



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES**

**' A R A G O N '**

**ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE  
ABIGEATO EN EL ESTADO DE MEXICO  
(ARTICULO 309 DEL CODIGO PENAL)**

**TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :**

**AMPARO VERONICA CARRASCO JIMENEZ**



**ENEP  
ARAGON**

Nezahualcoyotl, Estado de México 1993

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

## **INDICE**

Introducción	4
--------------	---

### **CAPITULO PRIMERO**

El Delito (Etimología) Concepto de Delito	6
La Escuela Clásica	9
La Escuela Positiva	16
Las Tendencias Eclécticas	21

### **CAPITULO SEGUNDO**

#### **De los Elementos del Tipo**

Antecedentes del Delito de Abigeato	29
Concepto del Tipo	36

#### **Elementos Generales**

Sujeto Activo	37
Sujeto Pasivo	38

Bien Jurídico Protegido	39
Objeto Material	40
Conducta	41
Resultado	43

### **Elementos Especiales**

Medios de Comisión	44
Referencias Temporales	45
Referencias Espaciales	45
Referencias de Ocasión	45
Elemento Subjetivo o Dolo Específico	46
Elemento Normativo o Antijuricidad Específica	47

## **CAPITULO TERCERO**

### **De los Elementos del Delito**

La Conducta y Ausencia de Conducta	57
La Tipicidad y la Atipicidad	72
La Antijuridicidad y las Causas de Justificación	76
Imputabilidad e Inimputabilidad	93
Culpabilidad e Inculpabilidad	101
Condiciones Objetivas de Punibilidad y Ausencia de las condiciones Objetivas de Punibilidad	117

Punibilidad y Excusas Absolutorias	119
------------------------------------	-----

## **CAPITULO CUARTO**

La Vida del Delito	124
Del Concurso del Delito	127
Del Concurso de Personas	131
El Delito de Abigeato como una Modalidad del Robo	135
Conclusiones	137
Bibliografía	141

## INTRODUCCION

Desde el principio de la humanidad comenzaron a cometerse robos y otros delitos; a la par de la humanidad, los delitos fueron evolucionando. Así como desde los pueblos más antiguos se castigaron los hechos y conductas que en su tiempo se consideraron como delictuosas, encontramos que en los inicios de todos los pueblos, la conducta delictiva de apoderarse de bienes ajenos fue castigada de manera diversa en cada uno de ellos, pero en casi todos se castigaba de manera especial a los que cometían hurto (como era llamado).

Desde los tiempos del Derecho Romano, se distinguieron varias clases de "Hurto", siendo éstas: Hurto en general, hurto entre cónyuges, hurto de bienes pertenecientes a los dioses (sacrilegium) o al Estado (peculatus), hurto de cosechas, hurtos cualificados de la época Imperial (para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los fracturadores, para la circunstancia de nocturnidad, etc.), hurto de herencias, etc. A los ladrones de ganado o bestias se les llamó abigeos, llegando a ser castigado este delito hasta con la muerte del delincuente o reducido a la esclavitud, entre otras penas.

Es así que en el presente trabajo de tesis denominado **"Estudio Dogmático del Delito de Abigeato en el Estado de México"** (Artículo 309 del Código Penal), se pretende realizar un estudio de este delito, el que recae dentro de los delitos denominados "Delitos contra el Patrimonio", según el mismo Código, así como un panorama general del mismo.

**CAPITULO**

**I**

## EL DELITO (Etimología)

"La palabra delito, deriva del verbo latino DELINQUERE que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley".<sup>1</sup>

### Concepto de Delito

Nuestro Código Penal de 1931, en su Artículo 7º, nos da una definición de delito diciendo que es **El Acto u omisión que sancionan las leyes penales**. "La posición anterior se critica por estimar que existen figuras delictivas, que aún reuniendo todos sus elementos para considerarlas ilícitas, no se sancionan por estar amparadas por una excusa absolutoria. Al respecto, Carrancá y Trujillo dice: "El concepto legal del delito fijado por el Artículo 7º, se completa con el que el juez valora conductas y no entes jurídicos".<sup>2</sup>

Para Max Ernesto Mayer, el delito es: "Un acontecimiento típico, antijurídico e imputable", es decir, este autor le da más relevancia al delincuente que al propio delito.<sup>3</sup>

- 1 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Octava Ed, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, Pág. 125.
- 2 Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal anotado, Séptima Ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1962, Pág. 34.
- 3 Mezger Edumundo cita a Max Ernesto Mayer, Tratado de Derecho Penal, Revista de Derecho Privado, S.A., Madrid, España 1970, Pág. 130.



Otra definición interesante es la expuesta por Beling, quien dice que el delito es: "La acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se dé una causa legal".<sup>4</sup>

"Históricamente encontramos que fue en el Código Penal de 1871 cuando por primera vez, en su Artículo 4º, se adoptó la definición de delito como una infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. Como antecedente de lo anterior, encontramos su fundamento en el Código Español de 1870, ordenamiento que en su Artículo 10º establecía que los delitos eran **Las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley**. Por otra parte, nuestro Código Penal de 1929 estableció en su Artículo 11º que: "Delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

Ahora bien, como antes lo hemos manifestado, nuestro Código penal de 1931, siguiendo en cierta forma, en este aspecto, al de 1871, establece en su Artículo 7º que el delito es: "El acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esta disposición, a diferencia de la contenida en el referido Código de 1871, excluyó acertadamente el término "infracción" voluntaria, pues con esta excepción se dejaba fuera a los delitos cometidos culposamente o preterintencionalmente.<sup>5</sup>

Por otra parte, Moto Salazar al referirse al delito nos dice: "El delito se produce dentro de la sociedad; mirándolo objetivamente se presenta como un hecho social dañoso puesto que destruye la convivencia pacífica de los individuos. Ahora bien,

4 Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Octava Ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1973, Pág. 254.

5 Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Décima Ed., México 1985, Pág. 151.

la convivencia está protegida y ordenada por la ley; en consecuencia, el delito, al atacar los vínculos de solidaridad, implica una violación a la propia ley; de ahí que sea un hecho ilícito".

"Si examinamos el delito desde el punto de vista del sujeto que lo comete, encontramos que es un acto culpable, es decir, intencionado y en consecuencia, imputable a quien lo comete".<sup>6</sup>

"Por lo tanto, diremos simplemente que el delito es un acto culpable, antisocial e ilícito sancionado por la ley penal".<sup>7</sup>

El delito considerado como una infracción sancionada por la ley penal, es complejo y se ha estudiado desde diversos puntos de vista.

"Dentro de la sistemática jurídico penal, adquiere suma relevancia la teoría del delito toda vez que, alrededor de ella gira toda la problemática que va a individualizar la sanción a la que se ha hecho acreedor el delincuente".

Delito y delincuente van íntimamente ligados pues es lógico que siendo el delito una manifestación de una conducta o hecho humano, se requiere el concierto de ésta para la configuración de la figura delictiva. Es unánime el criterio doctrinario en el sentido de que el estudio del delincuente comprende el aspecto subjetivo del delito; en esta forma lo sostiene Givanovich, entre otros.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Molo Salazar Efraín, Elementos de Derecho, Octava Ed., México 1963, Porrúa, S.A., Pág. 320.

<sup>7</sup> Op. Cit., Pág. 321.

<sup>8</sup> Vialobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Cuarta Ed., México 1963, Porrúa, S.A., Pág. 34.

## LA ESCUELA CLASICA

"El pensamiento penal anterior a Carrara, la filosofía de todos los tiempos, escribe Carrancá y Trujillo, ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar, si bien fundamentándola diversamente. Platón fundaba la pena en el principio de la expiación... Para los romanos, maestros del pragmatismo jurídico, justificose el derecho de castigar, por la ejemplaridad intimidante de las penas. Después, la Iglesia, refiriendo todo problema a Dios, hizo del Derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y la pena como una penitencia; mediante el arrepentimiento y la penitencia, el pecador se somete a la ley divina y logra su enmienda satisfaciéndose la ofensa causada por el pecado con la justa retribución.

A la edad media siguieron los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón de Estado y acentuando con tal justificación la venganza pública, hasta llegar a los más rigurosos extremos. Las penas quedaron por ello, divididas en divinas, naturales y legales o humanas.

En el humanismo y el renacimiento sienta Grocio la base contractual del Derecho Penal; el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena... Con la obra apasionada de Beccaria se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independientemente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral".<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Castellanos Fernando cita a Carrancá y Trujillo, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Décimo Sexta Ed., Págs. 51 y 52.

Francisco Carrara "Este ilustre jurista consagró su vida no sólo a la jurisprudencia, sino también a la ciencia en general, a la filosofía y a la literatura; sucedió a Carmignani en la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Pisa. De entre sus muchas obras destacan: Opuscolo di Diritto Penale y Programma de corso di Diritto Criminale, publicadas en 1874 y 1877. Nació en 1805 y murió en 1888. Es considerado como padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, porque le dió una sistematización impecable. Ha sido objeto de grandes elogios, no sólo por parte de los seguidores de su pensamiento, sino también de los positivistas, sus contradictores".

Eusebio Gómez, el destacado penalista argentino contemporáneo, aún afiliado al positivismo, escribe: "El conjunto de las doctrinas de Francisco Carrara representan el término de la evolución de la Escuela Clásica". El sabio maestro de Pisa, admirablemente sistematizador como fue, supo marcar orientación definida a la poderosa corriente de pensamiento científico penal iniciada después de la aparición del libro de César Beccaria. Sus doctrinas constituyen un verdadero sistema, la propia Escuela Clásica - como fuera bautizada por Ferri y que bien podría llevar su nombre -, las expone con claridad insuperada; las funda como argumentación resistente. Observa en su elaboración un método riguroso. Cuando, para aceptar sus conclusiones o para el disenso con ellas se hace referencia a la Escuela Clásica, no son otras que las doctrinas de Carrara las que se someten al examen; es sobre ellas que la crítica versa y aunque ésta le sea desfavorable, el reconocimiento de su mérito excepcional no está ausente jamás.

Enrique Ferri, que fue su infatigable contradictor, fue también un encomiasta caluroso de ese mérito. Admiraba a Carrara la agudeza de su ingenio y su lógica poderosa; y era innegable para él que, con el programa, había elevado un

maravilloso edificio científico, no solamente en la parte exterior de las doctrinas generales sobre el delito y sobre la pena, sino en las partes más íntimas y menos estudiadas de los delitos en particular, que son los verdaderos términos de aplicación diaria de las doctrinas generales".<sup>10</sup>

## **METODO DE ESTUDIO EN LA ESCUELA CLASICA DEL DERECHO PENAL**

La Escuela Clásica del Derecho Penal siguió perfectamente el método deductivo, o como dice Jiménez de Asúa, el método lógico abstracto. No es de extrañar tal metodología, por ser la adecuada a las disciplinas relativas a la conducta humana.

El apelativo de clásico fue asignado a esta escuela por los positivistas con un sentido peyorativo, aunque ya fue utilizado por Francisco Carrara, su más ilustre representante. Se trata de una escuela de contenido muy heterogéneo, que engloba tendencias distintas, incluso opuestas, que llegaron a combatirse entre sí (absolutas contra relativistas), matizado además por formulaciones nacionales que se desarrollaron dentro de cada país y que se desconocían una a otras. La Escuela Clásica se caracteriza por su índole filosófico, por su sentido liberal y humanitario que alcanza su máximo apogeo a mediados del siglo XIX, culminando en la obra inmortal del maestro Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale* (8 volúmenes), cuya primera versión en español se realizó en San José Costa Rica, en

<sup>10</sup> Castellanos Fernando, *Lienamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., Décimo Sexta Ed., Págs. 54 y 55.

el año de 1889. <sup>11</sup>

FRANCISCO CARRARA "Definió 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; definición en que se comprenden los elementos esenciales universalmente reconocidos hoy, de actividad humana, antijuridicidad, legalidad y culpabilidad. Preocupado Carrara por los abusos que, como reacción habían formalizado los estudios penales, y con el fin de impedir la tiranía, prevenir las arbitrariedades y racionalizar el derecho en la rama que mayormente puede afectar la libertad, los intereses y las dignidades humanas, quiso sintetizar los fines de la Ciencia Penal que nacía, en el propio nombre de su Programma, explicando que "El programa de la ciencia criminal debe resumir, en la más simple fórmula, la verdad reguladora de toda la ciencia y contener en sí el germen de la solución de todos los problemas que el criminalista está llamado a estudiar y todos los preceptos que gobiernan la vida práctica de la ciencia misma en los tres grandes hechos que constituyen su objetivo; en cuanto ella, tiene por misión frenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, la represión y el juicio para que ésta se mantenga en la vía de justicia y no degenerare en tiranía".

Tratando de "La prohibición" o del acto que debiera tenerse como delictuoso, después de sentar los principios de legalidad para prevenir los ya conocidos excesos del arbitrio judicial, creyó necesario definir las facultades del propio legislador, a fin de que no se juzgara omnipotente y pudiera a su capricho, señalar como delictuosa una conducta cualquiera: "Los preceptos destinados a moderar en

<sup>11</sup> Marquez Pínero Rafael, Derecho Penal Parte General, Primera Ed., México 1966, Editorial Trillas, Pág. 72.

esta forma el poder legislativo, dijo, deben elevarse a un principio común y fundamental" y fue para formular este precepto básico para lo que estableció que el delito tiene su naturaleza propia y que no puede tomarse cualquier acto como tal por las solas pasiones o el solo dictamen de los legisladores, sino que, así como insistió pródijamente en que el Derecho es anterior e independiente del arbitrio legislativo, también quiso subrayar que el delito tiene una entidad propia y como una determinada conducta clasificada por valoraciones de la mente, es una entidad ideal, cultural y por tanto un "ente jurídico".

La imputabilidad se basa en el Libre Albedrío, pues si el hombre es libre para hacer alguna cosa, es él la causa de su conducta que, por lo mismo, le es imputable".<sup>12</sup>

## **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA CLASICA**

1) "Su método es racionalista y, al considerar sus miembros que no había más ciencia penal que el Derecho Punitivo, aplicaban la metodología lógica abstracta, deductiva y especulativa.

Para los clásicos, el derecho penal es una sistema dogmático, fundamentado sobre concepciones racionalistas".

2) "La imputabilidad se basa en el libre albedrío. El hombre es responsable

<sup>12</sup> Villalobos Ignacio., Op. Cit., Págs. 34 y 35.

penalmente porque goza de libre albedrío. El maestro de Pisa afirma el principio de la imputabilidad moral como base de la ciencia penal **que mal se construiría sin aquella**".

3) "Solo puede castigarse a quien realice una acción u omisión, prevista como delito por la ley y sancionada con una pena consagración del sentido individualista proteccional y garantía contra abusos y arbitrariedades, sacrilización del principio de legalidad de los delitos y las penas (nullum crimen nulla poena sine lege); los clásicos aspiran a determinar clara y taxativamente, las circunstancias modificativas de los delitos (sobre todo las agravantes), el minucioso examen del delito en su aspecto interno, la meticulosidad en la noción de las figuras delictivas y su pretención de prevenir todos los supuestos posibles de delincuencia".

4) "Carrara encuentra la fórmula sacramental en la que asienta el apoyo de toda la construcción jurídica, basamento unitario de todos los dogmas que integran la ciencia penal, fuente de donde emanarían las demás verdades del Derecho Penal de los pueblos cultos y que constituye la noción exacta del delito. Dicha fórmula dice: **El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico**. Así, el meollo de la justicia penal es el delito (supuesto objetivo), más no el delincuente (supuesto subjetivo).

El juez competente para conocer la maldad de los hechos, no puede considerar la maldad del hombre sin traspasar el límite de sus atribuciones".

5) "La pena es un mal impuesto al delincuente, en retribución del delito cometido. Ha de existir proporcionalidad entre pena y delito: la pena debe estar



determinada en forma clara y concreta y el juez sólo tiene facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito".<sup>13</sup>

**13** Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Onceava Ed., México 1977, Editorial Porrúa, S.A., Pág. 153.

## LA ESCUELA POSITIVA

Con motivo de los brillantes estudios realizados por César Lombroso, quien hace el análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del Derecho Penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica. Por esa razón, aunque Lombroso fue médico y no jurista, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva en las legislaciones penales de principios de siglo.

La llamada Escuela Positiva encuentra en Enrique Ferri su más brillante expositor. Su obra máxima "Sociología Criminal", publicada en 1881, contiene los principios básicos en que se apoya su escuela. Destaca Ferri cuál es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, a la que denominó: Sociología Criminal, de la cual el Derecho Penal sería sólo una parte.

Rafael Garófalo influyó decisivamente en la estructura de la Escuela Positiva al elaborar su definición del delito natural, concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir sólidamente un sistema. Destaca Garófalo, en su trabajo titulado "Della mitigazione della pena nei reati di sangue", la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la escuela positiva que habría de ser aprovechado más tarde, con amplitud, al sostener la peligrosidad del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito

(posteriormente desarrolla nuevamente esa idea de su obra *Di un criterio positivo della penalita*).<sup>14</sup>

"Como es sabido, el Positivismo es un método y una doctrina del humano saber, fundados exclusivamente sobre la observación y el experimento y que rechaza toda noción "apriori" y todo concepto universal y absoluto. Este método y esta doctrina aparecen dentro del sistema, como último, hasta el día de los tres grandes estados en que se desenvuelve la vida mental, intelectual mejor dicho de la humanidad. Primero, el estado **Teológico**, o sea de los conceptos y las intervenciones sobrenaturales; después el estado **Metafísico**, o de las imaginaciones abstractas; y tercero el **Positivista**, que es el estado de las realidades experimentales.

Fue creador de este método, de esta doctrina y asimismo, de esta concepción de la ley de los tres estados, a mediados del pasado siglo, el francés Augusto Comte. Pero cuando la expansión positivista aflora, ya poderosa, en las ciencias sociales y jurídicas, invadiéndolas desde el campo de las biológicas o naturales, de genio y de lengua ingleses, principalmente. De un lado, en lo biológico, Carlos Darwin; del otro en lo social, Heriberto Spencer.

