

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE  
ASOCIACION DELICTUOSA**

**T E S I S**  
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE**  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A**  
**MARIA LUISA CERVANTES DE LA TORRE**

**MEXICO, D. F.**

**1 9 7 3**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CON CARIÑO Y RESPETO A  
MIS PADRES:

Ing. Luis Cervantes.  
Profra. Esperanza de la Torre de C.

A MI HERMANO CON CARINO Y AGRADECIMIENTO  
POR SU DECIDIDO APOYO Y AYUDA:

Ing. Luis Cervantes de la Torre.

CON AFECTO A MI SOBRINA CLAUDIA  
Y A MIS HERMANAS:

Susana, Josefina y María del  
Refugio.

Con afecto y respeto para el Sr.

Allen D. Stone,

por su comprensión y estímulo.

AL MAESTRO LIC.  
FRANCISCO GUERRERO PIÑERA,

Con afecto y agradecimiento,  
por sus sabios y acertados -  
consejos en el desarrollo --  
del presente trabajo.

Al Sr. Lic. Carlos J. Alonso Martínez,  
por su ayuda y amistad brindada.

A todos mis maestros con mi  
respeto y afecto por la en-  
comiable labor que desarrol-  
lan en nosotros sembrando  
la semilla del conocimiento  
y el saber.

Con cariño a mis amigos  
y compañeros.

## I N D I C E

	Pág.
PROLOGO	1
CAPITULO I DEL DELITO EN GENERAL.	
1. Concepto	4
2. El Delito en las Escuelas Penales	9
3. Sistemas para el estudio jurídico substancial del delito	12
4. Elementos esenciales del delito	15
5. Nuestro punto de vista	19
CAPITULO II DEL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA	22
1. Antecedentes Legislativos: Código de 1871, 1929, 1931 y Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana.	25
2. Bien Jurídico Tutelado	31
3. Su ubicación en el orden penal positivo.	35
4. Tentativa y participación	40
CAPITULO III ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO A ESTUDIO	52
1. El elemento objetivo.	60
2. Tipo y tipicidad	61
3. Antijuricidad	67

	Pág.
4. Imputabilidad.	70
5. Culpabilidad.	72

CAPITULO IV  
ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE ASO-  
CIACION DELICTUOSA.

1. Ausencia de conducta	79
2. Atipicidad	
3. Causas de licitud	84
4. Causas de inimputabilidad	89
5. Causas de inculpabilidad	94

CONCLUSIONES	101
--------------	-----

BIBLIOGRAFIA	104
--------------	-----

## PROLOGO

Elegí como tema de este breve ensayo, el Estudio Jurídico Substancial del Delito de Asociación Delictuosa, tipificado en el artículo 164 del Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en lo federal; porque siendo la justicia uno de los más altos fines del Derecho, sin apoyar -- propiamente nuestra opinión en Radbruch o en -- Fleur, preferimos referirnos a aquella en lo psicológico de los hombres que constituyen su mundo -- empleando la terminología de Exner. -- En ello radica, estimo, lo dinámico, lo viviente, lo social, lo humano de su ámbito, del derecho que va impetrando su sanción. Escudriñar en los sujetos sus sentimientos e impulsos más profundos, sus ambiciones y exaltaciones, sus carencias y sus ausencias; interiorizarse en todo ello es hacer resaltar, en lo palpitante, el conjunto de factores -- precisamente humanos que convergen en el determinismo de tan complejo mundo.

Y si la justicia constituye --ya lo hemos dicho-- el fin más puro del Derecho, habrá que pensar en éste, como en algo más que unidad de códigos y leyes, ya que como principio informador y subyacente de los mismos, está por encima de ellas y antes que ellas. De ahí que, como disciplina social que es, postule interrelación con las demás disciplinas de su clase, suponga fundamentos en disciplinas básicas y entrañe orientaciones de política previsoras a fin de hacer doble la consolidación y progresiva mejoría de la actividad general y del grupo social.

Lo dicho, nos lleva a la referencia del vértice de la trilogía encarnada por Justicia, derecho

y hombre. Si como depositario de la primera y -- realizador del segundo, el hombre no alcanza las cúspides de la excelstitud y la sublimación de su materia, poco se habrá logrado. La justicia seguirá vistiendo sus mancillados ropajes mundanos y jamás se arrojara en constelaciones de estrellas. Porque la justicia es, por encima de todo, asunto de ética, de austera honestidad y permanente acomodo del derecho a la moral sobre la base de un profundo sentimiento de justicia. También es asunto de cultura, de ilustración, de talento, de noción del derecho dinámico y vivo de los intereses y la realidad, muy por encima del Derecho, palabra fórmula. También es asunto de actividad, trabajo y devota consagración y así, el grave problema que abarca todos los problemas, es eminentemente psicológico. La justicia es asunto de espíritu, de idea, de sentimiento y acto.

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

## CAPITULO I

## DEL DELITO EN GENERAL

	Pág.
1. Concepto.	4
2. El Delito en las Escuelas Penales	9
3. Sistemas para el estudio Jurídico substancia del Delito.	12
4. Elementos esenciales del Delito.	15
5. Nuestro punto de vista.	19

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El proyecto de reformas del Código de 1871, en el artículo 4o. establecía que "Son delitos -- las infracciones previstas en el Libro Tercero de este Código y las demás designadas por la ley bajo esa denominación". Y en su exposición de moti

- 
- (1) Tratado de Derecho Penal, II, p. 254. Ed. - Reus, Madrid, 1927, Trad: Luis Jiménez de -- Asúa.
- (2) Tratado de Derecho Penal, I, p.156, Ed. Rev. - de Derecho Privado, Madrid, 1955, Trad: José Arturo Rodríguez Muñoz.
- (3) La Ley y el Delito, p.223, Editorial Hermes, 2a. Edic. 1954.

vos se expresa: "Se ha considerado necesario cambiar las definiciones de delito y falta que dá el Código, pues se encuentra que los defectos de que adolecen son de gravedad tal, que los vician radicalmente, siendo los principales vicios que se señalan en la definición del delito que da el artículo 4o., los siguientes:

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

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

Y se termina en la Exposición asentando: -- "Estos defectos de la definición parecen provenir, sobre todo, de que el autor se colocó en un punto de vista rigurosamente doctrinario como si hubiera querido definir el delito legal en la cátedra o en un tratado jurídico. El objeto de la definición que se haga en la ley debe limitarse a facilitar la aplicación de los preceptos de la misma-

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

ley, fijando el sentido en que se emplea el término delito, y por eso no es necesario elevarse a las alturas filosóficas". (1)

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

En efecto, la fórmula legal no escapa a la crítica, lo que robustece cuando Ignacio Villalobos afirma: "El estar sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido como se requiere de una definición, pues hay delitos que gozan de una excusa absolutaria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos. Y no señala elementos de lo definido (esenciales o descriptivos), puesto que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestro tiempo para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo.- Una definición descriptiva puede no desentrañar directamente la --

- 
- (1) Trabajos de Revisión del Código Penal de -- 1871, p. 267. México. 1914.  
 (2) La Ley Penal Mexicana, Pág. 39, Ediciones Botas, México 1934.

esencia de la cosa definida sino acumular datos o propiedades de la misma, que a través del tiempo y del espacio, haya la certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos. Por lo demás, decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cual es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales" (1).

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

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

A nuestro juicio, consideramos que la definición de delito que actualmente se preceptúa en el artículo 7o. de nuestro Código Penal es irrelevante, pues únicamente se trata de una noción formal que no reporta ningún contenido técnico-jurídico que pueda justificar su existencia en nuestro ordenamiento penal, siendo válida al respecto

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

la sentencia de ONECA cuando dice: "El Legislador debe abstenerse de definir el delito, pues las definiciones nada enseñan a los documentos ni nada aclaran a los profanos". (1)

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

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

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

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

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

Dentro de la escuela positiva, emerge con gran esplendor, el sabio jurista Rafael Garófalo, quien definió el delito natural como "la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (2)

(1) Cfr. Vida Humana, Sociedad y Derecho, 2a. ed., México 1945, pág. 38.

(2) Cfr. Crimonología, París, 1890, Capítulo I.

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

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

Dentro de la escuela positiva, emerge con gran esplendor, el sabio jurista Rafael Garófalo, quien definió el delito natural como "la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (2)

(1) Cfr. Vida Humana, Sociedad y Derecho, 2a. ed., México 1945, pág. 38.

(2) Cfr. Crimonología, París, 1890, Capítulo I.

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

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

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

La Escuela de Von Liszt señala, como método de la ciencia del Derecho Penal, el lógico abstracto; reconoce que la responsabilidad penal encuentra su necesaria justificación en la imputabilidad del sujeto, entendiendo por tal, la capacidad de éste para comportarse socialmente; el delito es, por una parte, una creación de la ley, mien-

tras por otra, resulta ser un fenómeno social cuya etiología puede ser determinada por estudios - realizados por otras ciencias; las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha contra el delito.

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

#### SISTEMAS PARA EL ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO.

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

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

La tesis totalizadora o unitaria, sostiene que el delito es como un bloque monolítico, es decir, una entidad, que no es susceptible de divi-

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

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

EL DELITO CONSIDERADO COMO ESTRUCTURA. Con frecuencia oímos hablar del delito como estructura, queriendo decir esto, que el delito debe ser conocido en su unidad, no olvidando complementar este procedimiento a través del análisis, es decir, no descuidar el carácter estructural del delito ni mucho menos su fundamentación unitaria, que envuelve al todo y a sus partes y hace precisamente, que el todo sea un todo y las partes, partes de dicho todo. Las aseveraciones anteriores no significan otra cosa que un intento de superación tendiente a determinar el aspecto unitario, de cuyo punto de vista debe estudiarse el delito al igual que en su aspecto analítico, toda vez que el mismo, además de estructurarse con ele

mentos positivos, correlativamente a ellos se presentan los aspectos negativos lo cual quiere decir, que es relevante estudiar el delito, tanto desde el perfil estructuralmente como desde el ángulo de la descomposición individual de sus elementos.

