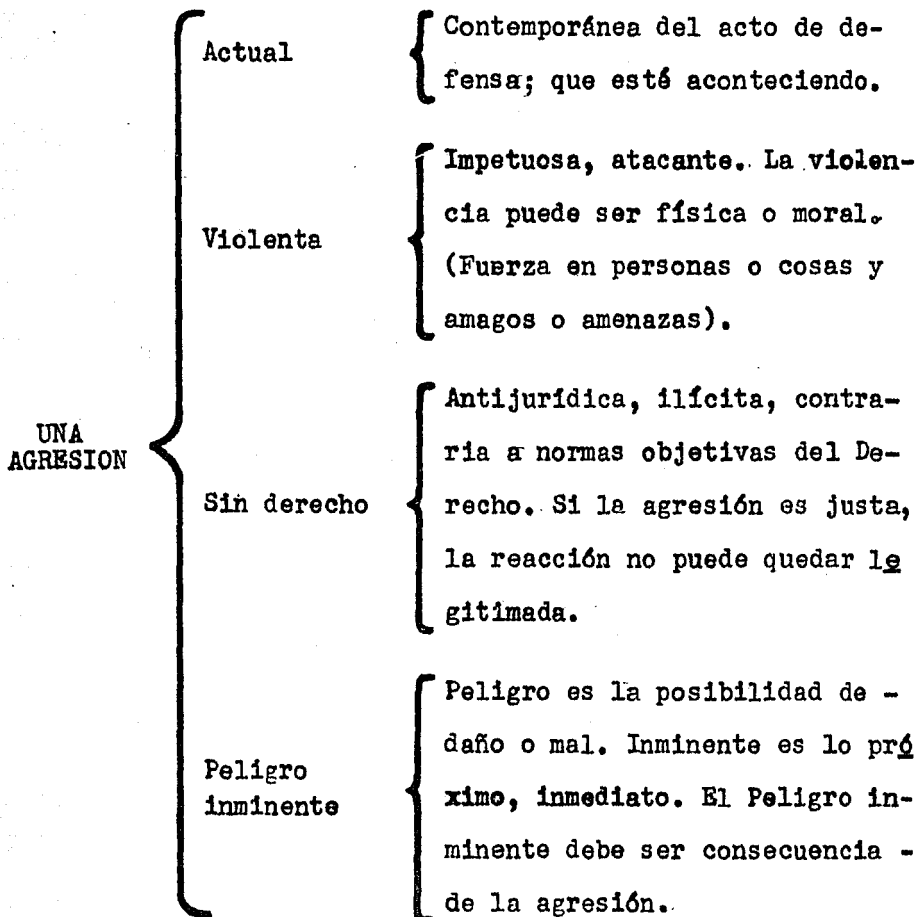
Exceso en la legítima defensa.- El artículo 16 del Código Penal del Distrito y Territorios establece que a quien se excediere en la legítima defensa, por no haber necesidad racional del medio empleado, o porque el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o por ser notoriamente de poca importancia en relación con el causado por la defensa, se le castigará como delincuente imprudencial. Nos expresa Jiménez de Asúa que: "no sólo hay exceso en los medios, sino, en general, exceso en la defensa, y podrá, por ende, ampararse en la atenuación el denominado 'exceso en la causa'. Pero jamás puede ser una legítima defensa, sino simplemente una 'defensa excesiva'. Si el exceso es por culpa, porque erramos en el cálculo entre el medio proporcionado y la gravedad del ataque, se presenta el más genuino caso de defensa excesiva. El exceso culposo es justo que se atende, como se atendía el homicidio por culpa" (46).

(45) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 201, México 1965.

(46) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 301, Buenos Aires 1967.

CUADRO ESQUEMATICO (47).

LEGITIMA DEFENSA.



(47) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 254 y 255. "En este cuadro esquemático se sigue, en lo fundamental, a González de la Vega, Código Penal Comentado".

La agresión de
be recaer en -
ciertos bienes
jurídicos.

La propia
persona

Los ataques a la persona pueden ser en su vida, integridad corporal y en su libertad física o sexual.

El honor

La ley confunde el concepto de honor con el de reputación. El homicidio o las lesiones a los adúlteros no constituyen defensa legítima del honor.

Los bienes

Todos los de naturaleza patrimonial, corpórea o incorpórea y los derechos subjetivos susceptibles de agresión.

Otra persona
o sus bienes

Defensa de terceros o de sus bienes. Los bienes pueden pertenecer a las personas físicas o a personas morales.

Necesidad de
la reacción
defensiva

No es legítima la defensa cuando el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.

No es legítima cuando el agredido previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por medios legales.

Presunciones
de legítima
defensa.

1a.- Cuando el acusado durante la noche rechazare, en el momento de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

2a.- Si causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios o de su familia o de cualquier persona que tenga obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que se tenga la misma obligación, si la presencia ocurre de noche o en circunstancias que revelen la posibilidad de una agresión.

Exceso en la
defensa

Hay exceso si se prueba que no hubo necesidad racional de medio empleado. Se sanciona como delito culposo.

Hay exceso en la defensa, cuando el daño que iba a causar el agresor -- era fácilmente reparable después -- por otros medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa. Se sanciona como delito culposo.

El estado de necesidad.- Ha existido entre los autores-- gran confusión al juzgar el estado de necesidad como exclu-- yente de imputabilidad, de culpabilidad o de antijuricidad,-- y en ocasiones un mismo autor afirma las tres categorías.