Sólo detrás de esta pareja y en segundo término, se advierte la presencia lejana y más oscura de la otra pareja francesa equivalente: Lamarck y Comte. Finalmente, el acompañamiento alemán en el cual, sobre todo, destaca el gran psicólogo Wundt.

Tal es el conjunto, el medio, el ambiente científico en que aparecen los tres evangelistas del positivismo penal: Lombroso, Ferri y Garófalo, en la década del 80

<sup>14</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Lecciones de Derecho Penal*, Tercera Ed., Porrúa, S.A., México 1974, Pág. 64.

de la centuria pasada y durante los tres o cuatro lustros posteriores, en la fase de juventud plenamente agresiva de aquel poderoso movimiento que se conoce con el nombre del Positivismo "Dogmático", cuando los innovadores, colmados de ilusión, pedían nada menos que la desaparición del Derecho Penal y su sustitución total por la Antropología y la Sociología Criminales".<sup>15</sup>

En cambio la Escuela Positiva que se contrapone a la Escuela Clásica por sostener el determinismo social en contra de la teoría de libre albedrío, sostiene el criterio y preponderancia de la responsabilidad social sobre la imputabilidad moral.

Así, dentro de la Escuela Positiva, Enrique Ferri, creador de la tendencia sociológica del delito, vino a sostener que la figura delictiva no es más que la posición a la condición fundamental de la vida social y se pugna con la moralidad media, y considera que es fundamental conocer al delincuente por su vida psíquica por lo que sólo logra reproducir aquella distinción romana entre delitos malos en sí, intrínsecamente inmorales y los desprovistos de inmoralidad intrínseca o sea aquellos prohibidos tan solo por la ley positiva. Para este autor, los elementos característicos del delito natural son la antisocialidad, los motivos determinantes y el atentado contra las condiciones de existencia, las cuales constituyen el elemento ofensivo de la moralidad media de una colectividad determinada.

Cuando estos elementos se han reunido, se llega a las formas atávicas de la criminalidad antihumana: Cuando falta el primero de ellos (y por consiguiente el último) se tienen las formas de la criminalidad evolutiva político social.<sup>16</sup>

15 Bernaldo de Quiróz Constancio, Derecho Penal Parte General, Porrúa, S.A., México 1985, Págs. 43 y 44.

16 Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México 1987, Undécima Ed., Pág. 39.

## NOTAS COMUNES DENTRO DE LA ESCUELA POSITIVA

A pesar de las divergencias existentes entre los positivistas, pueden señalarse varias concepciones comunes dentro de esta escuela.

Es así que Villalobos las resume de la siguiente manera:

1° "El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es sino un síntoma revelador de su estado peligroso".

2° "La sanción penal para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción".

3° "El método es el inductivo, experimental".

4° "Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal".

5° "La pena posee una eficacia muy restringida: importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas".

6° "El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso".

7° "La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles". 17

17 Villalobos Ignacio, Op. Cit., Págs. 41 y 42.

## LAS TENDENCIAS ECLECTICAS

Después de la Escuela Clásica y Positiva, han venido apareciendo otras tendencias que en el fondo mantienen posturas eclécticas.

a) **LA TERZA SCUOLA.** Esta escuela, creada por Carnevale y Alimena, sostiene los siguientes postulados:

- 1° Niega el libre albedrío.
- 2° Concibe al delito como fenómeno social e individual y estudia la personalidad del delincuente en su aspecto científico.
- 3° Niega la naturaleza morbosa del delincuente.
- 4° Acepta la imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos.
- 5° La pena tiene por fin, la defensa social y su naturaleza radica en la conminación psicológica.<sup>18</sup>

**TERZA SCUOLA.** "La variedad Italiana del positivismo crítico fue designada con el título de TERZA SCUOLA, puesto que la primera era la Clásica y la segunda la Positiva. Sus más conocidos representantes fueron Carnevale y B. Alimena. Muerto el segundo en la más fecunda época de la vida, después de haber escrito sus geniales Principios de Derecho Criminal, y vivo hasta hace poco el primero, que incluso muy anciano, continuó escribiendo sobre nuestra disciplina, las características de la Terza Scuola fueron éstas:

<sup>18</sup> Cortés Ibarra Miguel Angel, Derecho Penal, Tercera Ed., Porrúa, S.A., México 1973, Pág. 50.

- a) Afirmación de la personalidad del Derecho Penal contra el criterio de la dependencia que propugnaba Ferri en sus primeros tiempos.
- b) Exclusión del tipo criminal.
- c) Reforma social como deber del estado". 19

Asimismo, Fernando Castellanos nos hace referencia a lo que Cuello Calón refiere: Son principios básicos de la Terza Scuola, en opinión del mismo penalista Cuello Calón, los siguientes:

- a) "Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre".
- b) "La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica y tiene como fin la defensa social".

"En la lucha entre las dos corrientes más caracterizadas: clásica y positivista, surgieron teorías que aceptaron solo parcialmente sus postulados. Así aparecieron, entre otras, la Terza Scuola en Italia y la Escuela Sociológica o Joven Escuela, en Alemania.

La escuela del Positivismo Crítico o Terza Scuola (denominada tercera escuela para distinguirla de la Clásica y de la Positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugar), encuentra su formación, esencialmente, en los estudios de Alimena y Carnevale y constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquel la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico

19 Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Octava Edición, Ed. Lozada, Buenos Aires 1964, Pág. 214.



del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la Escuela Clásica el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e imputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.

Para Bernardino Alimena, según el decir de Cuello Calón, la imputabilidad deriva de la humana voluntad, la cual se haya determinada por una serie de motivos y tiene su base en la "dirigibilidad" del sujeto, es decir, en su aptitud para percibir la coacción psicológica; de ahí que sólo son imputables los capaces de sentir la amenaza de la pena".<sup>20</sup>

## LA ESCUELA SOCIOLOGICA

"Franz Von Liszt, creador de esta escuela, sostiene que el delito encuentra sus causas, en factores individuales, físicos, sociales y económicos, negando la función del libre albedrío en la actuación humana. Acepta la imputabilidad y el estado peligroso del delincuente; examina al delito como ente jurídico y como hecho natural; emplea el método jurídico y el experimental. El fin de la pena es el mantenimiento del orden jurídico mediante su amenaza y ejecución.

Este pensamiento dualista influyó notablemente en Alemania, en donde sus seguidores constituyeron la llamada "Escuela Sociológica".<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Castellanos Fernando cita a Cuello Calón, Op. Cit., Págs. 69 y 70.

LAS DOCTRINAS DE FRANZ VON LISZT. Este penalista alemán en las postrimerías de la pasada centuria, sostuvo que el delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas. Para él la pena es necesaria para la seguridad en la vida social porque su finalidad es la conservación del orden jurídico. A esta teoría se le conoce también bajo el nombre de Escuela Sociológica, caracterizada - según expresiones de Jiménez de Asúa - por su dualismo, al utilizar métodos jurídicos de un lado, y experimentales por el otro; por su concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del estado peligroso y, en consecuencia, de las penas y de las medidas de seguridad.<sup>21</sup>

\*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; refula 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

21 Castellanos Fernando, Op. Cit., Págs. 70 y 71.

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 ésta para comportarse socialmente; el delito es, por una parte, una creación de la ley, mientras 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".<sup>22</sup>

### ORIENTACION TECNICO JURIDICA

"Esta tendencia doctrinal tuvo su consolidación en Italia con Manzini, Vanini, Massari, Bataglini y otros.

Abjura de la filosofía como sistema de indagación de la ciencia penal; renuncia al método experimental-naturalista. Sostiene que en el Derecho Positivo Penal, el delito se acepta como relación jurídica, no como hecho natural. Los determinantes biológicos, psíquicos y sociales quedan descartados, reservándose su estudio las ciencias criminológicas. Distingue la imputabilidad de la inimputabilidad, prescindiendo fundar aquella en el libre albedrío. La pena que es reacción jurídica contra el delito, tiene por fin no sólo la prevención general de la criminología, sino también la readaptación del delincuente. La pena se aplica a los imputables (capaces de entender y querer), y las medidas de seguridad a los inimputables

22 Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano, Octava Edición, Ed. Porrúa, S.A., México 1987, Págs. 65 y 66.

(enfermos mentales e infantes)".<sup>23</sup>

"Con Manzini se desarrolla, en Italia, una corriente designada ESCUELA TECNICO-JURIDICA, 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. Novoa la estima una reacción a la crisis que en Italia produjo el positivismo con su afán de subordinar la ciencia del Derecho punitivo a las investigaciones criminológicas. Esa es la razón, en el pensar del penalista chileno, de que la Escuela Técnico-Jurídica se rebele tanto contra la metafísica como contra **las infiltraciones criminológicas**, queriendo limitar, al análisis del Derecho positivo, su objeto de investigación, pues toda labor técnico-jurídica **sea de exégesis, de dogmática o de crítica**, no puede salir de los límites del Derecho vigente".<sup>24</sup>

### LA DIRECCION TECNICO-JURIDICA

"Esta concepción, sostenida principalmente por Rocco, Manzini, Battaglini, Vannini, etc., preconiza que sólo el Derecho Positivo constituye el objeto de una ciencia jurídica, como lo es el Derecho Penal, que no debe pretender la indagación de principios filosóficos. El Derecho Penal ha de reducirse al conocimiento científico de los delitos y de las penas, como fenómenos regulados por el ordenamiento 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

<sup>23</sup> Cortés Ibarra Miguel Angel, Op. Cit., Pág. 51.

<sup>24</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., Pág. 67.

del orden jurídico. Básiase la responsabilidad en la capacidad de entender y de querer.

De acuerdo con Filippo Grisigni, esta tendencia constituye el perfeccionamiento de la Escuela Positiva, mientras otros pensadores la clasifican entre las doctrinas netamente eclécticas.

La Dirección técnico-jurídica, afirma Cuello Calón, no aspira a la indagación filosófica de un Derecho Penal natural, ni a la formación del Derecho Penal del porvenir, su objeto limitase al Derecho positivo vigente, a elaborar técnicamente los principios fundamentales de sus instituciones y a aplicar e interpretar ese derecho".<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Castellanos Fernando cita a Cuello Calón, Op. Cit., Págs. 71 y 72.

**CAPITULO**

**II**

## DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO DE ABIGEATO

### ANTECEDENTES DEL ABIGEATO

"Denominación Clásica. El hurto de ciertos animales útiles se conoce tradicionalmente con el nombre de Abigeato, de ab agere, echar por delante o aguijar, para designar la forma como por lo común, se consumaba el hurto de los animales que no se cargaban al hombro para llevarlos. La prolijidad de los jurisconsultos romanos distinguió entre las formas de hurtar: la ablación, la abducción y la abación. La primera correspondía al hurto de las cosas inanimadas; la segunda al de los hombres; y la tercera, al de las bestias. El Código Penal habla de hurto de ganado, y lo hace con exactitud, porque si bien la ablación es la forma compatible con el hurto de animales de tropa, no es ni siquiera la forma más corriente del hurto en pequeña escala, practicado con demasiada frecuencia en nuestras sierras".<sup>26</sup>

Escriche nos ha dado el concepto clásico de lo que debe entenderse por abigeato: "Abigeo, como abigeato, viene de la palabra latina Abigere, ésto es, antes agere, arrear, aguijar bestias para que caminen. De modo que abigeato es una especie particular de robo que se comete no cogiendo y transportando de un lugar a otro la cosa que se quiere substraer, sino desviándola y haciéndola marchar delante de sí para aprovecharse de ella".<sup>27</sup>

<sup>26</sup> C. Núñez Ricardo, Delitos contra la propiedad, Ed. Hermes, Argentina 1951, Págs. 127 y 128.

<sup>27</sup> Cabrera Luis cita a Escriche, Derecho Agrario, Porrúa, S.A., México 1968, 4ta. Ed., Pág. 42.

De acuerdo con estas definiciones, el hurto de ganado se encuentra en la **contractación** y no reconociéndose contractación en la sustracción de ciertos animales, sucedió que al considerarse inaplicable a este delito el nombre de hurto, debió idearse un nombre diverso.

En nuestro concepto, comete el delito de abigeato el que por cualesquiera que sean los medios empleados y el lugar en que se actúe, se apodere de una o más cabezas de ganado mayor, sin derecho y sin consentimiento de su legítimo propietario.

Este delito es tan antiguo como la humanidad, su aparición se pierde en la noche de los tiempos. Podemos afirmar, respecto a este delito, que a través de la historia ha venido atenuándose su pena y ha dejado de ser infamante.

Escriche nos dice acerca de su reglamentación: "Muy sagrado es seguramente el derecho de propiedad, porque según la organización de nuestras sociedades, en ella está cifrada nuestra existencia. Justo es, pues, sancionarle y sostenerle con leyes severas, pero al establecerlas o aplicarlas, no hagamos ultraje a la naturaleza, no degrademos al hombre haciéndolo inferior a las bestias".

Entre los hebreos se obligó al abigeo a restituir dos o tres tantos más en relación con lo robado y si el abigeo carecía de bienes, podía ser vendido o reducido a la esclavitud.

En el Derecho Romano, los jurisconsultos castigaban con la pena de muerte a lo que se consideraban inhumano y cruel, sobre todo por Paulo Emilio, ya que decía: "Es a todas luces desproporcional esta pena con el delito cometido, pues



evidentemente una vida humana vale más, desde cualquier ángulo del que se le vea, que todos los animales robados".<sup>28</sup>

"El hurto de animales ha sido castigado de manera especial desde los tiempos más antiguos y en los más distintos lugares. El ganado constituía la principal riqueza de los conquistadores germanos y sus leyes se ocupan minuciosamente de esa riqueza, especialmente en la ley sálica. De los 65 títulos que componen la Ley Antigua, ocho están exclusivamente consagrados a la represión de diversos hurtos de animales. La pena que se establece es de composición variable, según la especie de animales sustraídos y la condición económica de la víctima.

El Digesto dedica el título 14 del libro 47 al Abigeato. Según el número 1 de la ley 1, propiamente se dice que cometen abigeato los que apartan de los pastos los ganados mayores o menores y en algún modo, los hurtan. El hurto de buey separado de la manada y de los caballos dejados solos en el campo, no constituía Abigeato (Digesto lib. 47, tit. 14, ley 1, No. 1). Para que hubiera abigeato era necesario que se sustrajeran, por lo menos, diez ovejas, cuatro o cinco puercos, un caballo o un buey (ley 3, in. princ.), pero existía el delito si varias veces se habían hurtado una o dos reses menores (ley 3, No. 2). Existen muchas dudas sobre si era Abigeato la sustracción de un animal del establo.

En los lugares donde el delito era más frecuente, se le castigaba con la pena de muerte (ley 1, in princ. 9). Los que lo cometían con armas eran echados a las bestias (ley 1, No. 3). Pero los nacidos de familia honrada no podían ser condenados a muerte, sino al destierro o a la indignidad.

<sup>28</sup> Op. Cit., Pág. 44.

Para las demás personas de clase inferior, que no merecían la muerte, la pena era de golpes y además, trabajo por tiempo indeterminado en las minas o en las obras (ley 1, in princ. y No. 3). La pena era menos severa para los que cometían abigeato de puerco, cabra o carnero, que para los que lo hacían sobre caballos y bueyes (ley 1, No. 2).

La partida 7, título 14, ley 19, se ocupa del hurto de ganado. Según ella, en latín eran llamados abigeos una clase de ladrones que se ocupaban más de hurtar bestias (o ganados) que otras cosas. La pena era la de muerte si el autor lo hacía por oficio, o si el hurto era de una grey, la cual se constituía por diez ovejas o más, o cinco puercos o cuatro yeguas, o por las crías de esos animales. Los que no tenían el oficio de abigeos y los que no hurtaban una grey podían ser mandados por algún tiempo a labrar en las labores del rey\*.

El Derecho Argentino recién reprime especialmente al Abigeato por la Ley de Reformas del 22 de agosto de 1903, la cual, en su Artículo 22, letra b, inc. 4, castigaba con penitenciaría de dos a seis años, el hurto de ganado mayor o menor. Con este nombre pasó al Código Penal, Artículo 163, Inc. 1. Fue el proyecto de 1891 el que introdujo la calificación del hurto por recaer sobre animales en rebaño (Art. 198, Inc. 3). Nomenclatura que conserva los proyectos de 1906 (Art. 178, Inc. 1) y 1917 (Art. 163, Inc. 1). La Comisión del Senado que revisó este último proyecto, después de haberlo hecho la Cámara de Diputados, fue la que volvió a la fórmula de la ley de reformas (ganado mayor o menor).

Los redactores del proyecto de 1891 señalan como concordancias del precepto que reprime más severamente el hurto de "animales en rebaño", los siguientes códigos:

El Italiano de 1889, Art. 403, Inc. 69, que reprime como hurto agravado el recaído sobre animales dejados por necesidad en campo abierto y que no sean ganado en grey o mayor al pasto o en campo abierto, o en establos o recintos que no constituyan pertenencias inmediatas de casa habitada, casos en los cuales el hurto se agrava aún más por la calificación (Art. 404, Inc. 12).

El código Francés de 1810, Art. 388, se refiere a quien haya hurtado en los campos, caballos o bestias de carga de carruaje o de montura y ganado mayor o menor. El código Holandés de 1881, Art. 311, Inc. 1, castiga el hurto de ganado en los campos; y el código Chileno de 1874, Art. 449, contempla los casos de robo o hurtos de caballos o bestias de silla o carga y de ganado mayor o menor.

### **EL CONCEPTO DE GANADO MAYOR O MENOR**

El hurto se califica cuando es de ganado. El empleo de este término ha tenido la virtud de dividir la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia del país. Unos piensan que la calificante, al referirse al ganado, exige el apoderamiento de una pluralidad de animales según el valor estrictamente gramatical del término, con arreglo al cual la palabra significa "conjunto de bestias mansas que se apacientan y andan juntas". Para determinar el número de animales que constituyen "ganado", se recurre a la regla dada por la ley 19, título 14 de la partida 7, de manera que el hurto debe ser por lo menos de diez ovejas, cinco puercos, cuatro yeguas u otras tantas bestias semejantes. Otros sostienen que la denominación genérica "ganado" no excluye la calificación por el hurto de las unidades que componen el género. La razón fundamental invocada por este sector es la de que la calificación no obedece

al criterio del número, sino al de la necesidad de una mayor protección en razón del lugar donde se encuentra la cosa.