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

Por nuestra parte, siguiendo la trayectoria difundida en México principalmente por el profesor Porte Petit, estimamos el método analítico atomizador como el único idóneo para lograr un entendimiento exacto del delito. Sin el conocimiento integral y profundo de la parte no es posible el del todo; por supuesto no negamos la unidad del ilícito penal; cuando analizamos sus ingredientes jamás olvidamos la natural, la evidente relación entre -

(1) Diritto Penale, Parte Generale, V. 2o. Napoli, 1955, pág. 46 y sig.

ellos. Con acierto, Porte Petit escribe: "reconocemos las más importantes consecuencias que se derivan de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica". -

(1)

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

Dogmáticamente podemos obtener los elementos constitutivos del delito a la luz de un análisis sistemático del artículo 7o. del Código Penal, cuyo precepto legal invocado reza: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; - en efecto, los elementos dogmáticamente extraídos de la definición transcrita son: a) Un acto u omisión, y b).- Estar sancionados por las leyes penales. Naturalmente que con los elementos enumerados resulta incompleto el concepto del delito,

(1) Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, Ed. Mimeográfica, Méx., 1960, pág.121.

toda vez, que no se hace alusión al elemento de la culpabilidad, sin embargo, en el enunciado mismo del artículo 7o. de nuestro Código Penal, se haya implícito dicho elemento por razón de ser uno de los conceptuales del delito. De la misma manera, resulta en relación a la antijuricidad que también se encuentra comprendida implícitamente en la fórmula sintética de la ley, por considerarse igualmente un elemento conceptual al grado de que si una acción u omisión en determinado caso concreto resulta no ser antijurídica, ya sea por mandato expreso de la Ley, o bien por determinadas circunstancias, no podrá hablarse de la existencia de un delito, por cuanto que falta uno de los elementos constitutivos de su contenido conceptual.

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

De lo expuesto concluimos que a la luz de la herméticamente jurídica de los artículos 7, 8, 9 y 15 del Código Penal, se obtiene el concepto dogmático del delito más acertado en la doctrina, al considerarlo como: a) una conducta, b) típica, c) antijurídica, d) imputable, e) culpable, f) que requiere en ocasiones determinadas condiciones objetivas de punibilidad y g) punible. Es decir, en el momento en que se actualiza una conducta, es típica al haber una adecuación a alguno de los tipos que prevé la ley penal; y se presume antijurídica cuando dicha conducta típica no se encuentra bajo la protección de alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 15 de sus co-

rrespondientes fracciones.

Se considera imputable, al no mediar la "excepción regla" de no estar en capacidad de en derecho penal, circunstancia ésta, comprendida en la fracción II del citado artículo 15; en otras palabras que no exista una causa de inimputabilidad.

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

### Concepción Dogmática del Aspecto Negativo del Delito.

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

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

Ausencia de tipicidad. - Hemos considerado que para la existencia del delito, es necesario que haya tipicidad, de tal manera que nos encom-

traremos frente al aspecto negativo de esta relación conceptual, en el caso supuesto de que no haya una adecuación de la conducta o hecho, a alguna de los tipos establecidos por la ley.

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

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

Inculpabilidad.- Nuestro ordenamiento penal, no hace referencia al aspecto negativo de la culpabilidad, pero, aún cuando la ley no lo prevé, podemos aseverar que el error esencial de hecho e invencible destruye la culpabilidad, por lo mismo, debe considerarse como la típica causa de exclusión de culpabilidad. Las hipótesis que se desprenden del artículo 15 del Código Penal son las siguientes: a).- Inculpable ignorancia (art. 15 Frac. VI) b).- Obediencia Jerárquica ( Art. 15 - Frac. VII), c).- Estado de necesidad cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado (Art. 15 Fracc. IV), d).- Encubrimiento entre parientes (Art. 15 Fracc. IX), e).- Art. 151, f).- Art. 154, i).- Aborto por causas sentimentales.

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

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

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

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

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

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

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

Partidarios como somos de una concepción analí

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

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

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

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

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

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

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

Partidarios como somos de una concepción analí

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

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

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

Si bien es cierto que nuestro Código Penal preceptúa en el Artículo 7o. que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", la definición no entraña propiamente un precepto jurídico, por no imponer deberes de cumplimiento inexorable. La pena por lo tanto viene a ser la reacción del Estado con respecto al autor de un hecho típicamente antijurídico y culpable.

Por lo que se refiere a las condiciones objetivas de penalidad, no son de la esencia del ilícito penal; trátase de circunstancias excepcionalmente requeridas por la ley para hacer posible la imposición de las penas al delincuente. Celestino Porté

(1) La Punibilidad y su Ausencia, Criminalía, Pág. 415, XXVI, México, 1960.

Petit dice: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito".

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

## CAPITULO II

## EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA

	Pág.
1. Antecedentes legislativos: Código de 1871, 1929, 1931 y Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana	25
2. Bien Jurídico Tutelado	31
3. Su ubicación en el orden penal positivo.	35
4. Tentativa y participación.	40

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

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

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

En el Digesto, la ley Julia, considera como delito de Lesa Majestad, a la reunión de individuos con fines criminales y encaminados a poner en peligro la seguridad pública o contra el pueblo". (1)

En la ley de las XII Tablas, en el Capítulo de los delitos en el inciso 26 de la VIII tabla se lee:

(1) Digesto. Primera Parte. T. III. Barcelona, Pág. 731. Título IV.

"Prohíbense los grupos sediciosos de noche, - en la ciudad, bajo pena capital".

En el inciso 27 de la mencionada tabla se establece:

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

Eugenio Cuello Galón afirma:

"En el derecho romano, el hecho de pertenecer a asociaciones no autorizadas era penado como crimen extraordinarius" (2).

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

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

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

Y en el artículo 266 se dice:

"Este crimen existe, por el solo hecho de la organización de bandas o de correspondencia entre-

- (1) José Ma. Antequera. Historia de la Legislación Romana, Madrid. 1883, ed. V.
- (2) Eugenio Cuello Galón. Derecho Penal Especial, 9a. Edic. T. IV, Barcelona, 1952, págs. 49, 50 y sigs.
- (3) Los Códigos Penales Concordatos y Comentados, - T. X. Novísima Recopilación, Madrid, 1850, pág. 32.

ellos y sus jefes, o dirigentes, o por medio de convenios que tiendan a dar cuenta o hacer la distribución o participación del producto de las acciones ilegales." (1).

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

### Antecedentes Legislativos

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

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

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

"El solo hecho de asociarse tres o más individuos, con el objeto de atentar contra las personas o contra la propiedad, cuentas veces se le pre

(1) Codes et Lois Usuelles, Paris 1873, Ed. VII, pág. 45.

(2) Blanco y Aburto, Proyecto de Código Penal de Veracruz, Sección XIII, México, 1835, pág.68.

senta la oportunidad de hacerlo es punible en el momento en que los asociados organizan una banda de tres o más personas."

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

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

El Código Penal de 1929 en su artículo 451 dispuso:

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

El artículo 452 perceptuaba:

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

El artículo 453 del citado ordenamiento se refiere a las demás personas que tomen parte en la

asociación, señalando para ellos una pena de cinco meses a cinco años de relegación.

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

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

El actual Código considera a la "Asociación Delictuosa" como una figura autónoma, de carácter formal, ya que por el solo hecho de constituirse en miembro de la asociación, el asociado cae bajo la sanción prevista por la ley, independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o que haya cometido".

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

El artículo 164 del Código Penal vigente manifiesta:

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

De la definición transcrita se infiere que -

el delito que comentamos consta de los siguientes-elementos:

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

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

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

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

Eusebio Gómez afirma:

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

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

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

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

Por tratarse de un delito per se, es independiente de los delitos para cuya ejecución se hubieran concertado los asociados. Se consuma el delito por el solo hecho de la participación de la asociación o banda y no en los delitos concretos que la misma cometiere; como que el delito es de peligro abstracto y doloso.

(1) Eusebio Gómez, Delitos contra la Seguridad Pública, Libro 5o., pág. 225.

(2) II Reato di Associazione a delinquere. Torino. 1933. pág.

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

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

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

"Es preciso, no confundir la concurrencia de delinquentes que establece el art. 13 del Código Penal con la asociación delictuosa que constituye una figura delictiva independiente de los delitos que son su objeto; las legislaciones penales antiguas consideraron como delito las asociaciones formadas con cualquier objeto, religioso, político, literario, sin estar autorizadas por la ley ni permitidos por la Autoridad; pero al consagrarse como derecho del individuo la libertad de asociarse con fines lícitos, la asociación delictuosa consistió en las cuadrillas o bandas organizadas para cometer delitos, lo que se ha conservado hasta la Legislación vigente". (A. J. t. XX, pág. 81).

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

El Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, en su sección tercera bajo el ru

(1) Codigos Penales Iberoamericanos. Estudios de la Legislación Comparada. Vol. I. pág.330.

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

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

#### --- BIEN JURIDICO TUTELADO ---

De suma importancia es determinar el bien jurídico tutelado en el delito de asociación delictuosa. El delito aludido se encuentra comprendido en el Código Penal vigente entre los delitos denominados contra la Seguridad Pública; su objetividad jurídica es según el propio Código la Seguridad pública. Sin embargo, la doctrina no sigue un criterio unánime sobre la naturaleza del bien.