Jiménez de Asúa escribe: "el estado de necesidad es una causa de justificación basada en el principio de salvaguar-- dar el 'bien de mayor valor", el 'interés preponderante'; el estado de necesidad es una 'causa de justificación', con todas sus consecuencias, es decir, 'causa excluyente de antijuricidad '". (48).

Afirma Porte Petit: "el estado de necesidad funciona como causa de licitud o causa de inculpabilidad, afirmación anterior que tiene su base doctrinal en la valuación de los-- bienes jurídicos en conflicto, pudiéndose originar tres hipótesis: cuando el bien sacrificado es de menor entidad que el salvado, cuando es de igual valor, y por último, cuando el bien sacrificado es de más valor que el salvado, debiéndose-

(48) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 306, Buenos Aires 1967.

concluir que: en la primera hipótesis, se trata de una causa de licitud con base en el principio del interés preponderante; en la segunda, una causa de inculpabilidad, pues no obstante que la conducta que lesiona un bien de igual entidad es antijurídica, no le es reprochable, por la no exigibilidad de otra conducta, y en la tercera, la conducta realizada es delictiva dado que el bien salvado es de menor valor que el sacrificado". (49).

Se ha pensado que se trata de una causa que excluye la culpabilidad.

Villalobos, al ocuparse de la naturaleza del estado de necesidad, afirma "que existe un único caso en que existe -- la excluyente por necesidad". "Si el bien que se salva es mayor que el sacrificado, conforme al principio de la estimación de los intereses en concurso y la manifiesta conveniencia de salvar el más valioso, el agente obra 'jurídicamente', aún cuando haya tenido que sacrificar para ello el bien inferior si no había otra manera de lograr su propósito". (50).

El artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en su fracción IV, alude a la justificante al expresar: "son circunstancias excluyentes de responsabilidad:..... la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave

(49) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 540, México 1969.

(50) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 367, México 1960.

e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y -- menos perjudicial". Del texto legal se infiere: "a) Que se ha ce extensiva la operancia de la excluyente cuando se salvan -- bienes jurídicos propios o de terceros, liquidándose así los problemas de interpretación originados en aquellas legislacio nes que silencian la extensión del estado de necesidad respec to a las personas; y b) que el estado de necesidad opera como 'causa justificante y de inculpabilidad', pues no se limita -- su funcionamiento a los casos de conflicto entre bienes de -- distinto valor, pudiéndose sacrificar bienes de igual entidad. Ello supone, para construir la noción de la causa de justifi cación por estado de necesidad, no perder de vista el crite-- rio de la 'valuación de los bienes en conflicto"'. (51).

Elementos del estado de necesidad: una situación de peli gro, real, grave e inminente; que la amenaza recaiga sobre -- cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); un -- ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

Diferencias con la legítima defensa: nosotros nos adhiri mos a la opinión del maestro Castellanos Tena, quien señala -- las siguientes: "a) en la legítima defensa hay agresión, mien tras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión), y b) la le gítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro legítimo (la reac--

(51) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Me xicano, Parte General, pág. 397, México 1967.

ción, contra-ataque o defensa); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos" (52).

En el artículo 334 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales encontramos un caso específico del estado de necesidad: "aborto terapéutico practicado ante la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada"; en este caso la ley aplica el criterio de la "preponderancia de intereses"; otro caso es el del "robo necesario o de indigente", conocido como "robo de famélico". Este artículo no sólo resulta inútil, en atención a la existencia de la norma del artículo 15, fracción IV, reguladora del estado de necesidad, sino que por su estructura establece una indebida limitación al funcionamiento de la justificante general. (53).

Cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho e impedimento legítimo.- El artículo 15 del Código Penal vigente en su fracción V, señala como "circunstancias excluyentes de responsabilidad": "obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley". Vasconcelos nos ofrece dos casos: "el agente de la autoridad al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el Juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; el actuario, al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento -

(52) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 265, México 1965.

(53) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 309, México 1967.

ha sido decretado legalmente, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, 'no realiza una conducta antijurídica"; y agrega: "en ambos casos se trata de conductas lícitas, autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber" (54).

El artículo 15 del Código Penal vigente, fracción V, también declara "circunstancias excluyentes de responsabilidad", como ya dijimos antes, "el obrar en el ejercicio de un derecho consignado en la ley". En este caso encontramos las lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir; éstas se reglamentan en el artículo 294 en relación con el 289; el primero establece que "las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289 (que tardan en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida) y, además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia"; para el maestro Castellanos Tena constituye una justificante y para algunos autores una "excusa absolutoria". (55).

La doctrina señala como justificantes: el impedimento legítimo, la obediencia debida (obligatoria) y el consentimiento del interesado. El impedimento legítimo lo encontramos re-

(54) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 313, México 1967.

(55) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 272, México 1965.

gulado por la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, de manera que no existirá delito "cuando se contravenga lo -- dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, -- por un impedimento legítimo". La "obediencia jerárquica ordinariamente constituye una causa de inculpabilidad". Desde el Derecho Romano, con limitaciones, se aceptó la exclusión de -- pena para ciertos hechos delictuosos "realizados con consentimiento del interesado, siempre que los mismos no influyeran -- en un Derecho público". (56).

d).- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO. En este delito no encontramos una causa de justificación sino una "genuina excusa absolutoria" (57). Jiménez de Asúa las define: "las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública, es decir, que son motivos de impunidad"; también las conocemos como "perdón legal"; el hecho delictuoso se consuma, se realiza en toda su integridad, existen todos los elementos materiales, subjetivos y normativos del delito, existe "perdón legal por restitución de lo robado". Cuando el valor de lo robado no pase de veinticinco pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia (artículo 375 del Código Penal). "La exoneración de penalidad prevista-

(56) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 324 y ss., México 1967.