El término ganado incluye solo a los cuadrúpedos que son bestias domésticas de carga o para carne. No entran, por lo tanto, aquellos cuadrúpedos que no son bestias domésticas, como los conejos, castores o nutrias, o que no son de carga o para carne, como los perros. El apoderamiento de cuadrúpedos salvajes domesticados, como la cabra del monte, no califica el hurto, pero sí lo califica el apoderamiento de bestias domésticas no domadas. Son ganado mayor: los caballos, las vacas, las mulas, los asnos y las llamas; menor son las ovejas, las cabras y los chanchos.<sup>29</sup>

En nuestro país el delito de Abigeato se encuentra reglamentado en todos los estados como un delito autónomo, no así en el Distrito Federal, en donde se considera como agravante del robo simple.

En la reforma de 66 se adicionó el código con una nueva calificativa, para quedar como sigue: "Al que se apodere, en campo abierto o paraje solitario, de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías - cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor -, además de lo dispuesto en los Artículos 370 y 371, se impondrán hasta dos terceras partes de la pena comprendida en este Artículo (381 bis)".

El Abigeato que se definía en el código de 71, en el 28 y en casi todos los códigos

<sup>29</sup> Núñez C. Ricardo, Delitos Contra la Propiedad, Editorial Hermes, S.A. Buenos Aires, Argentina 1951, Págs. 128 a 135.

de los distintos estatutos de nuestro país, fue suprimido en el código de 31 y en la reforma de 54, se consideró una calificativa, no un delito autónomo de Abigeato, como en casi todos nuestros códigos que tienen dos elementos: cosa y lugar.

La acción debe recaer sobre una o más cabezas de ganado mayor: vacas, toros, bueyes, mulas, caballos, etc. y sus crías o cabezas de ganado menor - ovejas y cabras - pero no de sus crías, omisión inexplicable de la ley.

Por cuanto a que, para que opere la calificativa, se requiere que pasten en ganado, como pretende Jiménez Huerta, es necesario señalar un viejo proverbio jurídico que establece que, donde la ley no distingue, no tiene por qué hacerse la distinción; de tal suerte, que si el código no hace distinción entre rebaño, hato, etc., y cabezas solitarias, por ejemplo un caballo, un toro, no hay por qué tratar de distinguir lo que la ley no hace, por lo que su apoderamiento integrará la calificativa, siempre que se de la segunda circunstancia o sea la de lugar, en campo abierto o paraje solitario, entendiéndose por lo primero, como afirma Jiménez Huerta, el terreno extenso fuera de poblado; y por paraje solitario, el lugar, sitio o estancia desamparado o desierto.<sup>30</sup>

30 Cárdenas Raúl F., Derecho Penal Mexicano del Robo, Porrúa, S.A., México 1977, Págs. 201 y 202.

## 1. CONCEPTO DE TIPO

"Etimológicamente, el vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene del latín *Tipus*, estimando el maestro Jiménez Huerta que en su acepción trascendental para el derecho penal, significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Lo caracteriza como tipo y se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella.

La raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes, vertido después con la denominación de *Tatbestand*, a la lengua alemana (concretamente en el siglo XVIII), como acredita la Ordenanza Criminal prusiana de 1805 (párrafo 133) y que aún perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos.

Fernando Castellanos formula la consideración de que no debe confundirse al tipo con la tipicidad. El tipo, afirma el autor citado, es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales; en tanto que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto<sup>31</sup>.

"Tipo es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias.

31 Márquez Piñero Rafael cita a Fernando Castellanos, *El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo*, Ed. Trillas, México 1970, Págs. 159 y 160.

Así, el artículo 367 del Código Penal del Estado de Sonora, define al robo así: "Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley. Constituye un tipo, una figura, un diseño del particular delito".<sup>32</sup>

## SUJETO ACTIVO

"Es la persona física individual que desarrolla la acción criminal. Este elemento queda incluido en las formas el que, a la, al que, haga esto o lo otro, que usa nuestro legislador en las diversas figuras delictivas.

Debemos advertir que en la comisión de un delito, pueden intervenir dos o más sujetos, aplicándose en estos casos, las reglas de la participación delictiva. En otros casos, la pluralidad de sujetos es esencial para la integración del delito, como por ejemplo en la asociación delictuosa".<sup>33</sup>

"Sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y pueda con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejercicio en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual)

<sup>32</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 165.

<sup>33</sup> Cortés Ibarra Miguel Angel, Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A., México 1978, Pág. 181.

o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor) .<sup>34</sup> En el delito de Abigeato, el sujeto activo puede ser cualquier persona.

## SUJETO PASIVO

Por tal se conoce al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.<sup>35</sup> Como la ley tutela bienes no sólo personales, sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos:

a) La persona física, sin limitaciones, después de su nacimiento (infanticidio Art. 325, homicidio Art. 302, parricidio Art. 323, Lesiones Art. 288, etc.) y aún antes de él (Aborto Art. 329), protegiéndose además de los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, otros como la paz y la seguridad (Amenazas Art. 282, allanamiento de morada Art. 285, Asalto Art. 286), la salud (Delitos contra la salud Art. 194, el estado civil Art. 277), el honor (Injurias Art. 348, difamación Art. 350), la libertad (Privación ilegal de la libertad Art. 364) y el patrimonio (Robo Art. 367, abuso de confianza Art. 382, Fraude Art. 386, despojo Art. 395, daño en propiedad ajena Art. 397).

b) La persona moral o jurídica sobre quien puede recaer igualmente; la

<sup>34</sup> Op. Cit., Pág. 183.

<sup>35</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, Lecciones de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México 1976, 3a. Ed., Pág. 143.



conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio (robo, fraude, etc.) o el honor de los cuales puede ser titular.

c) La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública (corrupción de menores, lenocinio, etc.).

No pueden ser sujetos pasivos del delito los muertos y los animales; algunos autores destacan el hecho de que ni unos ni otros son titulares de bienes jurídicos., La violación del sepulcro o profanación de un cadáver (Art. 281), constituyen atentados en los cuales el sujeto pasivo lo es la sociedad o los familiares del difunto.<sup>36</sup>

Por nuestra parte, podemos agregar que el sujeto pasivo en el delito de Abigeato será el propietario del ganado que fuese robado, es decir, la persona a la que se le está lesionando en su patrimonio.

### **BIEN JURIDICO PROTEGIDO**

Pavón Vasconcelos lo define como "el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción". Bernabé Luna Ramos lo define como "el interés social y jurídico que se pretende proteger a través de la norma mediante la amenaza de la sanción, también se dice que es el valor jurídico que se protege mediante la norma para con ello crear y conservar el orden social".

<sup>36</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., Págs. 146 y 147.

"BIEN JURIDICO es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal. El bien jurídico es elemento rector en la interpretación del tipo legal. También lo es para la fijación de la punibilidad. El intervalo de la punibilidad depende del valor del bien protegido, la mayor o menor jerarquización valorativa del bien, refleja su imagen en el intervalo de punibilidad. Resulta obvio, pero algunas veces las obviedades son convenientes, que sin la presencia de un bien no debe crearse una punibilidad".<sup>37</sup>

El bien jurídico protegido en el delito de Abigeato será el patrimonio.

### **OBJETO MATERIAL**

El también denominado objeto de la acción es "el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo".

Mezguer lo identifica como objeto de la acción y entiende que está constituido por aquel objeto corporal sobre el que recae la realización de la acción típica. Estima que el objeto de la acción es un elemento integrante del tipo legal.

En realidad, se trata de un elemento no constante y estrecha y directamente conexionado con el bien jurídico. Precisamente éste último se materializa en el objeto material.

<sup>37</sup> Márquez Piñero Rafael, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Ed. Trillas, México 1970, Pág. 203.

Esta conexión aludida abre horizonte a la posibilidad de estudiar, bajo una rúbrica común, el bien jurídico y el objeto material.<sup>38</sup>

Pavón Vasconcelos lo define como "la persona o cosa dañada que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva".<sup>39</sup>

Bernabé Luna Ramos, entiende por objeto material "el ente corpóreo que ocupa un lugar en el tiempo, en el espacio y sobre el cual va a recaer o se espera recaiga la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito".

En el delito de Abigeato podemos mencionar que el objeto material sobre el cual recae la conducta será el ganado, propiedad del sujeto pasivo.

## CONDUCTA

"La única conducta proscrita es la señalada en el tipo. Quiere decirse que la no coincidente con la verbalización descriptiva del tipo, queda al margen de la figura legal. De ello resulta el sometimiento inexcusable del legislador o la exigencia derivada del objetivo último y esencial de la norma jurídico-penal, el aseguramiento de una recta y adecuada convivencia social.

Pero, para la consecución de esa convivencia indicada, el legislador ha de describir

<sup>38</sup> Márquez Piñero Rafael cita a Mezguer, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Ed. Trillas, México 1970, Pág. 208.

<sup>39</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., Pág. 151.

en el tipo solo y precisamente aquella conducta cuyo desvalor le haya sido trazado por la colectividad; y ha de hacerlo tomando en cuenta su forma de exteriorización, acción u omisión; el olvido de esta exigencia puede dar lugar a resultados inconvenientes: la conducta comunitariamente desaprobada quedaría fuera del tipo y consiguientemente, continuaría siendo permitida por el derecho penal; por contra, una conducta socialmente aprobada pasaría a quedar incluida entre las delictivas.

La doctora Islas concibe la conducta (acción u omisión) como "el proceder volitivo descrito en el tipo". El concepto jurídico-penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquel se configura con idénticos elementos. La voluntad y la actividad causal definen la acción: Puede afirmarse que al legislador se le impone la fuerza de los conceptos ontológicos de acción y de omisión. No puede por ello, variar los componentes estructurales de ambas nociones".<sup>40</sup>

El licenciado Bernabé Luna Ramos, nos dice que "La conducta como elemento del tipo, es el comportamiento que describe la norma como mandato o prohibición, es decir, que en toda norma jurídico-penal se contiene un mandato o una prohibición que se viola a través de la conducta desarrollada por el sujeto activo y que va a ser objeto de sanción".

La conducta en el delito de Abigeato, es la que consiste en el apoderamiento de ganado mayor o menor sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellos.

40 Márquez Piñero Rafael cita a Olga Islas, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Ed. Trillas, México 1970, Pág. 210.

## RESULTADO

El licenciado Bernabé Luna Ramos nos manifiesta que "es la mutación o cambio del mundo exterior que se produce como consecuencia de la conducta desarrollada por el sujeto activo".

Olga Islas nos dice que Resultado Material "Es el efecto natural de la actividad, descrita en el tipo".

El "efecto natural típico de la acción" también ha de tomarse en cuenta para la omisión; pero hay que dejar claramente asentado que el resultado material no es efecto de la omisión. Stricto sensu, ni siquiera es correcto hablar de resultado material. Hay un proceso causal atípico, uno de cuyos efectos coincide con el efecto natural típico de la acción; por esto último es atribuido a quien, siendo garante de su evitación, no lo ha evitado en el caso concreto.

Las doctrinas tradicionales, en su modificación del resultado material, lo biforcan en dos sentidos significacionales: el que denominan resultado jurídico (formal) y el que llaman resultado material.

"El maestro Porte Petit estima como plenamente válidas para la elaboración conceptual del resultado, tanto la concepción jurídico-formal como la naturalística material, en concordancia con la descripción del tipo legal. En los supuesto en que el tipo describe una mera conducta, la realización de tal comportamiento produce una mutación jurídica. Todo ello con independencia de que también se lleve a cabo una modificación del mundo exterior. Pero (junto a esos supuestos señalados)

existen otros en que el tipo exige un resultado jurídico-formal y naturalístico-material al mismo tiempo. En definitiva, Porte Petit entiende como resultado "La mutación jurídica o jurídica y material, producida por un hacer (acción), o un no hacer (omisión)".<sup>41</sup>

Por nuestra parte, podemos decir que en el delito de Abigeato la conducta será únicamente de acción sin admitir la omisión y el resultado será la alteración del patrimonio del sujeto pasivo o propietario del ganado.

### **ELEMENTOS DEL TIPO ESPECIALES**

Los elementos especiales son aquellos que, por así quererlo el legislador, han incluido en la legislación para restringir su ámbito de ampliación y que además sirvan de base par atenuar o agravar la penalidad.

Como elementos especiales del tipo, encontramos los siguientes:

#### **Medios de Comisión**

Son las formas, modos o maneras de cómo el sujeto activo **debe realizar la conducta.**

41 Márquez Piñero Rafael cita a Porte Petit, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Ed. Trillas, México 1970, Pág. 210.

Porte Petit señala "Los tipos, en numerosos casos, exigen determinados medios, originándose los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados; y ello quiere decir, que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exige el tipo correspondiente".<sup>42</sup>

En el delito de Abigeato, podemos mencionar por nuestra parte que el medio de comisión para realizar el delito será únicamente el "Apoderamiento", por lo que es un delito de medio determinado o limitado.

### **Las referencias temporal, espacial y de ocasión**

En cuanto a la primera, Porte Petit expresa: "En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la tipicidad".<sup>43</sup>

El licenciado Bernabé Luna Ramos en apuntes dados en su clase, expresa que "La referencia temporal, son exigencias que establece el legislador en cuanto al tiempo, mediante el cual se llevará a cabo la conducta del activo, o bien producirse el resultado típico; por lo que respecta a la referencia espacial, esta consiste en aquella exigencia de lugar, donde debe realizarse la conducta del sujeto activo; por último, las referencias de ocasión que son aquellas circunstancias de oportunidad, que debe aprovechar el sujeto activo para realizar su conducta".<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Jiménez Huerta Mariano cita a Porte Petit, La Tipicidad, Ed. Porrúa, S.A., México 1978, Pág. 345.

<sup>43</sup> Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A.

<sup>44</sup> Luna Ramos Bernabé, Apuntes del primer curso de Derecho Penal.

## **Elemento Subjetivo o Dolo Específico**

"Hay ocasiones, señala Jiménez de Asúa, en que el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se agregan a ella otros elementos referentes a estados anímicos del agente en orden al injusto. Esos elementos subjetivos de la antijuridicidad existen aunque no aparezcan expresamente incluidos en la definición del tipo legal, siempre que éste lo requiera (ejemplificando que sólo este elemento subjetivo de lo injusto diferencia el reconocimiento médico sobre el cuerpo de una muchacha, de la palpación impúdica del sátiro).

En cuanto a su aparición histórica, es a partir del año 1867, en que Merkel y Von Ihering aluden a problemas íntimamente relacionados con estos elementos subjetivos de la antijuridicidad, cuando comienza su difusión.

Después se refieren a ellos, con más o menos propiedad, Thon en 1878, Hertz en 1880, Loefer en 1901, Kolhrausch en 1903, Von Femeck en 1905, Graf Zu Dohna en igual fecha, Fischer en 1911, Nagles en el mismo año, Hegler en 1914, Mayer en 1915, Mezger en 1923 y 1925; y - cuando surge la sistemática finalista - Wiesel, Maurach Von Weber, Busch y Niese han contribuido a acentuar la posición subjetiva, incluso en lo injusto.

Los autores suelen admitir (dentro de las dos sistemáticas tradicionales: causalista y finalista) vinculados a la antijuridicidad, a la culpabilidad, o a ambos caracteres, elementos subjetivos que fundamentan el tipo y hasta que dan base a las causas eximentes de responsabilidad criminal.



Jiménez Huerta, de gran sagacidad en las cuestiones típicas, indica que como el tipo tiene como fin de limitar y describir conductas antijurídicas, el legislador, al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces (también por razones técnicas) una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido, que el autor ha de imprimir a su conducta, como reflejo de un estado de conciencia para dejar - claramente - inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que está precedida por dicha finalidad o estado y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo. Así por ejemplo, hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica; sin embargo, dicha conducta antijurídica no adquiere relevancia típica (de acuerdo con la fracción VII del Artículo 246 del ordenamiento punitivo mexicano), sino cuando el sujeto activo del delito hiciere uso a sabiendas del documento".<sup>45</sup>

Por su parte, el licenciado Bernabé Luna Ramos nos dice que: "Consiste en la marcada intención, maldad o falta de cuidado, que debe de observar el sujeto activo al realizar su conducta, pero también consiste en el conocimiento de alguna circunstancia personal, o de hecho que tenga el activo para realizar la conducta".

### **Elemento Normativo o Antijuridicidad Específica**

"Mezger nos habla de los elementos normativos del tipo, o típicos por usar la terminología del penalista teutón, que - para él - son presupuestos del injusto típico,

<sup>45</sup> Márquez Piñero Rafael cita a Jiménez Huerta, El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Ed. Trillas, México 1970, Págs. 234 y 235.

más bien características de la antijuridicidad pero que, por estar vinculados a ella y constar en la descripción típica, implican la necesidad de una valoración por parte del juzgador.

Esta valoración, insta en los llamados elementos normativos (señala Mezger) puede adoptar naturaleza diversa:

a) Como elementos del juicio cognitivo suponen una valoración de la concreta y específica situación de hecho, realizada de conformidad con los datos y reglas suministradas por la experiencia, no se trata del punto de vista subjetivo del juzgador, sino que tiene matices objetivos en función de la conciencia de la colectividad.

b) Como elementos de valoración jurídica, opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas, así el concepto de "cosa mueble ajena" del Artículo 367 del Código Penal Mexicano, tantas veces reiterado.

c) Como elementos de valoración cultural, requieren una actividad valorativa conforme a criterios ético-sociales, se trata de normas y concepciones vigentes en el acervo cultural-normativo de la comunidad, y no pertenece propiamente a la esfera de lo jurídico, así la castidad y honestidad del Artículo 262".<sup>46</sup>

Jiménez Huerta nos dice que los verdaderos elementos normativos (contenidos en los tipos legales) son aquellos que - por estar cargados de desvalor jurídico -

<sup>46</sup> Márquez Piñero Rafael cita a Mezger, El tipo penal, algunas consideraciones en tomo al mismo, Ed. Trillas, México 1970, Págs. 236 y 237.

resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta; cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta (descrita en él) incluye una específica referencia del mundo normativo en el que la antijuridicidad encuentra su fundamento.