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

trepidantes, por los que se agita una multitud, dí  
cense ofensivos de la tranquilidad pública".(1)

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

El concepto de Carrara, mereció la crítica de Pessina. Para este autor "La seguridad es algo objetivo, no así la tranquilidad, que implica la conciencia de estar seguro. De ahí que un hombre puede estar seguro de toda suerte de peligro, y -- errónea conciencia no sentirse seguro; y a la inversa, un hombre puede, erróneamente creerse seguro de todo peligro mientras corre graves peligros, y mientras la seguridad le falta, vivir tranquilo por la eficacia del error y de la ignorancia sobre las verdaderas condiciones en las cuales se encuentra" (3)

El concepto de Pessina se afianza con relación al delito de asociación delictuosa, el cual -- en modo alguno puede lesionar la tranquilidad subjetiva, toda vez que no tiene propiamente sujeto pasivo. En cambio, la lesión a la seguridad pública es evidente, dado el peligro que para la colectividad humana implica la existencia de una sociedad constituida expresamente para cometer delitos. La ley, -- por consiguiente, al establecer el delito objeto de estudio, tiende a proteger la seguridad colectiva. El delito de referencia puede pretender lesionar derechos individuales, especialmente los de índole patrimonial, como se observa en sus antecedentes históricos pero la circunstancia de que su existencia

(1) Programa Núm. 3014.

(2) Programa Núm. 3014. Nota I.

(3) Elementi di Diritto Penele. Napoli 1883, Vol. -  
2 Pág. 398.

deriva un peligro común ha movido el ánimo del legislador para incluirlo entre los delitos que lesionan la seguridad pública, pues el propósito de cometer delitos que anima a sus componentes, constituye racionalmente considerado, una posibilidad de daño, y por consiguiente, peligran realmente -- los bienes jurídicos de la colectividad.

El delito de asociación delictuosa, no es un delito de daño sino de peligro. Se consuma por el simple hecho de tomar parte en la banda o asociación, con independencia de que se cometan o no los delitos para cuya realización se forma. Ahora -- bien, ¿cuál es el peligro? Para Rocco no es sino la posibilidad del daño. Empero, la doctrina alemana presenta respecto del modo de concebir el peligro, una teoría subjetiva y otra objetiva. Conforme a la primera, el peligro no es más que una representación de la mente humana; es una hipótesis no un hecho; una suposición no una realidad. -- En suma, es una abstracción subjetiva y no una entidad concreta. Conforme a la teoría objetiva, si en determinadas condiciones un fenómeno puede verificarse, si en determinadas condiciones un fenómeno es objetivamente posible. Merkel, uno de los sostenedores de esta teoría, dice que la apreciación de la peligrosidad, como carácter constitutivo del delito, no puede tener lugar sino bajo el supuesto de que, al considerarla estudiamos una -- circunstancia objetiva que ha de ser fijada y determinada en cada caso, y sostiene que esto es tan bién, sin duda, lo que sucede.

El peligro que la ley considera al sancionar el delito de Asociación Delictuosa, es el peligro objetivo, es decir la posibilidad o probabilidad de que sus componentes cometan los delitos que se han propuesto. Podría oponerse a esta afirmación -- la consideración de que los delitos ejecutados por la banda no son otra cosa que la exteriorización -- de una conducta subjetiva y que por lo tanto se -- confunden ambos conceptos subjetivo y objetivo. Se gún nuestro particular punto de vista la cuestión -- carece de sentido. La cominación penal que se ha

deriva un peligro común ha movido el ánimo del legislador para incluirlo entre los delitos que lesionan la seguridad pública, pues el propósito de cometer delitos que anima a sus componentes, constituye racionalmente considerado, una posibilidad de daño, y por consiguiente, peligran realmente -- los bienes jurídicos de la colectividad.

El delito de asociación delictuosa, no es un delito de daño sino de peligro. Se consuma por el simple hecho de tomar parte en la banda o asociación, con independencia de que se cometan o no los delitos para cuya realización se forma. Ahora -- bien, ¿cuál es el peligro? Para Rocco no es sino la posibilidad del daño. Empero, la doctrina alemana presenta respecto del modo de concebir el peligro, una teoría subjetiva y otra objetiva. Conforme a la primera, el peligro no es más que una representación de la mente humana; es una hipótesis no un hecho; una suposición no una realidad. -- En suma, es una abstracción subjetiva y no una entidad concreta. Conforme a la teoría objetiva, si en determinadas condiciones un fenómeno puede verificarse, si en determinadas condiciones un fenómeno es objetivamente posible. Merkel, uno de los -- sostenedores de esta teoría, dice que la apreciación de la peligrosidad, como carácter constitutivo del delito, no puede tener lugar sino bajo el -- supuesto de que, al considerarla estudiamos una -- circunstancia objetiva que ha de ser fijada y determinada en cada caso, y sostiene que esto es también, sin duda, lo que sucede.

El peligro que la ley considera al sancionar el delito de Asociación Delictuosa, es el peligro objetivo, es decir la posibilidad o probabilidad -- de que sus componentes cometan los delitos que se han propuesto. Podría oponerse a esta afirmación -- la consideración de que los delitos ejecutados por la banda no son otra cosa que la exteriorización -- de una conducta subjetiva y que por lo tanto se -- confunden ambos conceptos subjetivo y objetivo. Se gún nuestro particular punto de vista la cuestión -- carece de sentido. La cominación penal que se ha

ce por el legislador a la Asociación Delictuosa, - se hace bajo el supuesto de que los delitos que -- sus componentēs se proponen cometer, son acciones- -dañosas, las cuales por este motivo deben ser evi- -tadas.

Se afirma que el delito de Asociación Delic- -tuosa lesiona el orden público. Sin embargo cuan- -do se trate de fijar el concepto de orden público, la doctrina no adopta un criterio unánime, pronun- -ciándose generalmente en términos de gran confu- -sión y vaguedad.

Sebastián Soler afirma: "El equívoco funda- -mental proviene de que esa expresión tiene, por lo menos, dos sentidos muy distintos de uso constante en el derecho, y además, de que es una expresión - próxima o semejante a otras, en particular a la ex- -presión "orden Jurídico". Se hace necesario fijar previamente esa pluralidad de sentidos, para deter- -minar luego, en el modo más preciso posible cual - de todas las acepciones es la que corresponde al - concepto jurídico del título 8 de la parte espe- -cial". (1)

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

La expresión orden público se emplea por el derecho en general, en referencia a instituciones- -de índole constitucional. Para Sebastián Soler, - sólo teniendo en cuenta esa posible referencia de muchos derechos a las instituciones fundamentales, se puede hablar del orden público, como el conjun-

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

to de principios jurídico-políticos supremos que - determinan una organización jurídica concreta.

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

La Asociación Delictuosa lesiona la seguridad pública y no el orden público. Su objeto es - exclusivamente cometer delitos que lesionen bienes jurídicos que pueden ser comunes al Estado o a los particulares pero nunca delitos que lesionen exclusivamente la seguridad del Estado. De otra manera, no sería posible diferenciar la asociación delictuosa de la conspiración.

#### UBICACION DEL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA EN EL ORDENAMIENTO PENAL POSITIVO.

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

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

Eusebio Gómez, al hacer un estudio de los delitos contra la seguridad pública afirma: "La seguridad pública es la opinión que todos los miembros de una sociedad civilizada tienen de que su vida,-

su integridad corporal y su salud, están bajo el amparo de las leyes o de las instituciones y, por consiguiente, exentos de todo peligro." (1)

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

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

La palabra asociación, proviene del latín -- *Associare* que significa socio (3).

Para el Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española la palabra asociación denota: "Acción de asociar o asociarse, conjunto de los asociados, figura que consiste en decir de muchos, lo

- 
- (1) Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Argentina 1941, T. V. Págs. 19, 22 y 23.
  - (2) Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Argentina 1941, T. V. Págs. 22 y 23.
  - (3) Pedro Felipe Manlau. Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, Madrid, 1881, 2a. Ed. págs. 324 y 531.

que sólo es aplicable a varios o a uno solo". (1)

La palabra delictuosa halla su origen en delito, que significa culpa, crimen, violencia o -- quebrantamiento de la ley. Delictuosa, perteneciente o relativo al delito: "Que implica delito". (2)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, asienta que: "Por asociación, jurídicamente hablando, debe entenderse la unión, el acuerdo permanente y estable entre los asociados, para dirigir su actividad a un fin determinado..." (S. J., t. -- XXXV, págs. 332 y sigs).

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

Diversos ordenamientos hacen alusión también, al concepto de asociación, como la Ley Federal del Trabajo al hablar de los Sindicatos, la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando reglamenta las Asociaciones Mercantiles y la Constitución General de la República, en sus artículos 9, 35 y -- 130 al hacer mención en este último de las Asociaciones denominadas iglesias.

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

(1) Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1950, págs. 158.

(2) Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1950, págs. 524.

que sólo es aplicable a varios o a uno solo". (1)

La palabra delictuosa halla su origen en delito, que significa culpa, crimen, violencia o -- quebrantamiento de la ley. Delictuosa, pertenece o relativo al delito: "Que implica delito". (2)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, asienta que: "Por asociación, jurídicamente hablando, debe entenderse la unión, el acuerdo permanente y estable entre los asociados, para dirigir su actividad a un fin determinado..." (S. J., t. -- XXXV, págs. 332 y sigs).

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

Diversos ordenamientos hacen alusión también, al concepto de asociación, como la Ley Federal del Trabajo al hablar de los Sindicatos, la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando reglamenta las Asociaciones Mercantiles y la Constitución General de la República, en sus artículos 9, 35 y -- 130 al hacer mención en este último de las Asociaciones denominadas iglesias.

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

- (1) Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1950, págs. 158.
- (2) Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1950, págs. 524.

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

La jurisprudencia italiana, ha resuelto que la asociación delictuosa se integra, "por el solo concierto de los asociados para cometer delitos, -- sin que sean exigibles ni una organización, ni el programa específico ni una constitución de jerarquías, ni desde luego, el principio de ejecución -- de los fines determinantes". (1)

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

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

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

---

(1) La scuola positiva, 1925, 2a. Parte. Pág.341.