(57) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 406, México 1967.

en la ley constituye ejemplo claro de un perdón legal, porque el delito ha existido, la responsabilidad del autor está comprobada y, sin embargo, debido al desistimiento posterior del ladrón, el arrepentimiento que demuestra con la restitución de lo robado, el Código lo exime de toda pena". Los requisitos del perdón legal: "el legislador, conforme a un criterio objetivo, menciona una cantidad mínima (veinticinco pesos), - probablemente porque revela un no exagerado deseo de lucro en el infractor". (58).

"Podría decirse que la depreciación de nuestra moneda ha dejado en la insignificancia el límite fijado hace tantos --- años y por lo demás todas esas condiciones de restitución espontánea, de indemnización y falta de violencia, demuestran - la mente del legislador que quiere referirse a un desliz de poca importancia, del que su autor se ha arrepentido y que sería excesivo y perjudicial sujetar al cartabón de una penalidad sin distinciones y sin finalidad racional". (59). Nosotros nos adherimos a Antonio de P. Moreno pero pensamos con González de la Vega: "puede suceder que el ladrón decepcionado ante el real e inesperado ínfimo valor de la cosa, la devuelva; este sujeto, por su mayor codicia, representa gran peligro para la sociedad y, sin embargo, se beneficia del perdón legal" (60).

El maestro Castellanos Tena denomina a dicha excusa en "razón de mínima temibilidad" y nos dice: "la razón de esta -

(58) Francisco González de la Vega, Manual de Derecho Penal - Mexicano, Los Delitos, pág. 211, México 1966.

(59) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 418, México 1960.

(60) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, - Los Delitos, pág. 211, México 1966.

excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente". Esto creemos con el propio maestro cuando - "el robo se ejecuta sin violencia". (61).

(61) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 350 y 351, México 1965.

CAPITULO QUINTO.

DE LA CULPABILIDAD.

- a).- La imputabilidad y causas de inimputabilidad.
- b).- La culpabilidad y causas de inculpabilidad.
- c).- Las formas de la culpabilidad.
- d).- La culpabilidad en el delito a estudio. Comen
tarios en el delito a estudio.

a).- LA IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.- La -
imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general
del delito.

Es imputable - nos dice Mezger- "el que posee al tiempo-
de la acción, las propiedades personales para la imputación a
título de culpabilidad; imputabilidad - capacidad de compren-
sión". (1).

"Imputar un hecho a un individuo es atribuírsele para hacerle sufrir las consecuencias ; la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad síquica entre el delito y la persona". "Los escritores alemanes - nos dice también Jiménez de Asúa - acostumbran tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad 'sensu stricto', bajo la rúbrica común de culpabilidad, que, en sentido amplio, abarca todos los problemas atinentes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la 'imputabilidad'". - (2)..

La imputabilidad ha sido separada de la culpabilidad considerándola como elemento autónomo del delito como presupuesto de la culpabilidad; algunos autores dan gran importancia a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad; entre éstos encontramos al maestro Castellanos Tena e Ignacio Villalobos..

Estos autores se refieren a la imputabilidad como "capacidad del sujeto".

Villalobos entiende la imputabilidad como "capacidad de conducirse socialmente o de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política"; "como susceptibilidad a la intimidación" o "capacidad para sentir la coacción psicológica que el Estado ejerce mediante la pena"; "como cons

(1) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo II, pág. - 53, Madrid 1935.

(2) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de - Derecho Penal, pág. 325, Buenos Aires 1967.

titudin y funcionamiento psicológicos normales, es algo que lleva implícita una verdadera capacidad de entender y de querer, puesto que entender y querer, al ejecutar un acto antijurídico, es lo que habrá de constituir la culpabilidad". (3).

Nosotros pensamos con Castellanos Tena que: "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". "Imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (4).

Entre los que sostienen la imputabilidad como "presupuesto de la culpabilidad", encontramos a los "sicólogos"; lo predominante en esta teoría es la "relación subjetiva entre el autor y su hecho".

"El concepto de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y la responsabilidad moral; esta doctrina es aceptada por Carrara; la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad síquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito". (5).

Los positivistas negaron el libre albedrío y proclamaron

(3) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General pág. 278, México 1960.

(4) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 280, México 1965.

(5) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, 1967.

el "determinismo"; el hombre es responsable social pero no moralmente; "imputables e inimputables" responden por igual de los hechos ejecutados contrarios a derecho, y respecto a los inimputables se les harán tratamientos adecuados para su educación y curación. En nuestra legislación no existe disposición expresa que establezca clara diferencia entre imputables e inimputables, sin embargo, "se excluye de toda responsabilidad a quienes al realizar el hecho actúen bajo un 'trastorno mental transitorio', en tanto los menores de edad y los locos dementes, idiotas, etc., reciben tratamiento especial al margen de la sanción penal, sujetos a simples medidas tutelares y de seguridad..... sigue siendo válida la distinción, aun cuando la misma no tenga las radicales consecuencias respecto al tratamiento de imputables e inimputables en la orientación clásica, además de ser inexacto el que en códigos de esa estructura no existieran medidas de aseguramiento para los segundos". (6).

"La responsabilidad resulta de la relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias de su conducta señaladas por la ley". De la relación con el Estado pueden tomarse tres momentos: "el relativo a la imputabilidad -- que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significativamente obligación abstracta o general de dar cuenta de los--

(6) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 341, México 1967.

propios actos y de sufrir las consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el correspondiente a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquirido y el Estado". (7).