Así -en el Código Penal - pueden señalarse ejemplificando: abrir o interceptar indebidamente comunicación escrita de las fracciones I y II del Artículo 173; rehusar "Sin causa legítima" la prestación de un servicio de interés público del artículo 178, negativa a comparecer sin excusa legal del Artículo 179; cuando indebidamente el servidor público retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud, de la fracción III del Artículo 215.

Finalmente, Jiménez Huerta indica que, en este sentido, conciben la existencia de elementos normativos del tipo, entre otros, Max Ernesto Mayer, Hippel, Florian, Grispigni, Maggiore, Berriol, Manzini, Bataglini, Jiménez de Asúa y Carrancá y Trujillo.<sup>47</sup>

El licenciado Bernabé Luna Ramos, nos dice que: "Son aquellas cuestiones de carácter valorativo o jurídico que exige el legislador que debe satisfacer al momento de realizar la conducta".

47 Jiménez Huerta Mariano, La Tipicidad, Ed. Porrúa, S.A., México 1978, Pág. 352.

**CAPITULO**

**III**

## ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto positivo y negativo y las formas de manifestarse el mismo; consecuentemente, la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición.

La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) La totalizadora o unitaria; y
- b) La analítica o atomizadora.

a) "Los unitarios consideran al delito como un bloque monolítico, presentándose como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja - para usar una expresión vulgar - rebanar. Es decir, el delito es un todo orgánico, es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable y su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de los componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad; sólo mirando el delito desde este perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea".<sup>48</sup>

<sup>48</sup> Porte Petit, Op. Cit., Pág. 197.

b) "La concepción analítica estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolo en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; de aquí que estamos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción, quienes demuestran la inconsistencia de las objeciones de los unitarios. Por otra parte, reconocemos las más importantes consecuencias derivadas 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".<sup>49</sup>

Dentro de la concepción atomizadora, encontramos la dicotómica o bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideran para estructurar el delito; concepciones que desde la bitómica a la hexatómica pueden formarse con elementos diversos.

Para el estudio de los elementos del delito, se hace necesario establecer la jerarquía o el orden de los elementos constitutivos del mismo. A este efecto los autores han comentado o discutido sobre si existe prioridad lógica y temporal entre ellos o si existe una prelación lógica entre los elementos del delito.

A este respecto, los seguidores de la corriente de la prioridad lógica y temporal, establecen que al existir éste, debe de determinarse la jerarquía entre los elementos constitutivos del delito.

"Autores como Porte Petit, precisan la inexistencia de la prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud de que éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Asimismo, niega la prioridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y aunque ellos guarden entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto, según su opinión, es hablar de prelación lógica "habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito". La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica porque ningún elemento es fundante del siguiente, aún cuando sí es necesario para que el otro elemento exista".<sup>50</sup>

Una vez aceptada la prelación lógica, los elementos del delito se ordenan en la forma siguiente:

A.	Conducta	-	Ausencia de Conducta
B.	Tipicidad	-	Atipicidad
C.	Antijuridicidad	-	Causas de Justificación
D.	Imputabilidad	-	Inimputabilidad
E.	Culpabilidad	-	Inculpabilidad
F.	Condiciones Objetivas de punibilidad	-	Ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad
G.	Punibilidad	-	Excusas Absolutorias

<sup>50</sup> Op. Cit., Pág. 225.

"Se considera más lógico estudiarlos en este orden, ya que si estudiáramos primero la punibilidad tendríamos que preguntarnos qué va a sancionarse y ésto nos remite a la conducta; en seguida, si queremos estudiar primero la antijuridicidad, tendríamos que ver primero qué es lo antijurídico y así poder referirnos a cada uno de ellos, por lo que su estudio nos lleva a consecuencias lógicas para ordenar los elementos en la forma antes señalada, de ahí que concluyamos que en el estudio de los elementos del delito debe considerarse que no hay prioridad entre ellos sino una prelación lógica entre los mismo".<sup>51</sup>

## **Presupuestos**

Antes de referirnos al estudio de los elementos del delito, nos encontramos con que algunos tratadistas hacen referencia a los presupuestos.

Por supuesto se entiende, la consideración previa o análisis previo de algo; también por supuesto se entiende lo que es antes del supuesto.

Porte Petit nos dice que los presupuestos del delito "son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho, descritos en el tipo y de cuya existencia dependen los títulos del delito respectivo. A su vez, los presupuestos del delito pueden ser: generales o especiales, según tenga carácter común a todos los delitos o sean propios de cada delito".<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

<sup>52</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, Lecciones de Derecho Penal, 3a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1978, Pág. 179.



"Para quienes consideran la existencia de los presupuestos, nos dicen que éstos son aquellos elementos materiales que deben existir antes para que pueda cometerse el delito de aborto se requiere que primero se encuentre la mujer embarazada, pues de otra forma no es posible cometer el aborto; para cometer el delito de adulterio se requiere que previamente el adúltero se haya casado, de tal suerte que hay quienes sostienen la existencia de presupuestos del delito y otros de los presupuestos del hecho".<sup>53</sup>

Como quiera que se les ubique, al fin y al cabo vienen a ser lo mismo, por lo que nos remitiremos a expresar los presupuestos del delito. Porte Petit señala que los presupuestos en el delito son:

- a) "La Norma Penal
- b) El Sujeto Activo
- c) El Sujeto Pasivo
- d) La imputabilidad
- e) El bien Tutelado
- f) El instrumento del delito".<sup>54</sup>

Nos dicen que éstos deben existir previamente para que pueda cometerse el delito, pues la falta de alguno de ellos nos lleva a la imposibilidad de poder cometer el delito.

<sup>53</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

<sup>54</sup> Porte Petit, Op. Cit., Pág. 208.

"Por otra parte, nos encontramos autores que sostienen que no hay presupuestos del delito, al manifestar que lo que señalan los otros autores como presupuesto del delito, no tiene o deben tener tal carácter, ya que si recordamos el tipo penal, veremos que dentro de los elementos constitutivos del tipo, se encuentran aquellos, por lo tanto, que más que ser presupuestos del delito, son elementos del tipo que cuando se concretiza la conducta se convierten en parte de un elemento del delito que es la tipicidad, y que como veremos, consiste en la concreción o concretización de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo.

En estas condiciones, sólo podría aceptarse como presupuesto del delito y atendiendo a nuestro sistema legal, en concreto a la garantía Constitucional de legalidad que establece en el Artículo 14, párrafo tercero, en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate. En tales condiciones, en sistemas legales como el nuestro, la norma sí constituye un auténtico presupuesto del delito".<sup>55</sup>

Señalada la relación que existe entre los elementos del delito y la mención respectiva por cuanto a los presupuestos del delito, nos corresponde ahora referirnos a cada uno de los elementos que integran el delito, y así tenemos que:

<sup>55</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

## **A. Conducta - Ausencia de Conducta**

La conducta viene a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica, con relación a los restantes elementos del mismo. Por lo que respecta a su estudio, el primer problema con el que nos encontramos es el de su denominación y así tenemos que el elemento objetivo del delito ha sido denominado por los tratadistas de diferente manera y para referirse a él, unos lo llaman acción, otros acto, otros acontecimiento y otros más conducta o hecho.

"Acción, con relación a este vocablo, existen dos corrientes:

- a) La que opta por aceptar la acción como comprensiva de la acción y omisión; la acción en sentido lato.
- b) La que estima que no debe usarse el término acción como agotador de las dos formas de la conducta, sino únicamente para distinguir el hacer.

La palabra acción, expresa Ferrer Sama, ha sido criticada y no sin motivo, en el sentido de que al tener que utilizar la misma palabra como concepto específico frente a la omisión, resultan repetidos los términos, genérico uno y específico el otro, evitándose con el empleo, en referencia a las dos formas de presentarse la acción, las dos expresiones comisión y omisión, las cuales por otra parte, hacen que adquiera precisión y claridad el término de delitos de comisión por omisión.

La expresión acción no es la adecuada porque no contiene o abarca a la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta. La acción implica movimiento y la omisión, todo

lo contrario: inactividad. Vienen a constituir cada una de ellas el anverso y el reverso de una medalla y si son términos antagónicos, uno de ellos, no puede servir de género para el otro, independientemente de que el término acción no incluya al resultado material, o sea el hecho".<sup>56</sup>

Respecto al término acto, unos piensan que es el apropiado para abarcar el hacer y el no hacer, entre los autores que aceptan la voz acto encontramos a Jiménez de Asúa. "Empleamos la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejercita. Adviértase además que usamos la palabra acto en la acepción más amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión".<sup>57</sup>

El acto, al igual que la acción, implica únicamente un hacer y por lo tanto, no puede comprender a la omisión, que constituye lo contrario a aquél.

Otros autores manifiestan, para reafirmar lo establecido con anterioridad, que al indicar que en cierto sentido, el acto tiene valor más lato que la acción o el hecho porque el acto, en relación al proceso físico, puede reducirse a un movimiento instintivo, automático e irreflexivo del cuerpo humano, en tanto que la acción y el hecho son manifestaciones simple y exclusivamente gobernadas por la voluntad.

<sup>56</sup> Forte Petit, Op. Cit., Págs. 230 y 231.

<sup>57</sup> Op. Cit., Págs. 292 y 293.

"Por lo que respecta al término acontecimiento, resulta demasiado amplio pues con éste se comprende todo movimiento o abstención incluyendo aquellos que son carentes de voluntad o que son realizados por cosas inanimadas y las que son irrelevantes para el campo del derecho penal". 58

Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta o hecho para denominar al elemento objetivo del delito expresando "Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material 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. Nadie puede negar que al delito lo integra una conducta o un hecho humanos y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del mismo". 59

"Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión la producción de un resultado material, unido por un nexo causal). Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho cuando el delito es de resultado material según la hipótesis típica. Así pues, el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho; este se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta que es un elemento del hecho cuando, según la

58 Bernabé Luna Ramos, apuntes.

59 Op. Cit., Pág. 229.

descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. Por nuestra parte, no hay inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos conducta y hecho, advirtiendo sin embargo que, en el lenguaje ordinario, por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos. Más si convencionalmente se habla de hecho para distinguir la conducta, el resultado y su necesario nexo causal y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción nos parece útil. Desde luego, únicamente existe el nexo causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico".<sup>60</sup>

Castellanos Tena nos indica que el término más adecuado para designar este elemento es el de conducta, ya que con él se comprende tanto la acción, como la omisión.

Determinado el nombre o denominación del primer elemento objetivo del delito, pasaremos a su estudio.

"El estudio de la conducta, como elemento esencial del delito, ha sido objeto de profundos estudios; ésto ha dado origen a la creación o aparición de dos corrientes:

- a) La causalista o tradicional; y
- b) La finalista.

<sup>60</sup> Castellanos Tena, Op. Cit., Pág. 148.

Estas corrientes le dan una concepción diversa a la conducta, pues mientras a la primera le interesa tan solo el comportamiento humano positivo o negativo, la segunda va más allá pues abarca o comprende el fin para el que se llevó a cabo.

Para la corriente causalista o tradicional, en este primer momento de estudio, la conducta se va a avocar al movimiento o abstención corporales de si el sujeto quiso llevarlos a cabo y en un segundo momento, que es el de culpabilidad, volverá a retomar el estudio de la conducta para ver la intención final.

La corriente finalista nos establece que no debemos de desmembrar la conducta pues ello nos llevaría a errores, por lo tanto, debe estudiarse íntegramente de ahí que para la corriente finalista interese no solamente si se quiso hacer el movimiento o la abstención corporales, sino también la finalidad de éstos".<sup>61</sup>

De acuerdo con estas corrientes y que es una de las cosas en que coinciden, es en su definición, pues palabras más o palabras menos los diversos autores definen la conducta como:

Castellanos Tena la define como: "El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".<sup>62</sup>

Pavón Vasconcelos expresa "la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un

<sup>61</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

<sup>62</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 149.

comportamiento que tiende a un fin. Por lo tanto, la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción".<sup>63</sup>

Como podemos ver, todos los tratadistas coinciden en su definición más no en su concepción y en su contenido, así pues, señalado el concepto de la conducta, pasaremos a señalar los elementos que la integran.

Para la corriente causalista o tradicional, los elementos de la conducta son:

- 1) El hacer o no hacer;
- 2) Una voluntariedad referida al hacer o no hacer;
- 3) Un resultado; y
- 4) Un nexa causal.

Para la corriente finalista, los elementos de la conducta son estos mismos más un quinto elemento que es la voluntariedad referida al resultado.

Señalados los elementos que integran la conducta para cada una de estas corrientes, pasaremos a explicar en qué consiste cada uno de ellos.

- 1) "El hacer o no hacer, no es otra cosa más que los movimientos corporales o la abstención de movimientos corporales, que realiza o debe realizar el agente activo del delito para con ellas configurar la conducta".
- 2) "La voluntariedad referida al hacer o no hacer, consiste no sólo en la

<sup>63</sup> Pavón Vasconcelos, Op. Cit., Pág. 186.



intencionalidad, sino que además, comprende el conocimiento que el agente activo debe tener al momento de realizar ese movimiento corporal o esa abstención".

3) "El resultado es la consecuencia jurídico penal que se produce por virtud de ese hacer o no hacer y que puede ser de naturaleza jurídica o formal y material.

Cuando el resultado que se presenta es jurídico o formal, se dice que estamos en presencia de un delito de mera conducta, pues no se requiere alteración del mundo exterior y se dice que es material, cuando se produce un cambio en el mundo exterior".

4) "El nexo causal, en Derecho Penal, dice Ranieri, "es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como a su causa".<sup>64</sup>

Para poder explicarlo han surgido diversas teorías, las que se agrupan en dos grandes rubros y así tenemos las corrientes totalizadora o universalizadora y las corrientes individualistas.

Según la primera concepción, todas las condiciones productoras del resultado considéranse causa del mismo. De acuerdo con la doctrina individualista, debe ser tomada en cuenta de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

<sup>64</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 157.

Dentro de la corriente universalizadora, encontramos la **teoría de la equivalencia de las condiciones**. "Según esta tesis debida a Von Buri, también conocida como de la conditio sine qua non, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; éste surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de todas las consecuencias y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

**La concepción de la teoría de la equivalencia o de la conditio sine qua non**, es intachable desde el punto de vista lógico, pero ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación. Para Carlos Binding, si la teoría tuviera esa importancia en el orden penal, debían castigarse como coautores en el delito de adulterio, no solo la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama".

Esta teoría, si bien es cierto que aplicada de esa forma nos conduce al error y a la injusticia, también lo es que nos ayuda a resolver el problema de la responsabilidad de los participantes, motivo por el cual los seguidores de esta corriente señalan que debe aplicarse esta teoría limitándola mediante la aplicación de correctivo, esto es, que debe aplicarse la concausalidad solamente en cuanto aquellas causas partícipes de la idea criminosa o del resultado a conseguir.

Dentro de las teorías individualistas, que se presenta con diversos aspectos; emergen por tanto, diferentes directrices.

**Teoría de la última condición, de la causa próxima o de la causa inmediata.** "Con un criterio temporal, Ortman sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Es inadmisibles esta tendencia, habida cuenta que niega valor a las demás concausas y los especialistas están acordados en que el derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del evento".

**Teoría de la condición más eficaz.** "Creada por Birmeyer, para esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas, tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo). Constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador le hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito".

**Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada.** "Únicamente considera como verdadera causa del resultado, la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta".<sup>65</sup>

De las teorías antes mencionadas, tomando en consideración a las dos corrientes, la de la equivalencia de las condiciones es la correcta por su carácter general al reconocer a las concausas la naturaleza de condiciones y resolver

65 Op. Cit., Págs. 157 y 158.

satisfactoriamente el problema de la participación, pero teniendo en cuenta claro está, lo dicho anteriormente.

"Para la corriente finalista, señalamos que la conducta se integra con cinco elementos y el último es la voluntariedad referida al resultado. Esta voluntariedad, consiste en la voluntabilidad que debe tener el sujeto con respecto al resultado y esta voluntad va más allá de la intención, pues comprende la conciencia del sujeto de que su hacer o no hacer son capaces de producir el resultado o un resultado típico".<sup>66</sup>

Tomando en consideración los conceptos que sobre la conducta se dieron con anterioridad, así como el señalamiento de los elementos que la integran, podemos deducir las formas de conducta, que para la corriente causalista o tradicional son:

- 1) La acción;
- 2) La omisión; y
- 3) La comisión por omisión.

1) La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto, una de las especies del género conducta.

Se han emitido numerosas opiniones sobre el concepto de acción, Cuello Calón con referencia a la acción en sentido estricto afirma que: "Consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigido a la obtención

<sup>66</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

de un fin determinado".<sup>67</sup>

Castellanos Tena señala que la acción strictu sensu "Es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación".<sup>68</sup>

Por nuestra parte, podemos decir que el delito de Abigeato será solo de acción, no admitiendo la omisión ni la comisión por omisión.

### **Ausencia de Conducta**

"La ausencia de la conducta se presenta fundamentalmente cuando faltan algunos de los elementos de ésta, es decir, si la conducta está ausente evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias que lleva a cabo el sujeto activo del delito.

Bettiol no hace referencia en que **"la acción consiste ante todo, en un movimiento corporal, pero no todo movimiento muscular es una acción"**.<sup>69</sup>

Igual razonamiento cabe hacer respecto a la omisión, ésta consiste en una inactividad, en un no hacer, pero no toda inactividad es una omisión.

<sup>67</sup> Jiménez Huerta Mariano cita a Cuello Calón, Derecho Penal Mexicano, La Tipicidad, Editorial Porrúa, S.A., México 1976, Pág. 319

<sup>68</sup> Castellanos Huerta Fernando, Op. Cit., Pág. 152.

<sup>69</sup> Pavón Vasconcelos cita a Bettiol, Op. Cit., Pág. 228.