(2) Tomo LIII pág. 1342.

(3) Tomo LXX Pág. 9 Semanario Judicial de la Federación.

Según Sebastián Soler, "no altera el número-mínimo constitutivo de asociación ilícita, la circunstancia de que algún partícipe resultare impune en la comisión de alguno de los hechos planeados, - por mediar causas personales de exclusión de pena, si el delito se consumase". (1)

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

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

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

Materia de gran controversia en la doctrina, es la discusión de si los delitos que integran el propósito colectivo de la asociación deben ser determinados o indeterminados. Eusebio Gómez opina de la siguiente manera: "cuando la ley exige que - la asociación ilícita esté destinada a cometer delitos, se refiere a delitos indeterminados, de - cualquier naturaleza que sean". (2)

(1) Derecho Penal. Tomo IV, pág. 643.

(2) Derecho Penal, Tomo V, pág. 231.

Según Sebastián Soler, "no altera el número-mínimo constitutivo de asociación ilícita, la circunstancia de que algún partícipe resultare impune en la comisión de alguno de los hechos planeados, por mediar causas personales de exclusión de pena, si el delito se consumase". (1)

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

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

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

Materia de gran controversia en la doctrina, es la discusión de si los delitos que integran el propósito colectivo de la asociación deben ser determinados o indeterminados. Eusebio Gómez opina de la siguiente manera: "cuando la ley exige que - la asociación ilícita esté destinada a cometer delitos, se refiere a delitos indeterminados, de - - cualquier naturaleza que sean". (2)

(1) Derecho Penal. Tomo IV, pág. 643.

(2) Derecho Penal, Tomo V, pág. 231.

Sebastián Soler, por el contrario afirma: - Con respecto a la indeterminación de los delitos propuestos por la asociación, es preciso tener presente que lo que requiere la ley es la pluralidad de delitos, o mejor dicho, de planes. En consecuencia, parece poco feliz la interpretación dada por algunos, en el sentido de que los hechos deben ser indeterminados". (1)

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

-- LA TENTATIVA --

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

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

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

(1) Derecho Penal Argentino, Tomo IV, pág. 647.

idea criminosa después de haber agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir.

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

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

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

Como el Derecho regula relaciones puramente externas de los hombres, la manifestación de las ideas no es incriminable, principio consagrado en la célebre frase de ULPIANO: "Cogitationis poena nemo patitur" y recogido por nuestra Constitución al expresar en su artículo 60. que "La manifestación de las ideas, no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público", sin embargo, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica, como en el caso contemplado en el artículo 282 del Código Penal vigente que sanciona el tipo de amenazas.

La preparación.- Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Son definidos por Sebastián Soler como: "Aquellas actividades que por si mismas son insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado". (1)

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

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

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

La doctrina reconoce que fue el Código llamado de la Carolina dictado por Carlos V, el primero que contiene una definición de la tentativa. La definición la contiene el artículo 178 del Código-

- (1) Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora-Argentina. Buenos Aires, 1956, t. II. pág.216.  
 (2) Manual de Derecho Penal, Parte General, UTEHA, Argentina, 1960, pág. 342.

Carolino que dice: "Así, si alguien se atreve a -- realizar un acto malo mediante algunas obras externas que pueden ser apropiadas para la consumación del acto malo, y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa".

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

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

#### LA TENTATIVA EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA.

En casi unánime el pensamiento de que los delitos de peligro, como el de asociación delictuosa, no admiten quedar en grado de tentativa, en ninguna de sus dos formas (acabada e inacabada). María no Jiménez Huerta dice que, por excepción los delitos de peligro pueden conformar la tentativa, si los actos típicos, sin integrar en plenitud la conducta peligrosa, son en su esencia típicamente idoneos para su realización, lo cual opera cuando los

(1) La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, Editorial Hermes, México, Buenos Aires, 1959, III, Ed. pág. 474.

(2) Tratado de Derecho Penal, I, p. 474 Cía. Argentina de Editores, 1939.

actos ejecutados inician el riesgo al bien jurídico tutelado. (1)

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

### --- LA PARTICIPACION ---

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

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

"Art. 13.- Son responsables de los delitos:

I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.

(1) Cfr. La Tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, -pág. 128.

(2) Derecho Penal, II, p. 97, Ed. Temis, Bogotá - 1954.

II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

III.- Los que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y

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

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

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

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

No debe estimarse que concebir un delito, implique necesariamente la configuración de una conducta típica, toda vez que, el simple pensamiento-criminal no delinque.

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

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

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

El dispositivo legal a que nos hemos venido refiriendo, no hace referencia a los medios, mediante los cuales la inducción pueda llevarse a cabo, a pesar de ello, estimamos que puede realizarse a través de diversas formas; pero que naturalmente impliquen el concurso de una conducta de índole psicológico, que impulse la voluntad de otro hombre a la realización del verbo típico. Ejemplo: la instigación. Los medios a través de los cuales se realiza tal determinación, deben estar exentos de todo género de coacción.

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

MARIANO JIMENEZ HUERTA, nos dice que "la compulsión psíquica que importa la acción de compeler, puede ser contundente, reverencial o jerárquica. Es contundente aquella que se ejerce mediante amenazas de males que impresionan el ánimo; es reverencial la oriunda del temor, respeto o veneración que algunas personas ejercen sobre otras, v. gr.: el padre sobre el hijo y el ministro de una religión sobre los creyentes; y jerárquica, la que autoridades o funcionarios ejercen sobre sus sub-

ordinados". (1)

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

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

e).- INTERVENIR EN LA EJECUCION.- Es posible que en la ejecución material de un delito, intervengan además del sujeto activo primario que realiza la conducta descrita en el tipo, otros sujetos que, si bien participan en actos propios y simultáneos en la ejecución de la conducta principal, no realizan dicha conducta. Es por ello que MARIANO JIMENEZ HUERTA, nos dice al respecto; "Para captar típicamente esta clase de conductas, la fracción II del artículo 13 amplía la base típica de los delitos a los que intervienen en la ejecución de ellos". (3)

(1) La tipicidad, Pág. 190, México, 1955.

(2) La Tipicidad, pág. 191, y 192. México, 1955.

(3) La Tipicidad, Pág. 190, México, 1955.

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

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

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

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

CONCEPTO DE PARTICIPACION.- Para centrar en el lugar debido al problema de la participación, MAGGIORE (1) empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es un subjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de

(1) La Tipicidad, pág. 191 y 192, México, 1955.

personas. El mismo autor afirma: "hay participación cuando fuera de los casos necesarios, concurren varias personas para la producción de un delito". (1)

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

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

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

b).- Teoría de la accesoriadad.- Se considera como autor del delito sólo a quien realiza la conducta descrita en el tipo legal; la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tienen como accesorios, las conductas dependientes siguiendo la suerte de lo principal. El delito producido por varios sujetos, único e indivisible, es resultante de una actuación principal

(1) La Tipicidad, pág. 195, México, 1955.

(2) Derecho Penal II, pág. 96, 5a. Edición. Bogotá. 1954.

y de otro u otras accesorias, correspondientes a -- los partícipes.

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

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

#### -- LA PARTICIPACION EN EL ARTICULO 164--

Del estudio del tipo delictivo, se arriba a la conclusión forzosa de que dada su intrínseca naturaleza de delito plurisubjetivo, rechaza la participación en sentido estricto. En efecto, en páginas anteriores quedó demostrado que el ilícito a estudio, es un delito de peligro que se consuma y en consecuencia se sanciona por el simple hecho de tomar parte en la asociación o banda, con independencia de que se cometan o no los delitos para cuya -- realización se forma, en cambio en la participación,

(1) La ley y el Delito, 2a. Ed. 1954, Buenos Aires, pág. 531.

(2) Tratado de Derecho Penal, Pág. 484, Ed. Buenos Aires, 1939.

se requiere que el hecho acordado tenga un principio de ejecución para ser punible.

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

(1)

---

(1) Tratado de Derecho Penal, pág. 233, Tomo V.

## CAPITULO III

## ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO A ESTUDIO

	Pág.
1. El Elemento Objetivo	60
2. Tipo y Tipicidad.	61
3. Antijuricidad.	67
4. Imputabilidad.	70
5. Culpabilidad.	72

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

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

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

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

Mariano Jiménez Huerta alude al término "conducta" por reflejar mejor el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integran un comportamiento dado (2).

Celestino Porte Petit afirma al respecto: -

- (1) Lineamientos Elementales del Derecho Penal, - 5a. Ed. México, 1969, Pág. 141.
- (2) Panorama del Delito, Imprenta Universitaria, México, 1950, págs. 7 y sigs.

"Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material" (1).

Jiménez de Asúa prefiere la expresión acto, considerando conveniente no hablar de hecho en virtud de resultar éste "demasiado genérico, ya que, como Binding señaló, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito, mientras que por acción se entienden voluntades jurídicamente significativas". El mismo autor rechaza el vocablo conducta, porque se refiere "a una actuación más continuada y sostenida que la del mero acto psicológico que es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad". (2)

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

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

Con toda razón se le ha asignado a la con--

- (1) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, 1969. -- pág. 287.
- (2) Tratado de Derecho Penal, T.III, págs. 292 y 293. Buenos Aires, 1951.

ducta un importante y primario lugar, dentro de la teoría del delito. Para Battaglini la conducta constituye el nudo de la figura del delito y Bernes, estima que la conducta es el esqueleto sobre el cual se configura el delito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Según Mezger, el concepto de causalidad es-  
concepto lógico y no jurídico, por constituir una  
forma de conocer que debe ser entendida como "ca-  
tegoría", es decir, como una posición de la acti-  
vidad de pensamientos por medio de la cual se tra-  
ta de "comprender" las conexiones dentro del mun-  
do de la experiencia" (1).