"Actio libera in causa .- La imputabilidad existe en el momento de la ejecución del hecho, pero las 'acciones libres en su causa' se presentan cuando el autor de un delito doloso o culposamente se coloca en situación de inimputable; ejemplo: la embriaguez. Tal es el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí, sin duda, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario y su resultado, hay un enlace causal". (8).

Las causas de inimputabilidad.- Nos dice Jiménez de Asúa que: "la falta de desarrollo y salud de la mente, así como -- los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber -- esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró". (9).

(7) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General - pág. 280, México 1960.

(8) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 284, México 1965.

(9) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 339, Buenos Aires 1967.

Por su parte Mezger nos dice: "el inimputable actúa sin culpabilidad. La inimputabilidad no es incapacidad de acción, o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad". "Al inimputable le falta una característica de la culpabilidad penal, porque 'su acto puede ser acción y puede ser acción injusta, pero nunca es una acción - injusta culpable'". (10).

"La causa que excluye la imputabilidad será la que suprima, en el sujeto, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos, o que elimine la posibilidad, aún cuando conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a ejecutarse, a tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido (debilidad o impulsiones psicopáticas como la piromanía)". (11).

"La inimputabilidad - nos dice el maestro Castellanos Tena constituye el aspecto negativo de la imputabilidad: las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (12).

(10) Edmundo Mezger, tomo II, Tratado de Derecho Penal, pág. 83, Madrid 1935.

(11) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 400, México 1960.

(12) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 286, México 1965.

En el Código Penal vigente, en el artículo 15 fracción II, se hace referencia en forma exclusiva a los "trastornos de carácter transitorio" que nulifican en el sujeto la capacidad de entendimiento y de voluntad sobre los actos realizados. Se declara en esta fracción, libre de responsabilidad "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 toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

La fracción IV del mismo artículo 15 se refiere como excluyente de responsabilidad "al miedo grave" como causa de -- "inimputabilidad" por caracterizarse como "un trastorno mental transitorio" que suprime en el sujeto el uso normal de -- sus facultades síquicas.

"Nuestro Código en el artículo 15 en su fracción II se refiere a trastornos mentales transitorios, y en el artículo 68 el propio Código dispone: 'los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hallan ejecutado hechos o incurrido en -- omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación o sometidos con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma procederá el -- Juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales'.

Lo establecido en el precepto transcrito debe entenderse que, en relación con los trastornos mentales permanentes, sostiene - erróneamente - la imputabilidad". (13). Esto en relación a las causas legales que anulan la imputabilidad.

"El sistema de nuestro código - nos dice Villalobos -(14) contra lo que puede haber creído, corresponde exactamente a - estos conceptos que, por lo mismo, no hay inconveniente en tomar como claves para su interpretación. Basta leer la declaración categórica del artículo 80., sobre que 'los delitos son intencionales o de imprudencia' y recordar las nociones unánimemente admitidas al respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alienado, aun cuando sean típicamente antijurídicos, 'no constituyen delito', por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; que todo demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aun cuando su excluyente es suprallegal) 'y que sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas'. Sin esta interpretación, si el hecho de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los enfermos se equiparase a las penas, tal medida no podría tener una duración indeterminada, por prohibirlo la Constitución Federal; y tampoco serían practicables los procedimientos libres instituidos para casos menores (también socialmente responsables), ni los reglamentados para los enfermos men-

(13) Fernando Castellanos Tena, *Líneamientos Elementales de Derecho Penal*, pág. 287, México 1965.

(14) Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, pág. 404, México 1960.

tales por los artículos 495 a 499 del Código Federal de procedimientos Penales....aun las personas no avezadas a estos --- achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según lo anterior, enjuiciando a un demente, a un idiota, a un oligofrénico, a un loco o a un enajenado plenamente, el juez tendrá que despojarse de su serena majestad para sentarse frente a esta clase de presos y simular todas esas diligencias encaminadas a tomarle declaración, carearle con los testigos, exigirle protestas y asumir otras muchas actitudes pintorescas en que parecerá entablar una competencia con la desviación mental del enjuiciado".

"Tratándose de la inimputabilidad - nos dice el maestro-Castellanos Tena - son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales". (15).

Eximentes supralegales de imputabilidad: sueño, sonambulismo e hipnotismo; Villalobos (16) considera únicamente el sueño y discrepa de la opinión de Jiménez de Asúa, quien incluye como causas que excluyen la imputabilidad, el sueño y el sonambulismo.

b).- LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.- El antiguo Derecho concedió escasa importancia al elemento subjetivo del delito; para la imposición de la pena se tomaba en ---

(15) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 287 y 287, México 1965.

(16) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 410, México 1960.

cuenta el daño causado, prescindiendo de su causalidad espiritual.

En aquéllos tiempos únicamente había una reacción de venganza ejercida por un individuo o un grupo; aunque se atendiera al resultado únicamente, se quita a la acción su voluntariedad.

"La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio -- que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés, o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa". (17).

Mezger sostiene que para que exista la culpabilidad no basta la relación síquica entre el autor y el resultado; se requiere además una valoración normativa. La valoración normativa consiste en el juicio de valor que al caso se traduce en reproche, por no estar la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. "Culpabilidad no es culpabilidad de la conciencia, sino tan sólo imputación de la acción a una determinada persona como a su causante". "Sin la existencia de una conducta injusta no hay culpabilidad, por ello, y como quiera que todo injusto punible es un hecho aislado ,-

(17) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 272 y 273, México 1960.

también toda culpabilidad penal tiene que ser culpabilidad de un acto aislado". Según esta teoría la culpabilidad es una reprobación jurisdiccional de la conducta, por violar lo exigido por la norma de cultura contenida en el precepto penal. -- "La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad -- personal de la conducta antijurídica; la acción aparece por ello como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente". (18).