Si acción y omisión son las formas de la conducta, cabe concluir que no toda actividad o inactividad integran una conducta humana salvo cuando las mismas fueran voluntarias.

La volición pues, constituye el elemento o coeficiente psíquico indispensable para integrar una acción o una omisión.

El movimiento corporal sin voluntad, como la inactividad involuntaria, no conforman una conducta humana. Ratificando Pavón Vasconcelos sobre el aspecto negativo de la conducta "cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son (suyos) por faltar en ellos la voluntad".<sup>70</sup>

"En ocasiones, un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa, pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario, tal sería el caso de la fuerza física irresistible, la energía de la naturaleza o de animales, el hipnotismo y el sonambulismo".

La dogmática jurídica ha fundamentado tres hipótesis de ausencia de la conducta, siendo las siguientes:

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

<sup>70</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., Pág. 228.

Las descripciones señaladas tienen en común, las circunstancias de que la acción (lato sensu) es realizada en ausencia de uno de los elementos que integran la conducta y que consiste en la voluntad consciente de la persona que realiza el ilícito penal.

La vis absoluta o fuerza irresistible se presenta cuando el sujeto actúa involuntariamente por una causa externa o fuerza exterior de carácter físico dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla procediéndose un resultado típico y antijurídico. Y esta fuerza superior debe provenir de un ser humano.

La vis absoluta o fuerza irresistible supone por tanto, ausencia del coeficiente (voluntad) del sujeto para cometer el delito.

Carrancá y Trujillo dice: "El que por virtud de la violencia física que sufre sobre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley, como delito, no es una causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado a título de dolo ni de culpa; no agit, sed agitur, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejerce sobre él la fuerza física. Así, mirando a los criterios clásicos, falta la moralidad de la acción y a los positivistas es nula la temibilidad del sujeto, mientras patente la del sujeto-causa. Por ello la acción no existe". 71

Por lo antes expuesto, podemos decir que la vis absoluta queda integrada cuando, existiendo una actitud o una inactividad de parte de una persona, se produce un

71 Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal mexicano Parte General, Décimo Primera Ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1977, Pág. 451.

resultado, que sin embargo, no puede serle atribuido, en virtud de estar ausente la voluntad por requerirse ésta, como coeficiente psíquico para integrar una conducta jurídicamente considerada, quien actúa o deja de actuar en la situación descrita, se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física exterior de otra persona humana.

La vis maior se presenta cuando el sujeto es impulsado por una fuerza física irresistible proveniente de algún elemento de la naturaleza o de seres irracionales, produciéndose un resultado típico y antijurídico. Esta fuerza es un fenómeno similar a la vis absoluta; actividad o inactividad involuntaria por actuación sobre el cuerpo del sujeto de una fuerza exterior a él. De esa conducta que es realizada como consecuencia del sometimiento a una fuerza superior a la propia, fuerza que proviene del exterior y a la cual es imposible resistirse, se encuentra que aún y cuando sea realizada una conducta, ésta no provendrá de la manifestación de la voluntad libre del sujeto que realiza el delito.

López Gallo define a la vis maior como "La fuerza mayor es una energía no humana (o animal), física irresistible, padecida por un sujeto que se ve arrollado en la producción de un hecho cuyo resultado no es posible atribuir a tal sujeto por ser patente la ausencia de su conducta".<sup>72</sup>

Los movimientos reflejos consisten en movimientos corporales involuntarios y con imposibilidad de resistencia psicomotora que actúan en el sujeto en virtud de estímulos internos y externos, produciéndose un resultado material. Este actuar humano se ve anulado por la falta de voluntad del agente.

72 Pavón Vasconcelos cita a López Gallo, Op. Cit., Pág. 232.



Dentro de los movimientos reflejos tenemos los siguientes:

- 1) El sueño;
- 2) El sonambulismo; y
- 3) El hipnotismo.

El sueño es un estado fisiológico de descanso del cuerpo y de la mente consciente y que dentro del sueño puede realizar movimientos corporales involuntarios, que dan como resultado un ilícito.

El sujeto activo del delito, con un movimiento corporal estando durmiendo, puede realizar una conducta ilícita, pero le falta el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho. Al no integrarse la conducta, por faltar la voluntad, habrá inexistencia del delito.

El sonambulismo es similar al sueño distinguiéndose de éste cuando el sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios; el sonámbulo, al realizar el desplazamiento, hace movimientos o abstenciones y producen un ilícito.

El hipnotismo es un fenómeno psíquico en virtud del cual el individuo se encuentra en obediencia automática, hacia el sugestionador, a través del sueño hipnótico anula su voluntad para obligarlo a ejecutar algún comportamiento delictivo.

Para algunos autores son verdaderos aspectos negativos de la conducta pues tales fenómenos psíquicos, el sujeto realiza la actividad o la inactividad sin voluntad, por

hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y no existe voluntad de querer el resultado del delito.<sup>73</sup>

Por lo que respecta a la Ausencia de la conducta en el delito de Abigeato, admite únicamente la Vis Absoluta ya que el sujeto puede coaccionar la voluntad de otro sujeto a fin de que le sea llevado por ese modo algún animal.

Asimismo, por lo que hace al sonambulismo, sueño, hipnotismo, fuerza irresistible y movimientos reflejos, el delito de Abigeato no admite ninguna de ellas que el sujeto activo no tiene la voluntad para querer apoderarse del ganado.

## **B. Tipicidad - Atipicidad**

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que nuestra Constitución Federal, en su Artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

Jiménez de Asúa define la tipicidad, en cuanto al carácter del delito como: "La exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley para cada especie de infracción".<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

<sup>74</sup> Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Editorial Hermes, Buenos Aires 1973, Ed. Sudamericana. Pág. 160.

Castellanos Tena la define como: "La adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".<sup>75</sup>

Para realizar el estudio de la tipicidad se hace necesario recordar lo que es el tipo legal y lo definimos como: "La descripción que hace el legislador de una conducta y de las circunstancias que lo redean, que en un tiempo y en un lugar determinado, se va a considerar como delito". En este orden de ideas, la tipicidad es la adecuación de la conducta a la descripción hecha por el legislador.

Establecimos que todo tipo penal se encuentra integrado por elementos generales y especiales, de esto se desprende el primer término que al presentarse una conducta determinada, lo primero es analizar el tipo penal, para saber qué conducta describe y así deducir todos y cada uno de los elementos que exige el tipo.

Una vez realizado esto, se debe comparar si la conducta satisface todos y cada uno de los elementos que exige el tipo. Por eso se dice que el tipo penal es el delito desde el punto de vista hipotético y normativo. En cambio, la tipicidad es el delito desde el punto de vista fáctico o de hecho, en tales circunstancias concluimos que la tipicidad es la adecuación o concretización de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo.<sup>76</sup>

La tipicidad en el delito de Abigeato se presenta cuando la conducta de apoderarse de una o más cabezas de ganado satisface todos y cada uno de los elementos exigidos en el Artículo 309 del Código Penal para el Estado de México.

<sup>75</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 167.

<sup>76</sup> Op. Cit., Pág. 168.

## Atipicidad

"Por lo que hace a su aspecto negativo, o sea la atipicidad, ésta se presenta cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Para Jiménez de Asúa, existe ausencia de tipicidad cuando:

- a) "No concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en leyes penales especiales".
- b) "La ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica".<sup>77</sup>

El licenciado Bernabé Luna Ramos establece como casos de atipicidad los siguientes, tomando en consideración los elementos tanto generales como especiales que integran el tipo:

- 1) La falta de calidad o cantidad del sujeto activo;
- 2) La falta de calidad o cantidad del sujeto pasivo;
- 3) Cuando falta el bien jurídico protegido;
- 4) Cuando falta el objeto material;
- 5) Cuando falta la conducta descrita en el tipo;

<sup>77</sup> Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Pág. 180.

- 6) Cuando no se produce el resultado exigido por el tipo;
- 7) Cuando no se dan los medios de comisión;
- 8) Cuando no se satisfacen las referencias, ya sea la espacial, la temporal o la de ocasión; y
- 9) Cuando falta el elemento subjetivo o bien el elemento normativo.

La atipicidad puede ser absoluta o relativa: Es absoluta cuando, por faltar un elemento exigido por el tipo, la conducta no se adecúa al tipo particular, pero tampoco a ningún otro; es relativa cuando faltando un elemento exigido por el tipo, no se da la atipicidad del particular tipo, sino que hay una variación del tipo, esto es, la conducta encuadra en otro tipo penal.<sup>78</sup>

En el delito de Abigeato, la atipicidad se presenta cuando la conducta de apoderamiento de una o más cabezas de ganado mayor, sea bovino, equino, mular o asnal; o de tres o más cabezas de ganado menor, sea porcino, ovino o caprino, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellos, no satisface todos y cada uno de los elementos exigidos por el Artículo 309 del Código Penal para el Estado de México, por lo que la falta de alguno de estos elementos da como resultado el aspecto negativo de la tipicidad.

<sup>78</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

### C. Antijuridicidad - Causas de Justificación

El delito es una conducta humana pero no toda conducta humana es delictiva y precisa, además que sea típica, antijurídica y culpable.

"Por cuanto al término que debe emplearse con relación a este elemento del delito - la antijuridicidad -, autores como Jiménez de Asúa establecen: "Hemos construido el neologismo antijurídico en su forma de sustantivo, diciendo antijuridicidad y no antijuridicidad, como suele hacerse ordinariamente en la Argentina, por motivos que se explican en pocas frases. Puesto que nos hallamos en presencia de un neologismo, tan nueva y no admitida académicamente es la voz antijuridicidad como la expresión antijuridicidad. A favor de esta última está la economía de letras y la mayor elegancia. Del mismo modo que de amable no formamos amabilidad sino amabilidad, ha de corregirse el feo trabalenguas de antijuridicidad con la más reducida forma de antijuridicidad".<sup>79</sup>

Porte Petit, citando al profesor Agustín Bravo González, considera que: "La raíz de la antijuridicidad viene de *juridicus-a-um*, que a su vez viene de *jus, dico*, o sea *digo* o *declaro* el derecho; esto es *jurídico*, lo que es según las leyes o la justicia al decir de *Blinio el viejo*". Es lo que concierne a la justicia, a su ejercicio, así tenemos *juridicus dies* que es el día de audiencia; *juridicus coventus* que son las audiencias, tribunales de justicia. Viene pues de un adjetivo latino, terminado en el sentido de que antijuridicidad, es una palabra que suprime la sílaba *di* y que como tal, no figura

<sup>79</sup> Porte Petit cita a Jiménez de Asúa, Op. Cit., Pág. 280.

en ningún diccionario de la lengua latina, siendo de conformidad con lo antes expuesto, la palabra correcta es: antijuridicidad.

Porte Petit continúa diciendo, nosotros pensamos que ha de elegirse como más exacta la palabra antijuridicidad y no la de antijuricidad. Se trata en efecto de un vocablo que se deriva del adjetivo: jurídico. Por otra parte, así como de la voz latina *amabilis* (amable) se obtiene la derivada *amabilitas* (amabilidad) sin suprimir ninguna sílaba, así también de la palabra latina *juridicus* (jurídico) se obtiene la palabra *juridicitas* (juridicidad) igualmente sin contracción ninguna. La palabra antijuridicidad quedaría justificada si el adjetivo fuera en cambio jurídico. Creemos por consiguiente, más aceptable en sede jurídica, el neologismo antijuridicidad por su exactitud y propiedad.<sup>80</sup>

En relación al concepto o definición de la antijuridicidad, los autores expresan que no resulta fácil dar una definición de la misma ya que estamos ante un concepto negativo, un anti, por lo que existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva. Establecido lo anterior, los doctrinarios establecen que lo que debe definirse es su aspecto positivo y partiendo de esa definición deducir el concepto del término negativo, el cual se tendrá por exclusión de aquel.

"Provisionalmente puede decirse que la antijuricidad es lo contrario al Derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha provisto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho. El mismo autor continúa diciendo, esta definición provisional de lo antijurídico sólo nos sirve de punto de partida. Pero nada nos dice porque seguimos sin saber lo que es contrario a derecho.

<sup>80</sup> Porte Petit cita a Agustín Bravo González, *Op. Cit.*, Págs. 373 y 374.

Siguiendo la evolución del concepto de la antijuricidad, hallamos que esa definición nominal insuficiente se completa por negaciones; es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a las que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de modo expreso. En suma, no se nos dice lo que es antijurídico sino, aunque parezca paradójico, lo que es jurídico como la legítima defensa, etc." <sup>81</sup>

Parece sumamente explícita la definición de Fernando Castellanos de que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo. "Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado". <sup>82</sup>

Autores como Porte Petit señalan que una "conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no está protegida por una causa de justificación".

En este orden de ideas se concluye, que por antijuricidad se entiende la violación del deber jurídico implícito en la norma con la consecuente lesión del bien jurídico protegido por la norma.

Bernabé Luna Ramos establece lo escrito en relación al Derecho Penal y la teoría general del delito, la antijuricidad es contemplada como un elemento positivo y por otra parte, se toma en consideración que las normas penales se encuentran

<sup>81</sup> Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Págs. 267 y 268.

<sup>82</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 178.



estructuradas de forma diversa a las demás normas del Derecho, ya que por ejemplo, en las normas civiles, laborales, mercantiles, constitucionales, etc., su redacción es directa, esto es que el deber jurídico de actuar o de abstenerse se encuentra claramente expresado, en cambio, en las normas penales se redacta lo que es contrario a Derecho y por lo tanto, debemos deducir el bien jurídico implícito en la norma y derivado de ellos es que se afirma que la conducta se ajusta a la norma pero es contraria a Derecho, no siendo por lo tanto, aplicable el principio del Derecho Civil de que lo antijurídico es lo contrario a la norma pues en materia penal, lo antijurídico es lo que es a la norma, pero es contrario a Derecho.<sup>83</sup>

En torno a la antijuridicidad, existen diversas teorías, entre las que destacan: La tesis de Ernesto Mayer, ya analizada con anterioridad al hacer referencia al tipo penal, pero que sin embargo, creemos oportuno mencionarle de manera general; esta teoría nos establece que para estudiar la antijuridicidad debemos atender a la naturaleza de la tipicidad y dice la tipicidad es la ratio cognocendi de la antijuridicidad, esto es, que a través de la tipicidad podemos conocer lo antijurídico de la conducta.

Otra teoría es la sostenida por Edmundo Mezger, también analizada en su momento y establece que la tipicidad es la ratio esendi de la antijuridicidad, es decir, la razón esencial, la esencia de la antijuridicidad, de ahí que se afirma por este autor y el anterior que toda conducta típica en principio es antijurídica.

Por lo que respecta a la antijuridicidad formal y material, algunos autores piensan que la antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio

<sup>83</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

sustancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. "Para este jurista la acción es contraria al Derecho, desde un punto de vista formal, en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad".<sup>84</sup>

Esta concepción dualista ha sido admitida por unos y negada por otros. Entre los autores que niegan tenemos a Jiménez de Asúa, el cual rechaza vigorosamente lo denominado por el absurdo dualismo en lo valorativo, señalando "Bien mirado, todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad". En suma, la antijuridicidad formal es la antijuridicidad propia. El error está en que con la terminología de Liszt se hace valorativa a lo formal que es descriptivo".<sup>85</sup>

Entre los juristas mexicanos Pavón Vasconcelos sostiene esta misma postura al establecer: "Nosotros concebimos lo antijurídico como un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Nosotros en consecuencia, acordamos con el criterio que rechaza la concepción dualista de la antijuridicidad, pues como con precisión observa Jiménez Huerta, no puede haber lugar a un juicio desvalorativo sobre la conducta sin la contrariedad formal con el mandato o la prohibición emanados del orden jurídico contradicción que por sí misma no integra la esencia de lo antijurídico.

<sup>84</sup> Pavón Vasconcelos cita a Ernesto Mayer, Op. Cit., Pág. 301.

<sup>85</sup> Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Pág. 287.

Dentro de los autores que aceptan dicha posición dualista, el mexicano Ignacio Villalobos acepta plenamente ambas formas de antijuridicidad precisando: "No es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuridicidad, formal o material, excluye a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza o su denominación, una la forma y otra el contenido de una misma cosa".

Villalobos entiende por antijuridicidad formal aquella que se opone a la Ley del Estado. La antijuridicidad material "consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales".<sup>86</sup>

Tomando en consideración lo antes establecido, la antijuridicidad formal se presenta cuando la conducta es típica; esto es, que al darse la tipicidad, en ese momento surge la antijuridicidad formal.

Cuando la conducta viola el deber jurídico implícito en la norma y lesiona el bien protegido estamos en presencia de la antijuridicidad material.

Tomando en consideración la definición de antijuridicidad que establecimos como la violación del deber jurídico implícito en la norma, con la consecuente lesión del bien jurídico protegido por dicha norma, los elementos constitutivos de la antijuridicidad son:

<sup>86</sup> Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Edición Porrúa, S.A., México 1980, Pág. 303.

- a) El deber jurídico; y
- b) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma.

Rafael Márquez Piñero define el deber jurídico como: "La prohibición o el mandato categórico contenidos en un tipo legal. Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato, es un deber jurídico de actuar y se trata de un elemento valorativo del tipo legal enunciado en forma de prohibición o en forma de mandato."<sup>87</sup>

Por lo que hace al delito de Abigeato, según el Código Penal para el Estado de México (Artículo 309), el deber jurídico consiste en la abstención de apoderarse de una o más cabezas de ganado mayor, sea bovino, equino, mular o asnal; o de tres o más cabezas de ganado menor, sea porcino, ovino o caprino, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellos.

De tal manera que cuando la conducta es típica del Artículo 309 del Código Penal para el Estado de México, se dice que es antijurídica salvo que ésta se encuentre amparada por alguna causa de justificación.

<sup>87</sup> Márquez Piñero Rafael, Op. Cit., Pág. 202.

## **Causas de Justificación**

Las causas de justificación, llamadas también causas de licitud, son aspectos negativos a la antijuridicidad que se encuentran sustentadas en la necesidad de salvaguardar un bien jurídico que se encuentra en peligro de ser lesionado.