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

Con lo anteriormente dicho se llega a la --  
conclusión de que dos son las formas de la conduc-  
ta: La acción y la omisión. Ya se hizo notar --  
que la acción consiste en el hacer voluntario y  
que la omisión por el contrario es la inactividad  
voluntaria, aún en los llamados delitos de olvido,  
pues en éstos como acertadamente señala Jiménez -  
Huerta en ellos basta la voluntad de la conducta-  
diversa y aún cuando en algunos casos la inactivi-  
dad corpórea no es querida por faltar en el ins--

(1) Tratado de Derecho Penal, T. I. págs. 224 y-  
, 225. Madrid. 1955.

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

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

Según Mezger, el concepto de causalidad es concepto lógico y no jurídico, por constituir una forma de conocer que debe ser entendida como "categoría", es decir, como una posición de la actividad de pensamientos por medio de la cual se trata de "comprender" las conexiones dentro del mundo de la experiencia" (1).

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

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

(1) Tratado de Derecho Penal, T. I. págs. 224 y 225. Madrid. 1955.

tante dado la voluntad, voluntaria es la conducta antecedente que ocasiona el estado de inactividad.

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

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

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

Celestino Porte Petit dice: "aquí insistimos en la conveniencia de distinguir el acto de la acción, ya que podemos estar frente a un delito unisubsistente, constituida la acción por un acto o ante un delito plurisubsistente, constituida la acción a su vez, por varios actos. En el primer caso, el acto forma la acción, y en el segundo, los actos la constituyen también, siendo en este caso, la acción susceptible de fraccionamiento." (1)

(1) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Págs. 376, Ed. Jurídica Mexicana, 1a. Edición. México, 1969.

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

Se distingue en la doctrina también, el delito plurisubsistente y el delito complejo. Se asemejan en que tanto el delito plurisubsistente como el complejo constan de varios actos y se diferencian que en el primero cada uno de estos actos no constituye delito, en tanto que en el segundo cada uno de estos actos constituye una figura delictiva. Sebastián Soler dice que: "el delito plurisubsistente es fusión de hechos y el delito complejo es fusión de figuras delictivas". (1)

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

(1) Derecho Penal Argentino, T. I. pág. 285. Buenos Aires, 1956.

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

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

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

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

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

(1) Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 5a. Ed., México, 1969, Pág. 132.

delito de fraude y del segundo el delito de disparo de arma de fuego.

— EL ELEMENTO OBJETIVO EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA. —

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

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

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

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

Es un delito permanente, ya que la acción delictiva de los asociados se prolonga voluntariamente en el tiempo. Por eso consideramos que el lapso durante el cual el sujeto pertenece a la asociación, está delinquiendo y hasta que termina tal situación cesa el estado antijurídico.

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

Es por último un delito plurisubjetivo, de concurso necesario, al señalar la ley como mínimos tres individuos.

#### TIPO Y TIPICIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA.

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

De esta manera, el tipo es, el injusto descrito en el ordenamiento jurídico, la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. Por eso, por reprochable que sea una conducta, un comportamiento, si no se encuentra ínsito en la fórmula le

gal no constituirá delito. En consecuencia, no es posible concebir el delito sin tipicidad; ésta viene a ser la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. El tipo expresa con innegable acierto Mariano Jiménez Huerta, es el injusto recogido y descrito en la Ley Penal; la tipicidad consiste en un juicio lógico en donde se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función. (1)

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

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: "El tipo delictivo de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena". (2) En otra ejecutoria se establece, que "bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción con el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse". (3)

(1) Cfr. La Tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, Págs. 42 y 207.

(2) Semanario Judicial de la Federación, CXIX, p. 2887, Cfr.: Semanario Judicial de la Federación, XVI, p. 257, 6a. Epoca. 2a. Parte.

(3) Semanario Judicial de la Federación CXIX, p. 288, Semanario Judicial de la Federación, XVI, p. 257, Sexta Epoca. Segunda Parte.

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

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

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

Fundamentales o básicos.- Cualquier lesión del bien jurídico es suficiente, por sí sola, para integrar el ilícito.- La calificación de un tipo como básico o fundamental, sólo puede hacerse cuando figura en el rubro del Código como centro o médula de otros tipos con él agrupados: el Profesor Mariano Jiménez Huerta dice: "Los tipos básicos constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código. Dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es tipo básico el de homicidio descrito en el artículo 302".

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

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

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

Independientes o Autónomos.- Trátase de tipos con vida propia, sin depender de ningún otro como por ejemplo, el homicidio y el robo simples. Se dirá que los tipos independientes o autónomos se confunden con los fundamentales o básicos, sin embargo la primera clasificación atiende a su existencia per se, en tanto la segunda a su relación con otros tipos de un mismo sistema. Claro está que a veces un tipo tiene a la vez dos atributos de los mencionados, es decir, puede ser independiente y al mismo tiempo fundamental.

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

De formulación casuística.- Son aquéllos en los cuales se describen diversas hipótesis siendo a veces suficiente una para colmar el tipo (alternativamente formados), otras precisan de todas para su configuración (acumulativamente formados). El estupro es casuístico, por prever dos casos di-

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

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

Independientes o Autónomos.- Trátase de tipos con vida propia, sin depender de ningún otro como por ejemplo, el homicidio y el robo simples. Se dirá que los tipos independientes o autónomos se confunden con los fundamentales o básicos, sin embargo la primera clasificación atiende a su existencia per se, en tanto la segunda a su relación con otros tipos de un mismo sistema. Claro está que a veces un tipo tiene a la vez dos atributos de los mencionados, es decir, puede ser independiente y al mismo tiempo fundamental.

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

De formulación casuística.- Son aquéllos en los cuales se describen diversas hipótesis siendo a veces suficiente una para colmar el tipo (alternativamente formados), otras precisan de todas para su configuración (acumulativamente formados). El estupro es casuístico, por prever dos casos di-

versos, a saber: Que el consentimiento para la cópula con mujer menor de 18 años, casta y honesta se obtenga por medio de la seducción o bien, mediante el empleo del engaño; es alternativamente formado, por colmarse el tipo por cualquiera de los dos medios comisivos, es decir, por seducción, o por engaño. En cambio, el artículo 255 contempla un tipo casuístico acumulativo; dice el precepto: "Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión o a quienes no se dediquen a un trabajo honesto, sin causa justificada y tengan malos antecedentes..." Sólo se integra la figura con las dos hipótesis previstas; es insuficiente la demostración de que el agente no se dedica a trabajar honestamente sin justa causa; -- precisa, además, la comprobación de sus malos antecedentes.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho al respecto: "Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón "de su índole fundamental" y por tener plena independencia; los especiales "suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial", de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios "presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan". Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo contiene una referencia al "sujeto activo", de tal manera que sólo pueden cometer este delito aquéllos que reúnan las condiciones o "referencias típicas en el sujeto"; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, de los cuales sólo pueden come-

versos, a saber: Que el consentimiento para la cópula con mujer menor de 18 años, casta y honesta se obtenga por medio de la seducción o bien, mediante el empleo del engaño; es alternativamente formado, por colmarse el tipo por cualquiera de los dos medios comisivos, es decir, por seducción, o por engaño. En cambio, el artículo 255 contempla un tipo casuístico acumulativo; dice el precepto: "Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión o a quienes no se dediquen a un trabajo honesto, sin causa justificada y tengan malos antecedentes..." Sólo se integra la figura con las dos hipótesis previstas; es insuficiente la demostración de que el agente no se dedica a trabajar honestamente sin justa causa; -- precisa, además, la comprobación de sus malos antecedentes.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho al respecto: "Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón "de su índole fundamental" y por tener plena independencia; los especiales "suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial", de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios "presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan". Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo contiene una referencia al "sujeto activo", de tal manera que sólo pueden cometer este delito aquéllos que reúnan las condiciones o "referencias típicas en el sujeto"; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, de los cuales sólo pueden come-

ter las personas que tienen tal calidad". (1)

-- LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA --.

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

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

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

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

Es de formulación precisa y no casuística, porque el legislador enuncia una hipótesis única y

(1) Semanario Judicial de la Federación, T. XV., - pág. 68. 6a. Epoca. 2a. Parte.

no varios modos de ejecutar el ilícito: pertenecer a una asociación o banda de tres o más personas organizada para delinquir.

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

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

#### - LA ANTIJURICIDAD -

Se afirma que un hecho es antijurídico cuando en forma objetiva contradice las normas del Derecho. El delito, escribe Fernando Castellanos Tena, es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica y culpable. (1)

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

Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores-

(1) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, - 5a. Edición. México.

(2) Derecho Penal I.- Pág. 335. 12a. Ed. Barcelona, 1956.

establecida por el Estado. Por eso tiene razón - el erudito profesor mexicano Celestino Porte Petit cuando dice: "una conducta es antijurídica, - cuando siendo típica no está protegida por una -- causa de justificación". (1)

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

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

De esta manera, sin negar a la antijuricidad un carácter unitario, se puede presentar desde un aspecto formal, en tanto el actuar humano - surge oponiéndose al Derecho objetivo y material, en cuanto dicho comportamiento lesiona o hace peligrar los bienes tutelados por la tipicidad.

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

(1) Porte Petit. Programa de la Parte General - del Derecho Penal, pág. 285. México, 1951.

intereses sociales que una y otra (norma y ley) - reconocen y amparan". (1)

--LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA--.

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

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

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

(1) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2a. Ed.- México, 1960. Págs. 249 y sigs.

dico del delito, es la seguridad general, encomendada a la Administración Pública (1).