Para Jiménez de Asúa puede definirse la culpabilidad "como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica..... la culpabilidad en el más amplio sentido, comprende la 'imputabilidad'".- (19)..

Para el "sicologismo", la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el "normativismo" es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. Esto se infiere de las doctrinas estudiadas.

Las causas de inculpabilidad son las causas que impiden la integración de la culpabilidad; "evidente tautología", nos dice Jiménez de Asúa. De acuerdo con el concepto aceptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará haciendo

(18) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo II, págs. 8 y 17, Madrid 1935.

(19) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, págs. 352 y 353, Buenos Aires 1967.

inexistente el delito en casos en que el sujeto es absuelto - en el juicio de repreche. (20).

"Lo cierto es que la 'inculpabilidad' opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo --- existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia". (21).

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

a).- El error, y

b).- La inexigibilidad de otra conducta.

Tanto la ignorancia como el error son actitudes típicas del sujeto en el mundo de relación, aunque son características diversas. "La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en -- una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo". Para el Derecho los conceptos se identifican, "pues tanto vale ignorar como conocer falsamente". (22).

(20) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 389, Buenos Aires 1967.

(21) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 321, México 1965.

(22) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 379, México 1967.

De los casos de ignorancia encontramos uno en el artículo 15 de nuestro Código Penal vigente en la fracción VI: "Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el inculpaado las ignoraba inculpadamente al tiempo de obrar". "Ejemplo de esta exención podemos encontrarlo en 'la resistencia hecha a una autoridad', 'mientras se ignore positiva y fundadamente el carácter de aquél contra quien se resiste', o en el 'adulterio' cometido por persona soltera que ignora el estado civil de quien concurre al acto". (23).

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

El error de Derecho no produce efectos de eximente, por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. "La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha".(24).

El Ordenamiento de 1931 no reglamenta el error de Derecho. En cuanto al de hecho, señala un caso en la fracción VI del artículo 15 (de ignorancia y no propiamente de error), y otro en la VII, referente a la obediencia jerárquica.(La jus

(23) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 412, México 1960.

(24) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 324 y 328, México 1965.

tificante por obediencia jerárquica se equipara a la de cumplimiento de un deber).

Las eximentes putativas las incluye Jiménez de Asúa dentro del error esencial y nos dice: "hemos preferido llamarlas 'eximentes putativas', porque lo putativo y lo justificativo se excluyen. Son en realidad, términos antitéticos". (25).

Las eximentes putativas son eximentes "supra-legales", - son causas de inculpabilidad, aun cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley. Son "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". (26).

Se señalan como eximentes putativas:

- a).- Defensa putativa.
- b).- Estado de necesidad putativo.
- c).- Ejercicio de un derecho putativo, y
- d).- Cumplimiento de un deber putativo.

"Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de -- las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho-

(25) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 404, Buenos Aires 1967.

(26) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 331, México 1965.

enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta.... el funcionamiento de estas eximentes debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho". (27).

La no exigibilidad de otra conducta, para autores que -- sostienen la teoría "normativista", como Jiménez de Asúa, --- quien nos dice: "de la índole normativa de la culpabilidad, -- que constituye un juicio de reproche, se deduce que "cuando -- no es exigible otra conducta", nos hallamos en presencia de -- una causa general de inculpabilidad". (28).

Villalobos nos dice: "cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales -- resulta humano, excusable o no punible que la persona obre -- en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohi-- bición de la ley o cometido un acto que puede ser aprobado --- propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del -- derecho y con el orden social. Se trata de infracciones cul-- pables cuyo sujeto por una indulgente comprensión de la natu-- raleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser-- eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad-- y el espíritu egoísta y antisocial..... la no exigibilidad -

-
- (27) Francisco Pavón Vaconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, págs. 385 y 386, México 1967.
(28) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 410, Buenos Aires 1967.

de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la consciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos". (29).

El maestro Castellanos Tena nos dice: "por nuestra parte creemos que aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, pues el Código Mexicano se afilia a la teoría sicologista". También nos señala algunas formas de esa no exigibilidad: "el temor fundado, encubrimiento de parientes y allegados; estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad". (30).

c).- LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD.- Tradicionalmente se divide la teoría de la culpabilidad en acciones de dolo y culpa.

Carrara define el dolo como "intención"; "es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley", y señala como elementos del dolo: "conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho o intención de realizarlo";

(29) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 421, México 1960.

(30) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 323, México 1965.

en esta definición no se comprende el "animus nocendi". "En los delitos dirigidos contra el individuo, el ánimo de daño (lesionar el derecho) podrá ser una necesidad para afirmar el dolo, pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces in diferente, porque la determinación de violar la ley envuelve en sí misma la idea de daño social. En una palabra, la falta de 'animus nocendi' puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de no violar la ley. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la 'intención' de dañar..... el primero consiste en la previsión del perjuicio; el segundo en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; lo es siempre indispensable de la primera". (31).

Por su parte Antolisei afirma la existencia del dolo --- cuando el sujeto ha realizado intencionalmente un hecho previsto en la ley como delito, conociendo sus elementos esenciales; rechaza los criterios aislados de la voluntad y la representación. (32).