Habrà una causa de licitud siempre que el sujeto, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado del tipo penal, va a salvar un bien cualquiera que sea su valor y no tiene otra alternativa de actuación.

Las causas de justificación son conductas autorizadas por la misma ley dentro de las circunstancias que tradicionalmente se han ubicado como justificantes legales. en nuestro Código punitivo se encuentran contempladas en su Artículo IV, citándolas como circunstancias excluyentes de responsabilidad en el Artículo 15, las cuales son las siguientes:

- a) Legítima defensa:
- b) Estado de necesidad;
- c) Ejercicio de un derecho;
- d) Cumplimiento de un deber;
- e) Obediencia Gerárquica; y
- f) Impedimiento Legítimo.

## **La Legítima Defensa.**

La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho.

Díaz de León, define a la legítima defensa como: "Aquel que comete un hecho de apariencia delictiva tratándose de defender de una agresión ilegal, que no provocó, obra bajo la protección de tal causa de justificación que elimina la antijuridicidad".<sup>88</sup>

Osorio y Nieto conceptúan a la legítima defensa: "Cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor".<sup>89</sup>

Como se observa, esta excluyente de responsabilidad es repeler una agresión injusta, actual o inminente de manera racional y en proporción de los medios empleados para defenderse y constituye la legítima defensa.

Esta excluyente de responsabilidad penal, se fundamenta en el Artículo 15, fracción III, párrafo primero del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual reza: "Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional

<sup>88</sup> Osorio y Nieto César Augusto cita a Díaz León, Síntesis de Derecho Penal, Editorial Trillas, México 1984, Primera Ed., Pág. 130.

<sup>89</sup> Op. Cit., Pág. 59.

de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

Desprendiéndose de lo antes expuesto, que la legítima defensa consta de los siguientes elementos:

a) "Un ataque o agresión que debe ser actual, violento y sin derecho; entendiéndose por agresión: una conducta que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos del que se defiende o de otra persona. El ataque debe ser actual o inminente, la justificante no se integra para situaciones pretéritas o futuras, debe repeler la agresión al instante".

b) "Que la agresión tenga como resultado un peligro inminente; pues antes de que el peligro de lesionar un bien jurídico aparezca no es necesario la defensa, debe existir una posibilidad de daño inmediato como consecuencia de dicha agresión. Sin embargo, las meras amenazas no pueden constituir este derecho".

c) "El ataque o agresión deben ser ilegítimos contrarios al derecho, el que ataca o acomete, no ha de tener ningún fundamento jurídico para ello".

Por lo que hace la legítima defensa, en el delito de Abigeato no se lleva a cabo, ya que el sujeto activo del delito cuando realiza la conducta de apoderamiento del ganado, no está repeliendo ninguna agresión violenta y sin derecho, por lo cual la persona que realiza la conducta descrita por el Artículo 309 del Código Penal para el Estado de México, debe ser sancionada por su conducta ilícita.

## Estado de Necesidad

Esta excluyente de responsabilidad es la necesidad de salvar a su propia persona o sus bienes; o la persona o bienes de otro de un peligro grave inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Es decir, cuando el sujeto se encuentra ante la situación de perder un bien jurídico y no tiene alternativa para poder evadirlo, opta por sacrificar un bien de igual o menor jerarquía.

En el estado de necesidad, como causa justificante, el hombre se ve obligado a salvar un bien propio o ajeno, al sacrificio de un interés tutelado jurídicamente; pero en la reacción valorativa entre ambos bienes, el salvado tiene mayor preponderancia sobre el sacrificado.

En la escala de valores, es difícil para el hombre el decidirse en conflicto axiológico, cuando lo que está en juego es la vida del hombre. Y es dificultoso porque lo que está en juego es el derecho fundamental del hombre, un derecho-valor que reviste un valor por sí mismo, porque la vida del hombre siempre debe ser un fin en sí misma, nunca un medio.

Raúl Carrancá y Trujillo cita a Manzini sobre el Estado de necesidad el cual manifiesta: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Carranca y Trujillo Raúl.



Por su parte, Castellanos Tena hace referencia sobre el estado de necesidad según Sebastián Soler, el cual define: "Es una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la violencia de otro bien jurídico".<sup>91</sup>

Los elementos del Estado de necesidad son:

- a) Una situación de peligro real, grave, inminente e inmediata;
- b) Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídico, tutelado, propio o ajeno;
- c) Una violación de un bien jurídicamente protegido distinto;
- d) Imposibilidad de emplear otro medio para poner a salvo los bienes en peligro.

El estado de necesidad tiene su fundamento en la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, indicando: "Obrar por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente y que este no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, sólo menciona dos casos de Estado de Necesidad:

<sup>91</sup> Castellanos Tena Fernando cita a Sebastián Soler, Op. Cit., Pág. 203.

El aborto terapéutico, previsto en el Artículo 334, consistente en la no aplicación de sanción alguna, cuando la mujer embarazada de no provocarse el aborto corre peligro de muerte, a juicio del médico y oyendo la opinión de otro médico.

Y el Robo de Farnélico, previsto en el Artículo 379 del ordenamiento citado anteriormente.

Por lo que hace el Estado de necesidad en el delito de Abigeato, no se dará ningún caso ya que el Código Penal para el Estado de México no contempla ningún caso como delito de robo según lo prevee el Artículo 307 que reza: "No se impondrá pena al que sin emplear los medios de violencia física o moral, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

### **Ejercicio de un Derecho o Cumplimiento de un Deber**

Otra de las causas de justificación que también privan a la conducta del elemento antijuridicidad y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito, lo es el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. El Código Penal la regula en la fracción V, del Artículo 15, como excluyente de responsabilidad, el cual expresa:

"V. Obrar en forma legítima en cumplimiento de una deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

Los doctrinarios establecen que el ejercicio de un derecho se presenta cuando el agente se encuentra facultado por la ley o por un mandato judicial, para realizar una conducta que lesiona aparentemente el bien jurídico.

Por lo que respecta al cumplimiento de un deber, se establece que el agente se encuentra obligado por la ley o por un mandato judicial a realizar la aparente lesión de un bien jurídico. Estas causas de justificación son correlativas, pues todo derecho implica una obligación y viceversa.

También nos encontramos que en relación a estas causas, en ocasiones no es posible distinguirlos y ello depende del punto de vista desde el que se les observa, ya que para unos puede ser ejercicio de un derecho y para otros cumplimiento de un deber; como ejemplos de estas causas de licitud tenemos a las lesiones inferidas con motivo de tratamientos médico-quirúrgicos y a las lesiones causadas en los deportes, al respecto González de la Vega señala, los tratamientos médico-quirúrgicos pueden provocar lesiones, las cuales se justifican por el reconocimiento que el Estado hace de las actividades médicas y por la preponderancia que el mismo Estado, a través de la ley, hace respecto de determinados bienes, es decir, se justifican tales alteraciones de la salud por la licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una profesión autorizada y reconocida legalmente.

En lo correspondiente a las lesiones cometidas en la práctica de deportes, las realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el Estado para llevar a cabo tales actividades y, salvo situaciones de imprudencia o dolo (en todo caso sujetos a prueba), la conducta realizada no es antijurídica.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> González de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, Vigésima Cuarta Ed., Porrúa, S.A., México 1991, Págs. 12 a 18.

Por nuestra parte, podemos decir que el delito de Abigeato sí admite el ejercicio de una deber o cumplimiento de un derecho.

### **Obediencia Jerárquica**

Para algunos autores es considerada como causa de justificación y para otros, como causa de inculpabilidad.

La obediencia jerárquica se encuentra prevista en la fracción VII del Artículo 15 del Código Penal, el cual establece: "VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria y no se prueba que el acusado la conocía".

El profesor Bernabé Luna Ramos comenta que quienes sostienen que es una causa de justificación, afirman que la obediencia jerárquica se basa fundamentalmente en el hecho de que el inferior tiene la obligación de acatar la orden de su superior y de que en esas circunstancias carece de la facultad de inspección, es decir, de discusión de la orden, por lo tanto, el inferior se encuentra en una de las especies del cumplimiento de un deber.

Quienes sostienen que la obediencia jerárquica es una causa de inculpabilidad, nos dicen que la última parte de esta fracción establece que la orden no sea notoriamente constitutiva de delito, así también como que el inferior no conocía esa circunstancia, por lo tanto, no es el hecho de que el inferior tenga la obligación de obedecer al superior, sino lo importante, lo vital es que la orden no es notoriamente

constitutiva de delito, por lo tanto, el inferior se encuentra bajo un error de hecho esencial invencible que anula la culpabilidad, ahora bien; en relación a esta situación nuestro más alto tribunal ha sustentado el criterio jurisprudencial que a la letra dice:

"Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a este de responsabilidad penal, en razón de que aquella sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley como excluyente de responsabilidad cuando la dependencia jerárquica entre el superior que mande y el inferior que obedece sea de carácter oficial".<sup>93</sup>

En nuestra opinión, el delito de Abigeato sí admite la obediencia jerárquica ya que en diversas circunstancias, un superior jerárquico puede dar la orden a su inferior jerárquico para que le lleve ganado siempre y cuando no sea muy notorio que se trata de un acto delictuoso.

### **Impedimento Legítimo**

El impedimento legítimo también es causa de excluyente de responsabilidad por justificación o ausencia de antijuricidad.

<sup>93</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

En nuestro ordenamiento Penal, se encuentra contemplado el Artículo 15 fracción VIII, el cual reza: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo".

Llevándose a cabo cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto de abstenerse de obrar. Creándose un tipo penal, observándose que el comportamiento es siempre omisivo, nunca de actos. Tales omisiones han de reconocer una causa legítima.

Castellanos Tena hace referencia del penalista Jiménez Huerta, el cual argumenta que la excluyente de impedimento legítimo carece de razón de estar incluida en la fracción VIII del ordenamiento citado, toda vez que cabe en la hipótesis de la justificante del cumplimiento de un deber.

Por su parte, Carrancá y Trujillo se adhiere al comentario del autor Sivela, el que hace referencia sobre esta excluyente manifestando: "El que no ejecuta aquello que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito, lo exime a no dudarlo de responsabilidad la legitimidad que motivó su inacción".<sup>94</sup>

El comportamiento de esta hipótesis es siempre omisivo, el término impedimento legítimo nos da una concepción muy amplia, debiendo entenderse por impedimento la imposibilidad de hacer algo; y por legítimo se entiende lo auténtico, lo real y no exclusivamente lo legal, por lo tanto, el impedimento legítimo se presenta cuando el sujeto se encuentra en la imposibilidad física, real y auténtica de hacer lo que

94 Carrancá y Trujillo Raúl cita a Sivela, Op. Cit., Pág. 566.

manda la norma. Suele ejemplificarse con el caso del sujeto que se niega a declarar por impedírselo la ley, en virtud del secreto profesional.

Podemos decir, visto lo anterior, que el delito de Abigeato no admite impedimento legítimo.

#### **D. Imputabilidad**

Dentro de los elementos del delito que estudia la dogmática jurídica, se citó a la imputabilidad como un elemento más, habiendo discrepancia entre los autores. Algunos separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito y hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella a la imputabilidad. Una tercera posición compartida por nosotros, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Vela Treviño cita a Manzini, el cual define a la imputabilidad como: "El conjunto de las condiciones físicas y psíquicas puestas por la ley para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor."<sup>95</sup>

<sup>95</sup> Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, S.A., México 1977, Pág. 14.

Manzini reconoce y acepta un libre arbitrio en el hombre, pero sostiene que no es este el exclusivo sostén de la imputabilidad, sino su fundamento se encuentra además en el criterio de la casualidad voluntaria, entendida como la razón por la cual un individuo, tanto física como psíquicamente. Reconociendo que la libertad es el presupuesto indispensable para la concepción de la imputabilidad.

Para que la acción sea incriminable, además de antijurídica y típica, ha de ser culpable. Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable.

Imponer es poner cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin ese alguien, y para el Derecho Penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad.

Carrancá y Trujillo define al imputable como: "Todo aquel que posea el tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminantes por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".<sup>96</sup>

Como se observa, el problema relativo a la imputabilidad del hombre por sus actos ha tenido, salvo en la posición de varios autores, una estrecha vinculación con el concepto de libertad.

<sup>96</sup> Carrancá y Trujillo Raúl cita a Manzini, Op. Cit., Pág. 389.



La libertad, a la luz de efecto de imputabilidad, es la facultad del hombre para actuar conforme a su voluntad, entendiendo por voluntad la capacidad de autodeterminación conforme con el sentido.

Por lo que afirmamos que la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme al sentido teniendo la facultad, reconocida normativamente de comprender la antijuridicidad de su conducta.

La imputabilidad, como presupuesto de la culpabilidad, corresponde a la corriente psicologista, dándose en Alemania, teniendo como base sustentadora la formulación del juicio de reproche relativo a la culpabilidad, en función de un hecho concreto del que se pretende responsabilizar al autor de la conducta enjuiciada, lo que significa que para poder calificar de culpable a una persona, se requiere exigir un comportamiento distinto, referido a un hecho concreto y, además, una capacidad de tipo general para la comprensión de lo antijurídico del acto.

Para ser culpable un sujeto, es necesario que sea imputable, si en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe obtener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce, aptitud intelectual y volitiva.

Y aceptar el resultado de su conducta, siendo por tanto, fundamento para la realización del juicio de reproche relativo a la culpabilidad de que el sujeto sea imputable. Es por lo que consideramos que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Lo anterior se explica, porque el delito es un hecho culpable. No es bastante que el agente sea su autor material, es preciso además que sea su autor moral.

Sin embargo, el agente antes de ser culpable, debe ser imputable, se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.

La imputabilidad tiene los siguientes elementos:

- a) Capacidad física; y
- b) Capacidad legal.

La capacidad física es encontrarse el sujeto activo, al momento del hecho ilícito, sano y en pleno uso de todas sus facultades.

La capacidad legal es cuando el individuo adquiere la mayoría de edad y no tener ninguna incapacidad al realizar su conducta delictuosa.

Por nuestra parte, podemos decir que la imputabilidad en el delito de Abigeato será cuando el sujeto activo del delito o sea la persona que se apodere de ganado mayor o menor sin el consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellos, tenga la capacidad física y legal para el apoderamiento.

## **Inimputabilidad**

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad o sea, la incapacidad para entender y querer en materia penal. Se señalan como causas o casos de inimputabilidad los siguientes:

- a) Minoría de edad;
- b) Trastorno mental;
- c) Desarrollo intelectual retardado; y
- d) Miedo grave.

a) **"Minoría de edad.** Se dice que el menor de 18 años no ha alcanzado su madurez emocional y el legislador ha considerado que ésta es la edad en que adquiere dicha madurez. Cabe advertir que no todas las opiniones son en este sentido, pues hay quienes consideran la madurez intelectual, esto es, para determinar lo bueno y lo malo, dicha madurez se adquiere desde los 14 a 15 años, es decir, cuando se llega a la pubertad. Sin embargo, hay opiniones en contrario que establecen que la madurez no se adquiere a los 18 años ya que a esta edad el sujeto se encuentra involucrado en una serie de indecisiones, a esa edad en realidad el sujeto no sabe ni lo que quiere, por lo tanto, debería considerarse como mayoría de edad la de 21 años, el hecho es que nuestra legislación señala la mayoría de edad a los 18 años, aunque en algunos Estados de la República es mayor o menor a esa edad".<sup>97</sup>

<sup>97</sup> Bernabé Luna Ramos, apuntes.

En el Distrito Federal, los menores de 18 años son inimputables, en consecuencia, cuando un menor de 18 años realiza una conducta tipificada en las leyes penales como delito, se le sujeta a un estatuto propio de los menores que llevan a cabo este tipo de conducta. Dicho estatuto es la ley que crea "Los Consejos Tutelares para Menores Infractores en el Distrito Federal, a cuya jurisdicción se remite a los menores infractores. El Consejo Tutelar para Menores, previo estudio de la personalidad y del hecho cometido, es el que determina las medidas tutelares a que deban someterse los menores".

La legislación y el tratamiento de los menores es eminentemente tutelar y preventiva, ya que tiende a rehabilitar al menor para incorporarlo positivamente a la sociedad y a prevenir futuras conductas infractoras.

b) **"Trastornos mentales.** El Artículo 15, fracción II del Código Penal, establece como circunstancia excluyente de responsabilidad la de **padecer el inculcado, al cometer la infracción, trastorno mental**".

"Esta situación denominada en el Código Penal excluyente de responsabilidad, maneja con mayor acierto las hipótesis tratadas por los Artículos 15, fracción II y 68 del ordenamiento citado. Antes de la reforma de 84 la fracción mencionada aludía a estados de inconciencia debidos a la ingestión involuntaria de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, toxicoinfecciones o trastornos mentales patológicos y transitorios; y el Artículo 68 se refería al internamiento en establecimientos especiales para locos, idiotas, imbeciles, etc., ahora gracias a la reforma señalada, se engloban en un solo concepto, **trastorno mental**, las situaciones que anteriormente eran citadas por los mencionados preceptos".

La ingestión de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes provoca un trastorno de las facultades mentales; igualmente las toxi-infecciones producen ese estado. Por otra parte, es acertada la reforma al no distinguir entre trastorno mental transitorio y permanente. Lo importante es que en el momento de realizarse el hecho, el sujeto sufra trastorno mental.

c) **"Desarrollo intelectual retardado.** La misma fracción II del Artículo 15 del multicitado ordenamiento penal, instituye como excluyente de responsabilidad: *padecer el inculgado, al cometer la infracción, desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo a esa comprensión*".

Como puede apreciarse claramente, se trata de una causa de inimputabilidad, la incapacidad para comprender o para actuar con plena comprensión, o sea incapacidad para querer y entender.

En el desarrollo intelectual retardado, puede incluirse la sordomudez, anteriormente manejada por el Artículo 67 del Código Penal, que prevenía la reclusión de los sordomudos que contravenían preceptos de una ley penal en escuelas o establecimientos para sordomudos.