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

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

#### --LA IMPUTABILIDAD--

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

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

Maggiore dice: "El juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad. El uno es un juicio que recae sobre el hecho, en cuanto afirma que alguno es culpable, el otro es un juicio que tiene por contenido una posibilidad, en cuanto afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable; en aquél, se juzga al hombre como sujeto real; en éste, como sujeto posible". (2)

(1) Código Penal Anotado. 2a. Ed. Pág. 401. México, 1966.

(2) Derecho Penal, I. Pág. 479, Bogotá, 1954.

Al decir del maestro Carrancá y Trujillo, - es imputable quien posee, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente: todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta conforme a las exigencias de la vida en sociedad humana. (1)

Para el distinguido jurista Fernando Castellanos Tena, la imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico pena, que lo capacitan para responder del mismo (2).

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

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

--LA IMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE ASOCIACION --  
DELICTUOSA --.

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

(1) Derecho Penal Mexicano, Ed. Robredo, 4a. Ed.- México, 1955, t. 1, pág. 222.

(2) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. -Ed. México, 1969, Editorial Porrúa, S. A., -- Pág. 208.

-- LA CULPABILIDAD --

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

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

Castellanos Tena concibe la culpabilidad co mo el nexo intelectual y emocional que liga al su jeto con su acto. (1)

Por su parte Ignacio Villalobos estima que la culpabilidad no consiste en la reprochabilidad sino en la actitud psicológica del sujeto; es el desprecio del individuo por el orden jurídico y -- por los mandatos y prohibiciones que tienden a -- constituirlo y conservarlo, desprecio manifestado por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios de seos, en la culpa. (2)

El discutido maestro y gran jurista Celestino Porte Petit, afirma que la culpabilidad con bá se psicológica "consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir -- que contiene dos elementos: uno volitivo, o como

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

(2) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2a. Ed.- 1960, pág. 272.

lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos queres; de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". (1)

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

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

Jiménez de Asúa, dice que es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad--personal de la conducta antijurídica. (2)

La culpabilidad, normativamente considerada afirma Luis Fernández Doblado, no es solamente una liga psicológica entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del sujeto; es algo - más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico; considerada como reprochabilidad de la conducta del individuo al come-ter el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber (3).

Carlos Fontan Balestra, critica la concepción normativa de la culpabilidad, pues según dice, afirmar que la culpabilidad es un juicio de reproche equivale a sostener que el agua no es só lo oxígeno, sino también hidrógeno, lo cual es -- verdad, dice, más no es dable pasar de ahí a la afirmación de que el agua es hidrógeno; del mismo

(1) Celestino Porte Petit. Importancia de la -- Dogmática Jurídico Penal, pág. 49.

(2) La Ley y el Delito, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1957, pág. 10 y sigs.

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

lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos queres; de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". (1)

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

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

Jiménez de Asúa, dice que es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad--personal de la conducta antijurídica. (2)

La culpabilidad, normativamente considerada afirma Luis Fernández Doblado, no es solamente una liga psicológica entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del sujeto; es algo - más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico; considerada como repro-chabilidad de la conducta del individuo al come--ter el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber (3).

Carlos Fontan Balestra, critica la concepción normativa de la culpabilidad, pues según dice, afirmar que la culpabilidad es un juicio de reproche equivale a sostener que el agua no es sólo oxígeno, sino también hidrógeno, lo cual es --verdad, dice, más no es dable pasar de ahí a la afirmación de que el agua es hidrógeno; del mismo

(1) Celestino Porte Petit. Importancia de la -- Dogmática Jurídico Penal, pág. 49.

(2) La Ley y el Delito, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1957, pág. 10 y sigs.

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

modo, continúa el mismo autor, cuando se expresa que la culpabilidad no es únicamente una relación psicológica, sino también una actitud reprochable no puede censurarse; pero de ello llegar a sostener que la culpabilidad es un juicio de reproche, significa reemplazar el objeto valorado por el -- juicio de valor, "la culpabilidad es una actitud-subjetiva reprochable, pero no es reproche de una actitud subjetiva". (1)

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

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

EL DOLO.- Miguel Garcilópez lo define como la consciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la norma penal (2).

Luis Jiménez de Asúa lo estima como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el -

(1) Cfr. El Elemento Subjetivo del Delito, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957, pág. 10 y sigs.  
 (2) Derecho Penal, Parte General, 1a. Ed. Madrid, 1940, pág. 142.

mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica (1).

Giuseppe Maggiore, lo considera como la intención de causar un hecho antijurídico (2).

Para Fernando Castellanos Tena el dolo consiste en el actuarlo, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico (3).

El anteproyecto de Código Penal del año de 1958, expresa en su artículo 80. que son dolosos los delitos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado sino lo necesariamente unido al querer del agente.

El proyecto de Código Penal Tipo de 1963 expresa en su artículo 12, que el delito es doloso, cuando el agente quiere o acepta el resultado, o cuando éste es consecuencia necesariamente unida a la conducta == realizada.

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

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

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

DOLO EVENTUAL.- Existe cuando el agente se repre

- (1) La Ley y el Delito. Ed. Hermes, B. Aires, 1954, págs. 392 y 393.
- (2) Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1954, T. I. pág. 576.
- (3) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. - Ed., México, 1969, Pág. 228.

senta como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

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

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

LA CULPA.- Para Edmundo Mezger actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición -- del resultado (1). Para Ricardo C. Núñez es una omisión de cuidado en el obrar o en el omitir, por que sin la inobservancia de un deber que lo prohiba, el descuido no es reprochable (2).

Según Eusebio Gómez, un delito es culposo -- cuando el resultado determinante de la acción no ha sido previsto ni querido por quien lo realiza -- sin la intención de producir lesión jurídica alguna; ese resultado deriva de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas; entre la acción u omisión del autor debe mediar, necesariamente una relación directa. (3)

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

(1) Cfr. Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1949, t. II, pág. 171.

(2) Derecho Penal Argentino, Ed. Omeba, Buenos Aires, s/f. t. II pág. 75.

(3) Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1939, t. I. pág. 447.

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

Diversas Especies de Culpa.- Dos son las especies principales de la culpa; consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

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

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

En el artículo 80. de nuestro Código Penal, se hace alusión a la culpa empleando el vocablo imprudencia, término que tan sólo abarca una especie de aquélla.

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

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

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

Por otra parte, se afirma que en el delito preterintencional hay dolo respecto del resultado querido y culpa respecto del resultado producido.- Postura ésta que no compartimos, en virtud de que el dolo y la culpa son formas antitéticas que se excluyen recíprocamente, y por lo tanto no es posible que converjan respecto a una misma conducta.

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

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

(1) La Culpabilidad y su Aspecto Negativo, Criminología XXII.- México, 1956, No. 7, págs. 458 y -- 463.

## CAPITULO IV

## ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE ASOCIACION DELICTUOSA.

1. Ausencia de Conducta
2. Atipicidad.
3. Causas de licitud.
4. Causas de inimputabilidad.
5. Causas de inculpabilidad.
6. Tesis sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

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

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

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

valiera. (1)

Dice el maestro Celestino Porte Petit: "El Código Mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula *nullum crimen sine actione*". (2)

En el sueño, en el hipnotismo y en el sonambulismo se hallan ausentes las fuerzas inhibitorias y suprimida, como dice Pavón Vasconcelos, la conciencia del sujeto. (3)

Un movimiento reflejo tampoco permite la aparición de la conducta en razón de su involuntariedad; sin embargo, debe recordarse la autorizada opinión de Enrico Altavilla, en el sentido de que aún en los actos reflejos es doble la conformación del delito cuando el agente, antes del surgimiento del movimiento, estuvo en condiciones de retardarlo un instante suficiente para evitar los resultados típicamente antijurídicos. (4)

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

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

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

(2) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 35.

(3) Cfr. Apuntes de Derecho Penal, Ed. Mimeográfica, México, 1959.

(4) Cfr. La Culpa, Bogotá, 1956, pág. 86.

valiera. (1)

Dice el maestro Celestino Porte Petit: "El Código Mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula *num nullum crimen sine actione*". (2)

En el sueño, en el hipnotismo y en el sonambulismo se hallan ausentes las fuerzas inhibitorias y suprimida, como dice Pavón Vasconcelos, la conciencia del sujeto. (3)

Un movimiento reflejo tampoco permite la aparición de la conducta en razón de su involuntariedad; sin embargo, debe recordarse la autorizada opinión de Enrico Altavilla, en el sentido de que aún en los actos reflejos es doble la conformación del delito cuando el agente, antes del surgimiento del movimiento, estuvo en condiciones de retardarlo un instante suficiente para evitar los resultados típicamente antijurídicos. (4)

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

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

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

(2) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 35.

(3) Cfr. Apuntes de Derecho Penal, Ed. Mimeográfica, México, 1959.

(4) Cfr. La Culpa, Bogotá, 1956, pág. 86.

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

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

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

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

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

realidad en toda atipicidad hay falta de tipo, - pues si la conducta no se amolda de modo exacto, con la descripción en abstracto hecha en la ley, significa que respecto de tal comportamiento específico no existe tipo.

Los estudiosos señalan como causas de atipicidad las siguientes:

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

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

III.- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo. La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de tal suerte que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. Como sucede cuando el -

legislador exige que el comportamiento se realice (en despoblado o en paraje solitario), artículo - 286. (En lugar cerrado), artículo 381; (en casa-habitación), artículo 381 bis.

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

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

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

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

En el delito materia de análisis, las cau--

sas de atipicidad son muy raras, por tratarse en primer lugar, de un delito de mero peligro abstracto y en segundo lugar porque la ley no señala medios comisivos, pues cualquier forma de participación en la *societas sceleris* es eficaz para colmar la descripción del artículo 164, ya que el hecho mismo de participar en una organización con las características requeridas, llenan el aludido tipo, independientemente del medio usado por el socio.