Mezger afirma que actúa dolosamente "el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado..... el actuar doloso -- exige conocimiento y previsión de los hechos fundamentadores de la pena. No es exigible, en cambio, el conocimiento de --- aquellos hechos que fundamentan la imputabilidad del agente, ni el conocimiento de las condiciones objetivas de la penali-

(31) Francisco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, prefacio a la 5a. Ed. párrafo 69, Buenos Aires 1944

(32) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad. Dr. Franco Guzmán, pág. 182, México 1954.

dad". "Al dolo pertenece el conocimiento de los hechos que -- fundamentan la pena". (33).

Nos dice Jiménez de Asúa que el dolo existe "cuando se -- produce un resultado típicamente antijurídico, con conscien-- cia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las cir-- cunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de -- causalidad existente entre la manifestación humana y el cam-- bio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción-- y con representación del resultado que se quiere o se ratifi-- ca". (34).

"En resumen, el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico..... el dolo contiene un elemento ético, consti-- tuido por la conciencia de que se quebranta el deber, y otro-- emocional o psicológico, consistente en la voluntad de reali-- zar el acto, en la volición del hecho típico". (35).

Existen diversas clasificaciones respecto al dolo; los -- tratadistas hacen diversas clasificaciones; la que nos parece más aceptable es la que hace Villalobos:

Dolo directo: aquel en que la voluntad se encamina direc-- tamente al resultado o al acto típico; es decir, el dolo en -- que hay intención.

Simplemente indirecto: cuando el agente se propone un -- fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza, para lo-- grarlo se han de producir otros resultados antijurídicos que--

(33) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, págs. 87 y 93, Madrid 1935.

(34) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, pág. 365, Buenos Aires 1967.

(35) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, pág. 306, México 1965..

no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo seguro acontecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos -- por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

Dolo indeterminado: cuando el agente del delito no se -- propone causar un daño determinado, sino sólo causar alguno -- para fines ulteriores.

Dolo eventual: admitido únicamente como indirecto; el -- que existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan otros -- diversos o mayores; esta clase de dolo se caracteriza por la -- "eventualidad o incertidumbre" que hay respecto a la produc-- ción del resultado previsto, a diferencia del dolo simplemen-- te indirecto en que hay certeza de que se producirá un resul-- tado no querido, y del dolo indeterminado en que hay la segu-- ridad de causar daño, aunque no se sabe precisamente cuál se-- rá ni importa precisar los cambios posibles, pues el fin de -- la acción es otro y no el daño en sí mismo. (36).

En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federa-- les encontramos que , en el artículo 8o., éste enumera las -- formas de la culpabilidad aunque lo hace "con terminología -- inadecuada"; declara que los delitos pueden ser:"intenciona-- les, y no intencionales o de imprudencia, siendo obvio, en mé-- rito de las ideas expuestas sobre el dolo, que la intención -- no agota el concepto de voluntariedad ni tampoco la volición-- por sí misma resulta eficaz para edificar el concepto de los-- delitos dolosos...": Respecto al artículo 9o., "para nosotros -- nos dice el propio Pavón Vasconcelos- 'resulta innegable --

(36) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte Gene-- ral, págs. 293 y 294, México 1960.

que la ley recoge hipótesis de delitos preterintencionales, - pero ésto no equivale a sostener la admisión en nuestro Derecho de la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, pues ambos asertos son distintos". (37).

"Lo importante - nos dice Villalobos - es que ninguno de los dos preceptos se ajusta a la verdad ni a la razón....nuestro Código no define positivamente el dolo o la 'intención';- tampoco es propio hablar de 'delitos preterintencionales', -- puesto que suponiendo, como se supone, que la intención es -- una especie de la culpabilidad y por tanto uno de los elementos del delito, afirmar que éste es preterintencional es colocar el todo (el delito) más allá de una de sus partes (la intencionalidad)... es evidente que no se trata de un tercer miembro en la división de los delitos o de una tercer especie de la culpabilidad, sino de una forma de presentación del delito, en la cual no puede haber sino una de las dos únicas -- especies de culpabilidad: dolo o culpa". (38).

La segunda forma de la culpabilidad: la culpa, acerca de la cual existen diversas teorías; aquí sólo expondremos algunas.

Para Antolisei "una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre. Y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas. El sujeto no tomó las precau-

(37) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 360, México 1967.

(38) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, págs. 295, 312 y 313, México 1960.

ciones debidas al conducir su automóvil, o hizo una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos que todo perito - en la materia posee. En estos casos, la naturaleza de la culpa está en el obrar negligente, imperito, irreflexivo o sin - cuidado". Antolisei dá a la previsibilidad el carácter de un - juicio, niega que éste constituya "la esencia de la culpa". - (39).

Teoría de la previsibilidad, sustentada por Carrara ---- quien nos dice que: "el elemento esencial de la culpa es la - 'previsibilidad'; afirma que la culpa 'es un defecto de la vo luntad', pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteli gencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no em- - plear éste, 'la reflexión con la cual podía iluminarse y cono cer esas consecuencias siniestras'. La esencia de la culpa -- 'consiste en la previsibilidad del resultado no querido'". -- (40).

La doctrina de Mezger radica en la "referencia anímica"; nos dice: "actúa culposamente quien infringe un deber de cui- - dado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede pre- - ver". (41).

Jiménez de Asúa une los elementos "afectivos de voluntad y representación", más el elemento "intelectual del deber que se desconoce" y nos dice que existe culpa: "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión-

-
- (39) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Delito, trad. Franco Guzmán, México 1954., pág. 460.
(40) Francisco Antolisei, Estudio Analítico del Derecho, pág. 80, México 1954.
(41) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo II, pág.- 171 y ss. Madrid 1935.

del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la -
representación del resultado que sobrevendrá, sino también --
cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento -
decisivo de las actividades del autor, que se producen sin --
querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo... en esta
fórmula va comprendida la culpa con representación (mal llama
da con previsión) y sus diferencias del dolo eventual". (42).