La sordomudez, para que sea causa de inimputabilidad, debe ser congénita y producir ésta un estado de incompreensión, falta de entendimiento en el sujeto. El sordomudo que padece esta anomalía adquirida y que sabe leer y escribir y ha tenido un desarrollo intelectual adecuado, no es inimputable.

Entendemos el desarrollo intelectual retardado como una disminución de las facultades de entender, de captar cabalmente los fenómenos, de conducirse con un mínimo de inteligencia, esto es, lo consideramos una disminución de la inteligencia, disminución que debe ser tal que anule las facultades de querer y entender.

d) **"El miedo grave.** El miedo grave intenso anula la capacidad de conocer plenamente y de optar entre la verificación de una conducta o abstención, por lo que conforme a la fracción IV, del Artículo 15 del Código Penal, *el miedo grave o el temor fundado e irresistible de una mal inminente y grave en la persona del contraventor, se estima como una excluyente de responsabilidad*".

El miedo es un fenómeno psicológico subjetivo capaz de producir inconciencia, reacciones imprevistas y pérdida del control de la conducta, que engendra un estado de inimputabilidad fundamentado en la alteración de las funciones psicológicas.<sup>98</sup>

En el delito de Abigeato, son aceptadas como causas de inimputabilidad, la minoría de edad y el trastorno mental.

<sup>98</sup> Osorio y Nieto, Op. Cit., Pág. 64.

## **E. La Culpabilidad e Inculpabilidad**

### **La culpabilidad**

Destaca en importancia respecto de los otros elementos del delito, porque a través de ella es que el Derecho vincula cierto acontecimiento con un hombre determinado. El sujeto es el único sobre el cual puede realizarse la valoración acerca de la reprochabilidad de la conducta que haya emitido y que necesita ser típica y antijurídica.

La culpabilidad es el alma de la infracción, es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido, su raíz o fundamento es la posibilidad de actuar y de la consecuencia inmediata de su relación y en el trayecto de su ejecución material no da marcha atrás, aceptando así la consecuencia final.

En su aspecto jurídico penal, la culpabilidad tiene que ser entendida ante todo como una determinada situación de hecho ordinariamente psicológica, que corresponde a lo que se llama situación fáctica de la culpabilidad y a la cual se concreta el reproche que se dirige al autor y consecuentemente, la pena que al mismo debe aplicarse. Además, para que alguien pueda llegar a sufrir consecuencias de su haber culpable (pena), no es suficiente que sea el autor de una conducta típica y antijurídica, sino que requiere igualmente que esa conducta pueda ser reprochada personalmente.

Jiménez de Asúa define a la culpabilidad como. "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".<sup>99</sup>

Castellanos Tena, determina a la culpabilidad como: "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".<sup>100</sup>

De las dos definiciones se deduce que existe un acto injusto concreto que tiene una correcta interpretación de la teoría del delito, una serie de condiciones lógicas que deben ser satisfechas para tomarlas como condición establecida para el estudio de la culpabilidad, siendo la voluntad y la reprochabilidad.

La voluntad se entiende como la posibilidad de formar una voluntad de conducta, es decir, porque dolosamente se encamina la voluntad hacia la concreción de un tipo (dolo), o porque no se incluya en la propia conducta el mínimo necesario de dirección para que el resultado no se produzca (culpa).

El juicio de reproche lo constituye la capacidad de imputación o sea, la facultad de guiar la voluntad con pleno conocimiento del contenido de antijuridicidad de la conducta.

"Existen dos teorías principales que se disputan el estudio sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad, siendo:

<sup>99</sup> Vela Treviño cita a Jiménez de Asúa, Op. Cit., Pág. 169.

<sup>100</sup> Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 232.



- 1) Teoría Psicologista; y
- 2) Teoría Normativista.

La culpabilidad tradicionalmente fue entendida como la relación psicológica que se establecía entre un autor y su hecho, relación que podía ser directa (dolo) o indirecta (culpa), pero siempre vinculada con la conducta; dicho sea de otra forma, la culpabilidad se determina por la posición psicológica del autor frente a su hecho.

Largo fue el camino que tuvo que seguir en su evolución histórica la formación del concepto de la culpabilidad.

De aquella época en que la culpabilidad y la reprochabilidad sobrevenían simplemente de la producción del resultado dañoso, lo que constituía lo que puede llamarse causalidad psíquica, que se entiende como la vinculación subjetiva por lo cual quedan unidos un hecho y su autor.

Entre los sostenedores de la teoría psicológica de la culpabilidad destaca Sebastián Soler y la encuentra integrada por dos elementos:

- 1) La vinculación del sujeto con el orden jurídico que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y
- 2) La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad".<sup>101</sup>

101 Vela Treviño cita a Sebastián Soler, Op. Cit., Pág. 180.

Luis Fernández Doblado define a la culpabilidad así: **"Se considera como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible**, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objetivo de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación objetivamente delictuosa".<sup>102</sup>

Por lo que consideramos que hay culpabilidad cuando un sujeto capaz (imputable) con conciencia del contenido de antijuridicidad de su conducta, realiza dolosa o culposamente un hecho que produce un resultado típico. Todo el enjuiciamiento relativo a la culpabilidad gira en consecuencia alrededor de la voluntad. Es ella la que contiene la manifestación del sujeto al oponerse al orden jurídico (dolo) y también en la voluntad se forman la indolencia o desatención que directamente crean la oposición del sujeto al orden jurídico (culpa).

La teoría normativista de la culpabilidad no constituye una tesis opuesta al psicologismo, sino más bien complementa la forma tradicional. Lo anterior es absolutamente cierto, ya que la culpabilidad está plenamente imbuida en un contenido psicológico, puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un resultado típico y antijurídico y una conducta que, como tal, la manifestación especial de la voluntad de un sujeto.

Jiménez de Asúa manifiesta que para entender el concepto de la culpabilidad, de acuerdo a la teoría del normativismo, dice:

**"Para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación**

102 Castellanos Tena cita a Fernández Doblado, Op. Cit., Pág. 233.

psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, que partiendo del hecho en concepto psicológico ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa".<sup>103</sup>

En suma, la culpabilidad se constituye con un juicio de reproche, basado en el acto psicológico, en los motivos, en la caracterología del agente y en la exigibilidad. Una conducta es culpable si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo de una conducta diversa a la realizada.

De la concepción Normativista de la Culpabilidad se obtienen los siguientes aspectos:

- 1) "La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico".
- 2) "La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente".
- 3) "La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto".
- 4) "La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad".

103 Vela Treviño cita a Jiménez de Asúa. Op. Cit., Pág. 184.

Por otra parte, tanto psicólogos como normativistas coinciden en que el delito no sólo el acto (objetivamente considerado), ha de ser contrario a Derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan, sino que es menester la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentra también en pugna con el orden jurídico.

Después de haber visto las dos teorías principales sobre la culpabilidad, Sergio Vela Treviño define la culpabilidad de la siguiente manera: "Es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma".<sup>104</sup>

Con este concepto queda claramente establecido que es el juez quien, al conocer un hecho individualizado que es motivo de su enjuiciamiento, resuelve el juicio decretando la culpabilidad del autor, quien pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo cual el derecho pretende no lo hace así, de donde resulta la consecuencia de reprochar a ese mismo sujeto, vinculado psicológicamente con el acontecimiento, no haber adecuado su conducta a lo que las normas establecen.

El Derecho Penal vigente conoce dos formas de culpabilidad, siendo el dolo y la culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

El dolo es la principal forma de culpabilidad y constituye tal vez el escollo más difícil

<sup>104</sup> Vela Treviño Sergio, Op. Cit., Pág. 201.

de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues la doctrina como los autores, no llegan a un acuerdo de la definición de dolo.

Sebastián Soler, quien como hemos dicho aparece afiliado al psicologismo, define el dolo diciendo que: "Existe no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello, se ha obrado".<sup>105</sup>

Por su parte, Mezger afirma que: "Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".<sup>106</sup>

Jiménez de Asúa expresa que: "El dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajusta al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y cambio en el mundo exterior o de su mutación), con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o consciente".<sup>107</sup>

Por nuestra parte, definimos el dolo como: "El actuar consciente y voluntario del sujeto activo dirigido a la producción de un resultado típico y configurado en la ley como antijurídico".

Cada autor hace su propia clasificación del dolo. Así se habla doctrinariamente de dolo indirecto, directo, eventual, indeterminado, etc.

<sup>107</sup> Vela Treviño cita a Jiménez de Asúa, Op. Cit., Pág. 212.

Hay dolo directo cuando el agente ha previsto como seguro el resultado u omisión o los resultados ligados a ellas de modo necesario y ha querido directamente el desenlace.

Existe dolo indirecto cuando el sujeto activo se propone un fin y sabe que surgirán otros resultados delictivos típicos y atijurídicos, los cuales no son objeto de su voluntad a pesar de ello, no lo hace retroceder y lleva acabo su propósito de cometer el ilícito.

El dolo indeterminado es cuando el agente tiene la intención genérica de cometer el ilícito penal sin proponerse causar un delito en especial, realizándose en el momento que el sujeto lanza una bomba en un autobús de pasajeros a sabiendas de que van a morir varias personas y a causar daños al autobús, como protesta en contra de su Gobierno.

El dolo eventual es aquel que realiza una persona deseando un resultado delictivo previendo la posibilidad de que surjan otros resultados no queridos directamente. Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de resultados típicos previstos pero no queridos directamente.

El dolo contiene dos elementos que son:

- a) Elemento volitivo; y
- b) Elemento ético.

El elemento volitivo, también llamado emocional, consiste en la voluntad de realizar el acto, en la violación del hecho típico.

El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber.

El dolo en el derecho punitivo vigente, se encuentra contemplado en el Artículo 8º, el que indica que los delitos pueden ser:

- 1) Intencionales;
- 2) No intencionales o de imprudencia; y
- 3) Preterintencionales.

Este Artículo, al enumerar las formas de culpabilidad con terminología inadecuada, constituye una serie de desaciertos que conducen no sólo a la confusión, sino a verdaderos casos de integración de la ley, a pretexto de su interpretación.

El artículo 9º del mismo ordenamiento, establece la presunción "Juris Tantum" de dolo al referirse que obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

La culpa, como segunda forma de culpabilidad, también se le denomina imprudencia y la encontramos cuando el sujeto activo del delito no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por actuar imprudente o

negligente carente de atención y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso.

Jiménez de Asúa define la culpa como: "La producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento de las actividades del autor, que producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".<sup>108</sup>

Ignacio Villalobos expresa que una persona tiene culpa cuando: "Obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente no consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo".<sup>109</sup>

De las definiciones citadas se desprende un actuar negligente o falta de atención o de no tomar las debidas precauciones el agente (sujeto activo) comete un delito, no deseando un resultado ilícito.

Existen diversas concepciones teóricas que pretenden precisar la naturaleza jurídica de la culpa, destacando entre ellas:

- a) Teoría de la previsibilidad;
- b) Teoría de la previsibilidad y evitabilidad; y

<sup>108</sup> Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., Pág. 353.

<sup>109</sup> Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Pág. 298.



c) Teoría del defecto de la atención.

La teoría de la previsibilidad fue sustentada por la escuela clásica, destacando en forma particular Carrara para quien la esencia de la culpa "radica en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho". <sup>110</sup>

Afirmando que la culpa es un defecto de la voluntad, pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente al no emplear esta "la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras".

La segunda teoría de la previsibilidad y evitabilidad acepta la previsibilidad del evento penalmente antijurídico pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no haya lugar al juicio de reproche. Cuando el resultado siendo previsible, resulta inevitable. Así, la culpa concebida gira como se ve en torno al elemento subjetivo "previsibilidad" más el objetivo "prevenibilidad" y permite mantener la imputabilidad por vicio de la voluntad (culpa) a diferencia del vicio del sentimiento (dolo). <sup>111</sup>

Teoría del defecto de la atención que hace descansar la esencia de la culpa en la violación por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

<sup>110</sup> Pavón Vasconcelos refiere a Carrara, Op. Cit., Pág. 266.

<sup>111</sup> Carrancá y Trujillo, Op. Cit., Pág. 414.

Según Antolisei, una acción es culposa cuando: "Existe una violación a determinadas formas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso de la costumbre".

Observándose de este modo el mecanismo de la culpa, se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas.

**Los elementos de la culpa son:**

- a) Un actuar voluntario, positivo o negativo;
- b) Falta de cautela o precaución exigida por la ley;
- c) Resultado típico con carácter de prevenible o evitable;
- d) Relación de causalidad entre la conducta inicial y el resultado no querido.

De estos elementos se desprende la teoría del defecto de la atención sobre la culpabilidad.

**Especies de culpa**, las principales son dos:

- a) Culpa consciente, con previsión o con representación; y
- b) Culpa inconsciente, sin previsión o sin representación.

La primera se da cuando el agente ha previsto el resultado como posible, pero no desea el resultado y tiene la esperanza de que no ocurrirá. A pesar de lo cual desarrolla la conducta produciéndose el resultado.

La culpa es inocente sin previsión o sin representación cuando no se prevee un resultado previsible. Existe voluntad de la conducta causal pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. <sup>112</sup>

La culpabilidad en el delito de Abigeato es únicamente dolosa.

### **La Inculpabilidad**

Las causas de inculpabilidad se presentan cuando falta alguno de los elementos constitutivos de la culpabilidad, esto es, cuando falte el elemento volitivo o emocional o cuando falte el elemento ético, esto es de acuerdo con la corriente psicológica; y en cuanto a la corriente normativa, cuando la falta de situación real o dolosa, o culposa o cuando falta el juicio de reproche; la ausencia de cualquiera de estos elementos trae consigo las causas de inculpabilidad las cuales son:

- a) El error de hecho esencial e invencible;
  - b) La no exigibilidad de otra conducta;
  - c) Las eximentes putativas;
  - d) El caso fortuito; y
  - e) Para algunos autores la obediencia jerárquica.
- a) **"El error de hecho esencial e invencible, consiste en la falta de apreciación que tiene el sujeto de la realidad y que le obliga a actuar produciendo un**

112 Castellanos Tena cita a Antolisei, Op. Cit., Pág. 246.

resultado típico. Casiellanos Tena señala: "El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como este es en la realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce equivocadamente".

Cabe aclarar que el error en que debe encontrarse el sujeto, debe ser en cuanto a la esencia o núcleo de la conducta, pues sólo de esta manera, podrá constituirse en causa de inculpabilidad, pues si el error versa sobre los accidentes o aspectos accesorios de la conducta, entonces no será causa de inculpabilidad sino tan solo un atenuante de ésta y estaremos en presencia del error accidental y vencible.

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

Error en la persona, en este caso, el sujeto confunde a un sujeto, con el posible sujeto pasivo y sobre aquel desarrolla la conducta en donde evidentemente no quiere causarle daño alguno a éste.

El error en el objeto o también llamado error en el golpe, se presenta cuando el sujeto activo del delito dirige mal su conducta o su comportamiento, motivando con ello que ésta recaiga en un objeto material distinto a aquel a quien iba dirigido.

El error en el delito, se presenta cuando queriendo cometer un delito determinado en realidad se comete otro.

El error, para que sea causa de inculpabilidad, tiene que ser esencial pero además tiene que ser invencible, esto es, que cualquier sujeto que se encuentre en igualdad de circunstancias actuaría de idéntica forma, pues de no ser así debe considerarse el error como vencible.

b) **"La no exigibilidad de otra conducta**, se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta, se refuta excusable esa forma de conducta".

El profesor Bernabé Luna establece que se presenta cuando habiendo varios bienes en peligro y ante la imposibilidad de salvar todos ellos se opta por sacrificar los de menor jerarquía. En torno a esta causa de inculpabilidad, hay quienes la confunden con el estado de necesidad que es causa de justificación y nos dicen que la no exigibilidad de otra conducta, no es otra cosa más que un estado de necesidad inculpable.

Continúa diciendo otro grupo de doctrinarios, nos dicen que la diferencia entre el estado de necesidad y la no exigibilidad de otra conducta, está en que el estado de necesidad se debe sacrificar el bien de menor jerarquía y en la no exigibilidad de otra conducta los bienes son de igual jerarquía, por lo tanto, cualquiera de ellos se puede sacrificar.

Pero la realidad es que la diferencia la encontramos, no en la jerarquía de los bienes, sino en la situación de peligro.

En el estado de necesidad, un bien se encuentra en peligro y para salvar este bien o estos bienes en peligro se va a sacrificar otro bien ajeno a la situación de peligro, el cual puede ser de igual o menor jerarquía.

En cambio, la no exigibilidad de otra conducta son varios bienes que están en peligro y para salvar uno o varios de estos bienes se opta por sacrificar uno o varios de ellos, de igual o menor jerarquía.

c) **"Las eximentes putativas**, éstas tienen su fundamento en el error, por lo tanto, es una falsa apreciación que se tiene de la realidad que obliga al sujeto a actuar creyendo que se encuentra amparado por una causa de justificación, de ahí que haya tantas eximentes putativas como causas de justificación y así tenemos: la legítima defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber putativos, etc.

d) **"El caso fortuito**, se presenta cuando el sujeto realiza una conducta lícita que produce un resultado típico, el cual no es previsible ni evitable".

e) **"La obediencia jerárquica**, con respecto a la misma, ya quedó determinada cuando se hizo referencia a las causas de justificación".

Como causas de inculpabilidad en el delito de Abigeato, se admiten: El error de hecho esencial e invencible, la no exigibilidad de otra conducta, los eximentes putativos y el Estado de necesidad. <sup>113</sup>

113 Castellanos Tena. Op. Cit., Págs. 254 a 259.

**F. Condiciones Objetivas de Punibilidad y Ausencia de las Condiciones Objetivas de Punibilidad.**

Las condiciones objetivas de punibilidad, se les considera como uno de los elementos del delito y se les hace consistir en hechos futuros o inciertos, positivos o negativos que son ajenos o externos a la acción del sujeto activo y de los cuales la ley hace depender la punibilidad de un delito.