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

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

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

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

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

Como lo antijurídico lo establece la ley expresamente en los tipos penales, su eliminación sólo puede hacerla, en consecuencia, la propia ley, de aquí que no puedan existir eximentes de antijuricidad supralegales. Nuestra legislación reconoce como causas de licitud las siguientes: - La legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado), el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignados en la ley y - el impedimento legítimo.

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

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

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

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

(1) Cfr. La Ley y el Delito. Ed. Hermes, B. - - Aires, 1954, pág. 311.

(2) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Jurídica Mexicana; 1a. Edición, - - 1969, pág. 501.

do por ésta.

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

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

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

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

La ley, en la fracción IV del artículo 15, erige una excluyente de responsabilidad: "La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o-

---

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

o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

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

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

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

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

LAS CAUSAS DE LICITUD EN EL ARTICULO 164.--  
 Después del análisis somero de las causas de justificación o de licitud, toca ahora contemplar estas referidas concretamente al delito de asociación delictuosa. Por lo que se refiere a la defensa legítima es difícil pensar en el caso de que un sujeto, a fin de repeler una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente para sí o para un tercero, tenga que hacerse socio de una banda organizada con el exclusivo propósito de llevar a cabo delitos; en consecuencia, queda descartada, en la especie, dicha justificante.

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

Se nos viene a la mente, una hipótesis en la cual, para cumplir un deber, la persona se ve presionada a figurar como miembro de una asociación delictuosa; aún para ejercer una facultad conferida legalmente.

-- Hipótesis --

Cuando a un individuo miembro de la policía se le asigna como deber a cumplir el descubrir y apresar al jefe de una banda de delincuentes que se dedican a estafar y robar a las personas y para ello tiene que mezclarse con el grupo en cuestión y para ganarse la confianza de éstos tiene que participar en los latrocinios y fechorías que cometan los aludidos.

LAS CAUSAS DE LICITUD EN EL ARTICULO 164.--  
 Después del análisis somero de las causas de justificación o de licitud, toca ahora contemplar estas referidas concretamente al delito de asociación delictuosa. Por lo que se refiere a la defensa legítima es difícil pensar en el caso de -- que un sujeto, a fin de repeler una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente para sí o para un tercero, -- tenga que hacerse socio de una banda organizada -- con el exclusivo propósito de llevar a cabo delitos; en consecuencia, queda descartada, en la especie, dicha justificante.

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

Se nos viene a la mente, una hipótesis en la cual, para cumplir un deber, la persona se ve presionada a figurar como miembro de una asociación delictuosa; aún para ejercer una facultad -- conferida legalmente.

-- Hipótesis --

Quando a un individuo miembro de la policía se le asigna como deber a cumplir el descubrir y apresar al jefe de una banda de delincuentes que se dedican a estafar y robar a las personas y para ello tiene que mezclarse con el grupo en cuestión y para ganarse la confianza de éstos tiene -- que participar en los latrocinios y fechorías que cometan los aludidos.

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

### --LA INIMPUTABILIDAD--

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

Tra<sup>ta</sup>ndose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal, son a nuestro entender, las siguientes:

- I.- Estados de inconsciencia. (Permanentes y transitorios).
- II.-El miedo grave.
- III.-La sordomudez.

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

Indudablemente los casos planteados por el-

precepto son de ausencia de imputabilidad; sin embargo, el Código Penal sólo se refiere a los trastornos mentales transitorios para excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones ejecutan hechos típicos del Derecho Penal. Ceniceros y Garrido, en la Ley Penal Mexicana, después de referirse a las soluciones apuntadas en las escuelas clásicas y positivista, con relación a los enfermos, así como señalar los inconvenientes de adoptar una u otra, en razón del impedimento constituido por nuestro sistema constitucional, terminan por aceptar, como la "menos mala", a la adoptada por el legislador de 1929, esto es, la de la "responsabilidad social". No obstante tal afirmación, cabe reflexionar si, como la pretendieron los autores de la ley, efectivamente existe dicha responsabilidad social. Declarar de plano la inimputabilidad de los enajenados y retrasados mentales (trastornos mentales permanentes) no equivale a desatenderse socialmente de ellos, pues existe la posibilidad de la imposición de restricciones tales como la internación en establecimientos adecuados para su vigilancia y curación como auténticas medidas de seguridad, cuya naturaleza es bien diversa a la de las sanciones penales. Lo que se evidencia cuando el maestro Villalobos afirma: "Basta leer la declaración categórica del artículo 8, sobre que los delitos son internacionales o de imprudencia, y recordar las nociones unánimemente admitidas respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alienado, aún cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; todo demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aún cuando su excluyente sea supralegal); y 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 equipararse a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada, por prohibirlo nuestra Constitución Federal..." (1)

(1) Derecho Penal Mexicano, pág. 404 y sigs. 2a. Edic. Porrúa. 1960.

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

Por lo que hace a los trastornos mentales transitorios, nuestro Código Penal dentro del cuadro de las excluyentes de responsabilidad concretamente en el artículo 15, fracción II, se refiere a ellos cuando dice: "hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, por un estado toxicoinfeccioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio."

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

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

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

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

Con relación a los sordomudos, el artículo 67 de la ley dispone: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuelas o establecimientos especiales para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción". A pesar de la redacción del precepto en donde parece que los sordomudos son "socialmente responsables", consideramos que de los términos del mismo dispositivo dedúcese la inimputabilidad de quienes carecen del oído y la palabra, porque no se les aplican penas, sino medidas educacionales.

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

--LA INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE -  
ASOCIACION DELICTUOSA--.

En el delito que nos ocupa para la integración de la culpabilidad es necesario, demos--

trar la imputabilidad del sujeto partícipe de la banda criminal. Todo individuo (mayor de dieciocho años) con sanía psíquica, poseedor del mínimo de salud y desarrollo mentales para poder autodeterminarse, es capaz de culpabilidad en el delito que nos ocupa. De tal suerte que sólo operando - algún factor suficientemente idóneo para anular - la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) impedirá el nacimiento del delito. En la especie es - dable admitir como causas de inimputabilidad y, - por ende, excluyentes de responsabilidad, los estados de inconsciencia transitorios a que se refiere la fracción II del artículo 15 del Código - Penal. Un sujeto, bajo el influjo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, accidental e involuntariamente empleadas, puede constituirse - en miembro de una sociedad organizada para delinquir. Sin embargo, surge el problema, en el ejemplo, de la falta de permanencia de la agrupación, pues evidentemente el individuo, al recuperar la consciencia de sus actos, dejará de pertenecer al grupo, lo mismo se puede afirmar respecto a los - enajenados mentales permanentes y a quienes se encuentran bajo una situación de miedo grave.

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

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

--LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE -  
ASOCIACION DELICTUOSA--

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología según expresión de Jiménez de Asúa.

Llenan el campo de la inculpabilidad, el error y la no exigibilidad de otra conducta. El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad, es una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación.

La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha manifestado que "el hecho de que no se consigne en el catálogo de las excluyentes, la ausencia de culpabilidad como circunstancia que impide la incriminación no significa que no pueda dictarse sentencia absolutoria, pues, sin necesidad de crear la excepción mediante la correcta interpretación del artículo 80. del Código Penal, puede dictarse sentencia absolutoria partiendo del principio que del mismo se desprende, y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito". (1)

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

El error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación; en tal virtud, únicamente nos ocu-

(1) Boletín de Información Judicial. t. XI, pág. 648.

paremos del error de hecho esencial que es el -- único que puede anular la culpabilidad.

Porte Petit, escribe: "El error esencial de hecho para tener efectos eximentes debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Error esencial, nos dice Vannini, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal. O como enseña Antolisei, el error que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito. En concreto, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo". (1)

Luis Jiménez de Asúa, afirma que: "El error de hecho es el más característico motivo de inculpabilidad, que los códigos reconocen y en muchos de ellos se deriva de la interpretación sistemática puesto que no mencionan el error como causa eximente." (2)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: "La culpabilidad como proceso psicológico reprochable, entraña la presencia del dolo o de la culpa. Como el dolo es voluntad del resultado y conciencia de la antijuricidad de la acción, no puede afirmarse que se dé, si es que en el sujeto existió un error invencible que impida la conciencia de la antijuricidad del acto" (3).

(1) Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, pág. 52.

(2) La Ley y el Delito, pág. 430, 2a. Edición - 1954.

(3) Boletín de Información Judicial, t. X, pág. 66.

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

Edmundo Mezger la define de la siguiente manera: "No procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular, no se le puede exigir otra forma de actuar". (1)

En el delito a estudio puede pensarse en la posibilidad del error esencial de hecho, invencible. Un sujeto, v. gr., se hace admitir como miembro de una agrupación de criminales que ha sido instituída con el exclusivo propósito de delinquir, más creyó por error de consideración, que se trataba de una asociación con fines lícitos; se trata de un miembro del grupo a pesar de considerarse él mismo miembro del grupo.

En el caso de que un inferior, desconociendo a virtud de insuperable error la ilicitud del mandato superior, se hace miembro de la sociedad sceleris, funcionaria una causa de inculpabilidad.

En cuanto a la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, tal vez sea dable en el delito de asociación delictuosa en los casos de temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del miembro de la sociedad sceleris. Si a una persona que no tiene el menor propósito de formar parte de una banda criminal, se le amenaza seriamente con causarle graves daños a ella o a sus seres queridos, a menos que forme parte de la agrupación, al aceptarlo, bajo los efectos de tal situación, evidentemente care-

(1) Edmundo Mezger, Derecho Penal, Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina 1958, pág. 272.

ce de culpabilidad; su conducta no es reprochable porque el estado no puede exigirle un comportamiento diverso.

TESIS SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA  
DE LA NACION.