Villalobos sostiene la teoría de la imprudencia o negli
gencia y expresa: "en términos generales se dice que una per
sona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negli
gencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, -
de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se pro
duce una situación de antijuricidad típica no querida directa
mente ni consentida por su voluntad, pero que el agente pre--
vió o pudo prever y cuya realización era evitable por él mis
mo". (43).

Nosotros aceptamos la definición del maestro Castellanos
Tena quien nos dice que existe culpa "cuando se realiza la --
conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un re--
sultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y -
evitable, por no ponerse en juego las cautelas o precauciones
legalmente exigidas". "La conducta humana es necesaria para -
la existencia del delito, constituye el primer elemento de la
culpa; un actuar voluntario positivo o negativo; que esa con
ducta se realice 'sin las cautelas o precauciones exigidas --
por el Estado'; los resultados del acto han de ser 'previsi--

(42) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, págs. 371 y --
372, Buenos Aires 1967.

(43) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte Gene--
ral, pág. 298, México 1960.

bles y evitables' y tipificarse penalmente, y precisa una relación de causalidad' entre el hacer o no hacer iniciales y - el resultado no querido". (44).

La culpa se clasifica en consciente e inconsciente.

Culpa consciente con previsión y representación: cuando el sujeto ha previsto la posibilidad de que se realice un tipo penal, y así ejecuta el acto esperando que esa posibilidad sea negativa.

La culpa es inconsciente: cuando el sujeto activo del delito no previó el efecto de su conducta, debido a la imprudencia o negligencia con que actuó sin dar a la reflexión necesaria el tiempo o la atención requeridos.

En nuestro Código Penal, en el artículo 8o., se clasifican los delitos en "intencionales y no intencionales o de imprudencia". "Indebidamente se emplea el vocablo 'imprudencia' como sinónimo de culpa, a pesar de ser aquélla sólo una especie de ésta. Hablar de 'daño' es desconocer que no todos los delitos lo producen; los hay de peligro y de lesión.... si definió la culpa debió hacer lo mismo con el dolo, o mejor no - definir ninguna de las dos formas". (45).

d).- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO. COMENTARIOS EN EL DELITO A ESTUDIO.- De acuerdo con la teoría que aceptamos acerca de la culpabilidad (sicologista) tenemos: como elementos: "se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se

(44) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, pág. 314, México 1965.

(45) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de - Derecho Penal, págs. 318 y 319, México 1965.

dá preponderancia a motivos personales" (46); existe un apoderamiento, o sea la acción y efecto de apoderarse de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella; este apoderamiento existe "desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la ley no sanciona el caso, otorgando su perdón al agente del delito, siempre y cuando llene las circunstancias siguientes: la) que el valor de lo robado no pase de veinticinco pesos, 2a.) que restituya el ladrón lo robado espontáneamente, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, 3a.) que pague los daños y perjuicios, también antes de que la autoridad tome conocimiento del hecho"; decimos que -- "se dá preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso, porque -- teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber, queriendo sólo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización, sin prescindir en nada de cuanto dicta el capricho o el deseo, aún con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuera el único digno de merecer ...". Por eso la pena es un medio adecuado de prevención y represión; "la conminación penal, por su efecto intimidatorio, tiende a reforzar la motivación favorable a la conducta prescrita por el Estado". (47); pero como vemos en el último inciso, existe un perdón legal; se dá una oportunidad al infrac--

(46) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 273, México 1960.

(47) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 273, México 1960.

tor de eludir la pena, como nos dice González de la Vega: --
"esa medida externa que restringe la posibilidad de perdón legal a los robos de poca importancia, no se compeadece con el hecho frecuente de que los autores del robo obran eventualmente, sin propósito preconcebido de apoderarse de cosas de determinado valor. Puede suceder que el ladrón decepcionado ante el real e inesperado valor ínfimo de la cosa, la devuelva; este sujeto, por su mayor codicia, representa gran peligro para la sociedad y, sin embargo, se beneficia del perdón legal. Como la mayor parte de los rateros al cometer su delito ignoran el precio de las cosas sustraídas, puede resultar que, proponiéndose causar un latrocinio de poca importancia se apoderen de objetos de gran valoración, y por esta circunstancia contingente, ajena a la finalidad perseguida, aun cuando restituyan el objeto no se beneficiarán de la exención de penas. También puede acontecer que el ladrón precisamente arrepentido del grave daño que causó preterintencionalmente, por un desistimiento espontáneo muy meritorio haga la restitución". (48). Para solucionar las diversas hipótesis, quizás hubiera sido preferible no dar al precepto que comentamos especificación en la cuantía, y dejar en general al juzgador la facultad - no la obligación - de perdonar los robos restituidos cualquiera que fuera su importancia, en los casos en que la devolución demuestre ausencia de peligrosidad. En otras palabras, mejor sistema sería substituir el actual perdón legal objetivo, por la facultad de perdón judicial con la obligación de fundar racionalmente su otorgamiento

(48) Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, - Los Delitos, pág. 211, México 1966.

to.