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

"ASOCIACION DELICTUOSA".- Conforme al ar-- tículo 164 del Código Penal del Distrito, el deli-- to de asociación delictuosa se integra al tomar -- participación de una banda, tres o más personas, -- cuando aquélla está organizada para delinquir; -- pues según lo expresa la jurisprudencia de la Su-- prema Corte se requiere un régimen determinado -- con el fin de estar delinquiriendo y aceptando pre-- viamente por los componentes del grupo o banda, -- es decir, debe existir jerarquía entre los miem-- bros que la forman, con el reconocimiento de la -- autoridad sobre ellos, del que manda, quien tiene medios o manera de imponer su voluntad; este deli-- to difiere esencialmente de la participación múlti-- ple o coparticipación en la realización de un -- hecho antijurídico, porque en este supuesto, aun-- que las infracciones se repitan, surgen de momen-- to, pero quedan aisladas una de otra; y en el ca-- so de la asociación, el propósito de delinquir -- persiste en los miembros de la banda que se des-- pliegan a las decisiones del jefe; y si uno de -- los acusados acudió al sitio en donde se preten-- día cometer el delito, su responsabilidad surge -- por el acuerdo previo de entre él y los demás co-- partícipes, pues la presencia de ellos refleja la actitud intimidatorio asumida por todos y encami-- nada a lograr los propósitos ilegales". Semana-- rio Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Volu-- men LXXV, Página 8762.

"ASOCIACIONES DELICTUOSAS". Los elementos-- constitutivos del delito de asociación delictuosa

son: que se prueba plenamente el hecho de que el indicado, mediante un acuerdo previo, forma parte de una banda; que esa banda o asociación está integrada por lo menos por tres personas; que está organizada, esto es, tenga un carácter más o menos permanente con régimen establecido de antemano, con el fin de ejecutar actos delictuosos y -- con una jerarquía. "Semanao Judicial de la Federación, A Sexta Epoca. Volumen XL, 1a. Sala, México 1960, pág. 16.

"ASOCIACIONES DELICTUOSAS": La autoridad responsable, procedió con acertado criterio jurídico, al declarar al reo culpable del delito de asociación delictuosa ya que según su confesión y la de los demás copartícipes, se organizó una banda para delinquir, en la que se designaron jefes, teniendo los demás partícipes señalada la actividad que debían desplegar al cometerse los robos, de tal manera, que en la especie resultaba perfecta la organización de la banda, ya que bajo la dirección de sus jefes concebían el delito, conviniendo en el procedimiento que habían de seguir para lograr su propósito delictivo, distribuyéndose las funciones dentro de una innegable jerarquía en la que había jefes o subordinados, pues ya se sabe que tales circunstancias caracterizan el delito de asociación delictuosa". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XLI, 1a. Sala, México, 1960, pág. 11.

"ASOCIACIONES DELICTUOSAS: Si con anterioridad a los hechos que motivaron su procesamiento, los acusados se habían dedicado a robar, comandados o jefaturados por uno de ellos, quien se encargaba de repartir entre los miembros de la banda el dinero obtenido, debe concluirse que el delito de asociación delictuosa quedó debidamente integrado". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XIV, 1a. Sala, México, 1960, pág. 57.

"ASOCIACION DELICTUOSA: Si dos personas se

asociaron con el reo, para cometer robos en los -  
automóviles que se encontraban estacionados, y -  
en esa asociación o unión, que tenía un carácter-  
de estabilidad y permanencia aparece como direc--  
tor a quien se entregaban los objetos robados y -  
repartía las utilidades, el citado reo, la senten-  
cia reclamada que ordenó a los acusados por el de-  
lito de asociación delictuosa, es legal y no vio-  
latoria de garantías". Semanario Judicial de la  
Federación, Sexta Epoca, Volumen XXXIV, 1a. Sala,  
México, 1960, pág. 12.

## CONCLUSIONES

- I. De los diferentes sistemas que se ocupan del estudio del delito, es el de la teoría atomizadora, el que consideramos el más adecuado, ya que analiza con rigor científico el perfil intrínseco de cada uno de los componentes del ilícito penal sin perder de vista la unidad del mismo.
- II. De la teoría atomizadora estamos de acuerdo en considerar la postura tetratómica como la más acertada, admitiendo como elementos esenciales del delito la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.
- III. Estamos concientes de que la descripción que nos da el Código Penal y las Leyes Penales - Especiales, son tipos penales y no delitos, - pues sabemos que el delito pertenece al mundo fáctico, ya que en tanto una conducta no se adecúa a lo preceptuado en el dispositivo legal, no habrá delito.
- IV. Al realizar el estudio del delito motivo de este ensayo, llegamos al convencimiento de que su redacción es confusa, por lo que proponemos sea reformada y se adopte la fórmula sintética que recoge el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.
- V. Cuando abordamos el tema referente al bien jurídico tutelado, dijimos que el delito de asociación delictuosa se consuma por el sim-

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

- VI. No es necesaria la jerarquía para que el delito de asociación delictuosa se integre debidamente, pues de lo contrario el Código Penal, señalaría de manera específica la jerarquía entre los miembros integrantes de la asociación y sólo indica que comete el delito quien participa en una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir. En apoyo de nuestra opinión diremos que el mencionado ordenamiento no hace una distinción respecto a la aplicación de las sanciones, fijando para todas una sola, consistente en prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos. Si la jerarquía fuese elemento constitutivo, el legislador tendría que señalar diversas sanciones entre los organizadores y los simples partícipes.
- VII. El legislador mexicano ubica correctamente el delito de asociación delictuosa entre los delitos contra la seguridad pública, ya que ésta viene a ser la confianza social entre un orden de paz, nacido del equilibrio de los diversos bienes jurídicos y la existencia de sociedades constituídas expresamente para cometer delitos, causa gran alarma social.
- VIII. En orden a la conducta, nuestro delito se clasifica como de acción, conforme al resultado es formal o de resultado jurídico, per

manente y de peligro. En orden al tipo se clasifica como básico o fundamental, autónomo e independiente, de formulación libre, simple y anormal, es plurisubjetivo y de concurso necesario.

- IX. El delito de asociación delictuosa puede cometerse únicamente en forma dolosa en razón de ser de predominante actividad.
- X. No opera la vis absoluta, ni la vis compulsiva; la atipicidad se presenta cuando no se reúne el número de personas que requiere el tipo; es posible admitir los estados de inconsciencia transitorios, el error de hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra conducta por fundado temor.

## BIBLIOGRAFIA

1. ALTAVILLA, ENRICO. LA CULPA. BOGOTA 1956.
2. ANTEQUERA, JOSE MARIA. HISTORIA DE LA LEGISLACION ROMANA, MADRID, 1883, ED. V.
3. ANTOLISEI, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL UTHEA, ARGENTINA, 1960.
4. BLANCO Y ABURTO. PROYECTO DE CODIGO PENAL - DE VERACRUZ. SECC. XIII, MEXICO 1836.
5. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. ED. ROBREDO, 4a. ED. MEXICO 1955, TI.
6. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. ED. 6a. ED. MEXICO, 1962. TI.
7. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. 2a. ED. 1966.
8. CARRARA, FRANCISCO. PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL. ED. TEMIS, BUENOS AIRES, 1956, VOL. I, PARRAFO 21.
9. CARRARA, FRANCISCO. TEORIA DE LA TENTATIVA Y DE LA COMPLICIDAD. PARRAFO 193.
10. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA, REVISTA CRIMINALIA. PAG. 415, XXVI, MEXICO 1960.
11. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS -- ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, MEXICO, 1969.
12. CAVALLO, DIRITTO PENALE. PARTE GENERAL VOL. II, NAPOLI, 1955.

13. CENICEROS Y GARRIDO. LA LEY PENAL MEXICANA. ED. BOTAS, 1934.
14. CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL ESPECIAL. PAG. 29, ED. T. IV, BARCELONA, 1952.
15. CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL. T. I, 12a. ED., BARCELONA 1956.
16. DI BELLA, VICENZO. II REATO DI ASSOCIAZIONE-A DELINQUERE. TORINO, 1933.
17. FRANCO GUZMAN, RICARDO. LA CULPABILIDAD Y - SU ASPECTO NEGATIVO, CRIMINALIA XXI, MEXICO, 1956.
18. GARCIALOPEZ, MIGUEL. DERECHO PENAL, PARTE - GENERAL. 1a. ED. MADRID, 1940.
19. GAROFALO, RAFAEL. CRIMINOLOGIA, PARIS, 1890, CAPITULO II.
20. GOMEZ, EUSEBIO. TRATADO DE DERECHO PENAL, - BUENOS AIRES, 1939 T.I.
21. GOMEZ, EUSEBIO. TRATADO DE DERECHO PENAL. - COMPANIA ARGENTINA DE EDITORES, ARGENTINA, - 1941. T. V.
22. GOMEZ, EUSEBIO. DELITO CONTRA LA SEGURIDAD.
23. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. PANORAMA DEL DELITO, ED. U.N.A.M. 1950. LA TIPICIDAD, MEXICO, 1955.
- ... DERECHO PENAL MEXICANO, 8a. ED. MEXICO 1962.
- ... LA ANTIJURICIDAD, ED. U.N.A.M. MEXICO, 1963.
24. LISZT, FRANZ VON. TRATADO DE DERECHO PENAL. ED. TEMIS, TRATADO ESPECIAL, BOGOTA 1954, T, - I.

25. MEZGER, EDMUNDO. TRATADO DE DERECHO PENAL, -  
2a. ED. TRATADO ESP. MADRID, 1955, TS I y -  
II.
26. PARTE PETIT, CELESTINO IMPORTANCIA DE LA DOG  
MATICA JURIDICO PENAL, MEXICO, 1954. RECA--  
SENS LICHES, LUIS VIDA HUMANA, SOCIEDAD Y DE  
RECHO, 2a. ED. MEXICO, 1945.
27. VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO,  
ED. PORRUA, 2a. ED. MEXICO, 1960.