La ley decide dejar fuera de su ámbito represivo la conducta de quien se arrepiente del apoderamiento llevado a cabo, pero circunscribe la excusa a una cantidad que puede calificarse de mínima; requiere también que el robo no se haya efectuado por medio de violencia, que la restitución sea espontánea, reveladora del arrepentimiento y que "pague todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito". Tanto el arrepentimiento como la ausencia de los medios violentos en la comisión del apoderamiento ilícito de la cosa revelan ausencia absoluta de peligrosidad siendo esta la razón de política criminal que llevó al legislador a establecer la excusa.

La pena correspondiente al delito de robo, debe reducirse, cuando se restituya lo robado y se paguen los daños y -- perjuicios, antes de que el delincuente sea declarado formalmente preso. Esta disminución no sólo debe hacerse en robos simples, sino también en los calificados, ya que la ley no hace excepciones; la citada reducción, debe aplicarse, aun cuando el delincuente no haya pagado los daños y perjuicios, si el ofendido no reclama el pago de esta indemnización, y lo hace constar así, expresamente.

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

PRIMERA.- El delito existe desde los más remotos orígenes de la humanidad. Tanto el delito como el derecho -- son connaturales al hombre.

SEGUNDA.- Los regímenes especiales que establece la ley obedecen a razones de orden cultural, incorporadas -- por el legislador.

TERCERA.- El núcleo del tipo del delito de robo es está constituido por la atracción de la cosa mueble, a virtud de un proceso material. El uso de medios mecánicos, de irracionales o de inimputable, puede ser forma de ejecución del delito, aparte del uso de medios propios.

CUARTA.- En las excusas absolutorias se tienen en cuenta la poca cuantía del daño patrimonial y el arrepentimiento del activo.

QUINTA.- En relación con el orden social y económico en nuestros días, son muchos los requisitos y muy poco el interés económico afectado. En nuestra opinión debía ampliarse la excusa a todos los casos de restitución espontánea y probablemente hasta a aquéllos en que la devolución sea hecha identificando al autor del mismo; es probable que se lograría la restitución de la cosa y se evitarían las molestias de un proceso, tanto al autor del ilícito como al propio afectado.

SEXTA.- Creemos que debería establecerse una disposición para el delito de robo (la presencia de la querrela),

lo que permitiría satisfacer con cierta facilidad el interés económico del ofendido; salvo en los casos en que la violencia, empleada como medio, integrara un delito que se sancione con una pena alternativa en que deberían perseguirse de oficio esta clase de delitos; en los demás casos, pensamos que el establecimiento del régimen de querrela sería benéfico por razones de orden práctico. El mantenimiento del régimen jurídico procesal actual, en lo relativo a la perseguibilidad del delito de robo, ha conducido en la práctica a que el pasivo, salvo en casos realmente excepcionales, no recupere el objeto materia del delito; es cierto que hay un interés social en castigar al delincuente, pero también lo hay en que el afectado recupere aquello de que ilegítimamente ha sido desposeído.

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

ANTONISSEI FRANCISCO.- Estudio Analítico del Delito, traducción Dr. Ricardo Franco Guzmán, México 1954.

CARRARA FRANCISCO.- Programa del Curso de Derecho Criminal,- Prefacio a la 5a. edición, Buenos Aires 1944.

CASTELLANOS TENA FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 3a. edición, México 1965.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.- Editorial Porrúa, México 1970.

DE P. MORINO ANTONIO.- Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Delitos en Particular, México 1944.

FONTEAN BALESTRA CARLOS.- Misión de Garantía de Derecho Penal Buenos Aires 1957.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, 8a. edición, México 1966.

JIMENEZ DE ASUA LUIS.- La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, 5a. edición, Buenos Aires 1967. Tratado de Derecho Penal, tomo III, El Delito, Buenos Aires 1965.

MEZGER EDMUNDO.- Tratado de Derecho Penal, traducción José - Rodríguez Muñoz, tomos I y II, Madrid 1955-57.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. edición, México 1967.

PORTE PETIT CANDAUDAR CELESTINO.- Problemática de la Defensa

Legítima o Real, Revista Jurídica Veracruzana XIII. Apun-
tamientos de la Parte General del Derecho, Vol. I, Méxi-
co 1969.

SOLER SEBASTIAN.- Derecho Penal Argentino, tomo I, Buenos Ai-
res 1963.

I N D I C E.

C A P I T U L O P R I M E R O.

DEL DELITO EN GENERAL.

	pág.
a).- Concepto de delito	7
b).- Escuelas que estudian el delito.	13
c).- Teorías que estudian el delito	20
d).- La teoría tetratómica.	24

C A P I T U L O S E G U N D O.

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.

a).- De la conducta en general.	30
b).- Formas de la conducta.	33
c).- La ausencia de conducta.	41
d).- La conducta en el delito a estudio y la ausencia de conducta en este delito	45

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

DE LA TIPICIDAD.

a).- Del tipo en general.	49
b).- Elementos del tipo; el tipo en el delito a estudio	55
c).- La tipicidad	61
d).- La tipicidad en el delito a estudio.	65
e).- Causas de atipicidad y ausencia de tipo.	66

CAPITULO CUARTO.

DE LA ANTIJURICIDAD.

pág.

a).- La antijuricidad en general	72
b).- La antijuricidad en el delito a estudio	81
c).- Las causas de justificación en general.	82
d).- Las causas de justificación en el delito a estudio	103

CAPITULO QUINTO.

DE LA CULPABILIDAD.

a).- La imputabilidad y causas de inimputabilidad.	106
b).- La culpabilidad y causas de inculpabilidad.	114
c).- Las formas de la culpabilidad	121
d).- La culpabilidad en el delito a estudio. Comenta-- rios en el delito a estudio.	128
CONCLUSIONES.	132
BIBLIOGRAFIA.	134