Mucho se ha discutido si es un elemento del delito o es accesorio del mismo; Beling pretende desaparecerlas del tipo excluyendo de este último todo lo que no es abarcado por la culpabilidad del autor. Consiguientemente, son para él "condiciones de la sanción penal aquellas circunstancias que la ley exige para que pueda aplicarse la pena, que yacen fuera del tipo captado por la culpabilidad del agente, que no condiciona la antijuridicidad de la conducta y que no poseen carácter de culpabilidad".

Edmundo Mezger define las condiciones objetivas de penalidad como: "Son meros anexos del tipo".<sup>114</sup>

Castellanos Tena no considera las condiciones objetivas de punibilidad como elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de

<sup>114</sup> Edmundo Mezger, Op. Cit. Pág. 307.

carácteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales.

Basta la existencia de un solo delito sin esas condiciones para demostrar que son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada. Definiendo el mismo autor a las condiciones objetivas de punibilidad como: "Aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación".<sup>115</sup>

Un ejemplo sería, para que exista la quiebra de una empresa fraudolenta, es necesaria la declaración judicial de la quiebra. Por esto es injustificada la tendencia que a veces aparece en la bibliografía, de hacerlas objeto de un tratamiento especial.

Las condiciones objetivas de punibilidad en el delito de Abigeato no son necesarias y el delito en estudio no tiene penalidad condicionada.

### **Ausencia de las Condiciones Objetivas de Punibilidad.**

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad se llevan a cabo cuando no existen los elementos accesorios del delito o no los contempla el tipo penal. La dogmática jurídica no está definida en su naturaleza.

<sup>115</sup> Castellanos Tena, Op. Cit., Pág. 271.



Respecto al delito que nos ocupa, no se da la Ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad.

## **G. Punibilidad y Excusas Absolutorias**

La punibilidad para algunos doctrinarios es considerada como elemento esencial del delito y para otros, la gran mayoría, es una consecuencia del delito.

Pavón Vasconcelos define la punibilidad como: "La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".<sup>116</sup>

Tomando en consideración la definición antes señalada, entendemos por punibilidad la amenaza que existe por parte del Estado de imponer, dentro de un mínimo y un máximo, una sanción a quien viole el deber jurídico implícito en la norma.

El Artículo 24 del Código Penal, referente a las penas y medidas de seguridad, establece:

\*Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:

- 1) Prisión;
- 2) Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad;

<sup>116</sup> Pavón Vasconcelos, Op. Cit., Pág. 453.

- 3) Internamiento o tratamiento en libertad de imputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos;
- 4) Confinamiento;
- 5) Prohibición de ir a lugar determinado;
- 6) Sanción pecuniaria;
- 7) (Derogado);
- 8) Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito;
- 9) Amonestación;
- 10) Apercibimiento;
- 11) Caución de no ofender;
- 12) Suspensión o privación de derechos;
- 13) Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleo;
- 14) Publicación especial de sentencia;
- 15) Vigilancia de la autoridad;
- 16) Suspensión o disolución de sociedades;
- 17) Medidas tutelares para menores; y
- 18) Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito\*.

En cuanto a la punibilidad, siendo esta la sanción o castigo que se le impone al delincuente y tomando en consideración el transcrito Artículo 24 del Código Penal, en donde se establecen las distintas penas y medidas de seguridad, es de hacerse notar que las penas principales, por aparecer en la mayoría de los delitos, son en síntesis:

- 1) La pena de prisión; y
- 2) La sanción pecuniaria.

La pena de prisión consiste en la privación de la libertad de una persona reclusión en un centro de readaptación social y que puede ser de una duración de tres días a 50 años.

La punibilidad en el delito de Abigeato se encuentra señalada en el Artículo 310 del Código Penal para el Estado de México, el cual establece:

"Se impondrán de dos a nueve años de prisión y de 20 a 700 días de multa a quien cometa el delito previsto en el Artículo anterior".

Se impondrán de seis meses a dos años de prisión a quien se apodere de una o dos cabezas de ganado menor.

Si el delito es cometido por más de dos personas, las penas se incrementarán hasta en un tercio más de las señaladas en este artículo.

### **Excusas Absolutorias**

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad.

Castellanos Tena nos dice al respecto que: "Son aquellas causas que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena". 117

117 Op. Cit., Pág. 278.

El profesor Bernabé Luna Ramos, establece por su parte: "Consiste en la remisión expresa por parte de la ley, de imponer una sanción a quien realice determinada conducta, dejando subsistente el carácter de delito".

De acuerdo con las definiciones antes señaladas, la excusa absolutoria consiste en el perdón expreso por parte de la ley y este perdón lo otorga por determinadas razones como pueden ser: por política criminal, por razones de interés preponderantes o bien, por mínima temibilidad.

El legislador establece diversas excusas absolutorias en la ley, encontrándolas entre otras en los siguientes casos: por razones de política criminal; en el aborto cuando el embarazo es producto de una violación; en cuanto al interés preponderante se puede señalar el aborto terapéutico; y en cuanto a la mínima temibilidad, el aborto por imprudencia de la mujer embarazada, también cabe el robo de mínima temibilidad que se presenta cuando el sujeto activo se apodera de objetos cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo y lo devuelva antes de que tome conocimiento la autoridad. <sup>118</sup>

118 Bernabé Luna Ramos, apuntes.

**CAPITULO**

**IV**

## **ITER CRIMINIS O VIDA DEL DELITO**

Iter Criminis, voz latina que significa "CAMINO DEL DELITO", en materia penal equivale a todas las etapas que recorra la acción criminal, desde su concepción en la mente del delincuente, hasta su perpetración material por parte de éste.

Por lo que podemos entender, la vida del delito comienza desde su ideación hasta su agotamiento, es decir, desde que nace en la mente del sujeto la idea criminal hasta que agota su conducta delictiva.

Los delitos culposos no pasan por estas etapas; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial.

El delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir esta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito.

La vida del delito comprende dos etapas que son:

- a) La fase interna o subjetiva; y
- b) La fase externa u objetiva.

La fase interna está constituida por tres momentos: idea criminal o ideación, deliberación y resolución.

La ideación surge en la mente del sujeto de cometer un delito que puede suceder y que ésta sea rechazada por el sujeto, o tener la idea latente de delinquir y de ahí puede surgir la deliberación.

La deliberación se refiere a la valorización sobre el delito que se requiere cometer, interviniendo los valores morales, religiosos y sociales sobre la idea criminosa. Entre el momento que surge la idea criminal y su realización, puede transcurrir un corto tiempo según sea el ímpetu inicial de la idea delictiva, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación.

La resolución, que es el momento en que el sujeto decide llevar a cabo su conducta delictiva, pero su voluntad aunque firme no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en su mente. Pero como no ha salido al exterior su manifestación material, no existe infracción jurídica en el más amplio sentido, pues la exteriorización no vulnera objetivamente ningún interés jurídico.

La fase interna no es punible en virtud de que el derecho penal sanciona únicamente los hechos realizados, no las ideas.

Basándose en lo citado por Ulpiano: "Nadie puede ser penado por sus pensamientos".<sup>119</sup>

La fase externa es la exteriorización de la conducta y termina con la ejecución del delito y va a tener tres etapas: manifestación, preparación y ejecución.

119 Castellanos Tena cita a Ulpiano, Op. Cit., Pág. 276.

La manifestación es el momento en que el sujeto activo externa su pensamiento delictivo, cuando proyecta al exterior sus ideas criminosas, pero sólo como idea o como pensamiento. Esta manifestación no es sancionable, excepto en el caso de amenazas en las que el simple anuncio o manifestación de causar un mal a una persona, honor o derechos propios o ajenos integran la figura típica del delito de amenazas.

Es el único caso en que sólo la manifestación de ideas es sancionable, nuestra Constitución Política establece como garantía individual que: "La manifestación de ideas no puede ser objeto de ninguna acción judicial o sanción administrativa a menos que ataque a la moral, los derechos de terceros, perturbe el orden público o provoque algún delito, Artículo 6".

La preparación es la realización de actos en sí mismos ilícitos con el propósito de llegar a la ejecución del delito, ésto se lleva a cabo después de la manifestación de la idea criminoso y la ejecución del delito. Se trata de un momento intermedio, esta fase tampoco es sancionable.

Castellanos Tena dice que los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos y delictuosos, no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir... <sup>120</sup>

La ejecución consiste en el momento en el cual el sujeto activo agota su conducta para realización del tipo, la fase dentro de la cual el sujeto lleva a cabo todos los actos que suponen necesarios para la conducta delictiva ideada, deliberada, resulta

120 Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág 278.



manifestada y preparada. Si se colman y reúnen todos los elementos típicos del delito, se estará ante un delito consumado.

En el delito de Abigeato, la vida del delito se lleva a cabo desde que la persona que se apodera del ganado mayor o menor, surge la idea criminosa de realizar la conducta delictiva, es decir, desde el mismo momento en que el sujeto tiene la idea de delinquir, surgiendo luego la deliberación para seguir con la resolución, es decir, cuando decide llevar a cabo la conducta de apoderamiento y termina finalmente con la ejecución del delito para estar ante un delito consumado y abarcar así todas las etapas del Iter Criminis.

## CONCURSO DE DELITOS

La ubicación del concurso de delito, dentro de la sistemática jurídica del Derecho Penal, ha sido problema toda vez que los autores alemanes antiguamente la incluían en la teoría de la acción. Modernamente se estima más adecuado incluirla en la teoría del tipo, en la pena o bien dentro de las formas de aparición del delito.

Rodríguez Muñoz opina que el concurso de delitos debería, en estricto rigor, situarse en la parte relativa a la pena; posición que ha sido tomada por la mayoría de los autores de Derecho Penal, incluso en nuestro Código Penal vigente sitúa las reglas relativas al concurso del delito dentro del título de aplicación de sanciones, no pudiendo en esa virtud desconocerse que el concurso es fundamentalmente un problema de aplicación de la pena.

Se da el concurso de delitos cuando, una persona mediante una o varias conductas, produce varios resultados típicos.

Los problemas del concurso se derivan de las conductas reiteradamente delictuosas de un mismo agente o de los diversos resultados obtenidos a virtud de ella. La primera hipótesis que se ofrece, es la unidad de acción y de los resultados; pero pueden darse la unidad de acción y pluralidad de resultados; pluralidad de acciones y unidad de resultado, así como pluralidad de acciones y de resultados incriminables, todos en cuanto a un mismo objeto.

La unidad de acción y de resultado es cuando con un solo acto u omisión, se produce un solo resultado. Pero también porque integrándose la acción por varios actos, se consideran todos como uno solo, por ejemplo, cuando el sujeto activo le da a una persona varios golpes con un cuchillo hasta provocarle la muerte, existe pluralidad de acciones pero existe un solo resultado que es la muerte del pasivo y estaremos ante la unidad de acción y de unidad de lesión jurídica; siendo lo más común en la práctica.

El concurso de delitos se divide en:

- a) Ideal y formal, unidad de conducta y pluralidad de resultados; y
- b) Real o material, pluralidad de conductas y pluralidad de resultados.

El concurso ideal o formal se lleva a cabo cuando con un solo hecho ejecutado por el sujeto activo del delito, ya sea realizando una acción o con una omisión, se violan varias disposiciones penales, por ejemplo, cuando una persona conduce un automóvil en estado de ebriedad, choca en contra de otros vehículos resultando una

persona muerta y varias personas lesionadas, saliendo dañados los automóviles; en este caso, se estaría ante la presencia de un homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena, así como ataques a las vías de comunicación causados mediante una sola conducta del agente. O bien, en el caso del guardian encargado de efectuar los cambios a las vías de ferrocarril y que por un descuido no realiza la maniobra correspondiente y en función de ello chocan dos trenes, lo que provoca la muerte de algunos pasajeros o tripulantes, salen lesionadas varias personas y hay daños materiales en los dos ferrocarriles; aquí también encontraríamos los siguientes delitos: homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena y ataques a las vías generales de comunicación, como resultado de una sola conducta (omisión del sujeto activo). Que da lugar a la concurrencia reiteradamente delictuosa de un mismo agente, se llenan dos o más tipos penales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente, varios intereses tutelados por el derecho.

Lo esencial aquí es que el concurso de figuras típicas no se excluye entre sí y la sanción la dispone el Artículo 18 del Código Penal vigente, el cual reza: "Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

Concurso real o material, también denominado delito continuado, supone varios hechos independientes constitutivos cada uno de ellos de un delito. El delito continuado requiere para su formación:

- a) Unidad del tipo básico y del bien jurídico lesionado;
- b) Homogeneidad en las formas de ejecución;
- c) Conexidad temporal adecuada; y

d) En los ataques contra bienes jurídicos, eminentemente personales, como vida, cuerpo, libertad, honestidad, se requiere identidad de la persona ofendida.

Cuando hay pluralidad de acciones parciales que concurren entre todas a integrar un sólo resultado, se le denomina delito continuo, pues lesiona el mismo bien tutelado por el Derecho Penal.

Pessina define al delito continuo como la: "Repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincente porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso".<sup>121</sup>

Castellanos Tena define al delito continuado así: "Se considera, para los efectos legales, delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen".<sup>122</sup>

Por nuestra parte, consideramos al delito continuado como: aquel en que el sujeto activo del delito realiza diversas conductas independientes entre sí y produce un solo ilícito, afectando un solo bien jurídico tutelado por el Derecho.

El Código Penal vigente establece en su Artículo 19, al delito continuado: "No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado".

La penalidad de los delitos en concurso lo prevee el Código punitivo en el Artículo

121 Pavón Vasconcelos cita a Pessina, Op. Cit., Pág. 461.

122 Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 138.

64 indicando: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero".

"En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido".

El concurso de delitos en el delito de Abigeato no se lleva a cabo ya que el tipo penal de dicho delito sólo admite con una conducta (el apoderamiento del ganado) y un solo resultado; asimismo, consideramos que el delito de Abigeato sí puede ser un delito continuo ya que el mismo sujeto activo puede apoderarse de ganado mayor o menor en diferentes conductas independientes pero que producirán un solo delito, es decir, el Abigeato.

## CONCURSO DE PERSONAS

Concurso de personas llamadas también la participación delictuosa, esta figura es tan antigua como el delito; las más viejas legislaciones la aceptaron, en donde varios hombres, con actividades ilícitas, pueden infringir una norma penal, dándose unidad en el delito con concurso de sujetos.

La mayoría de los delitos requiere para su ejecución la conducta delictiva de un solo individuo, como excepción en el caso del delito de adulterio se hace necesaria una conducta plural, ahora bien, cuando sin requerirlo el tipo penal intervienen

varios individuos, cooperan en la realización de un ilícito con actos encaminados a realizarlo, sin que se precise que todas ellas verifiquen la acción constitutiva del tipo legal: es suficiente que haya hecho algo para su producción, que con su conducta favorezca la perpetración del hecho delictivo.

Raúl Carrancá y Trujillo cita a Carrara, el que distinguió entre autores principales y accesorios: "Autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuantos más le den vida en todos aquellos grados, tantos más serán los autores principales, todos los demás son delincuentes accesorios".<sup>123</sup>

Esta distinción precisa es suficiente y generalmente aceptada, entendiendo que los delincuentes accesorios no son otros que los secundarios o cómplices y que los varios autores principales son los denominados por ellos coautores.

Ignacio Villalobos dice: "La coparticipación es la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes".<sup>124</sup>

Castellanos Tena nos dice que la participación "Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad".<sup>125</sup>

123 Carrancá y Trujillo cita a Carrara, Op. Cit., Pág. 591.

124 Villalobos Ignacio, Op. Cit., Pág. 233.

125 Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 283.

A nuestro criterio, consideramos que el concurso de personas partícipes en un acto delictuoso es aquel en que varios individuos - más de una persona - llegan a un convenio de cometer algún ilícito que no requiere para su perpetración a varias personas para cometerlo.

Como se ha visto, la participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención.

En la participación existe un autor principal o intelectual que es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso; en cambio, los delincuentes accesorios o cómplices son quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

Los sujetos activos de la participación son:

- a) Autor;
- b) Autor intelectual;
- c) Autor material;
- d) Coautor; y
- e) Cómplice.

a) **Autor:** "Es el sujeto que produce la causa eficiente para la ejecución del delito, realiza conducta física y psíquicamente relevante, así también se le denomina al sujeto que cometa un delito".

b) **Autor intelectual:** "Es el sujeto que aporta elementos psíquicos, morales que inducen a una persona o varias a cometer un delito".

c) **Autor Material:** "Es la persona que realiza una actividad física corpórea para la realización del hecho típico, con conocimiento y voluntad".

d) **Coautor:** "Es el agente que junto con otros sujetos, llevan a cabo la conducta ilícita para ejecutar el delito".

e) **Cómplice:** "Son todos aquellos sujetos que prestan un auxilio o realizan una actividad indirecta pero útil para la comisión de un delito".

El artículo 13 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, regula la participación de la siguiente manera:

Son responsables de los delitos:

- 1) Los que acuerden o preparen su realización;
- 2) Los que lo realicen por sí;
- 3) Los que lo realicen conjuntamente;
- 4) Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro;
- 5) Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- 6) Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- 7) Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- 8) Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.



Como se puede observar, el Artículo citado hace referencia a todos los grados de participación para la comisión de un delito y en consecuencia se dice que la participación debe constituir siempre una circunstancia agravante para los participantes de ilícito penal.

Por lo que respecta al delito de Abigeato, consideramos que sí se lleva a cabo el concurso de personas. Asimismo, en este delito se pueden dar todos los grados de participación.

### **EL DELITO DE ABIGEATO COMO UNA MODALIDAD DEL ROBO**

Intencionalmente se dejó este punto del trabajo presentado al final, ya que previamente se ha estudiado el delito de Abigeato, por lo cual teniendo ya esos conocimientos, se puede hacer una pequeña comparación entre el delito que nos ocupa y el delito de robo, así podemos decir primeramente que basándonos en lo establecido en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, nos dice que el delito de robo es "Artículo 367. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley"; y por otra parte, nos dice el Código Penal para el Estado de México con respecto al delito de Abigeato "Artículo 309. Comete el delito de Abigeato el que se apodere de una o más cabezas de ganado mayor, sea bovino, equino, asnal o mular; o de tres o más cabezas de ganado menor sea porcino, ovino o caprino, sin consentimiento de quien legalmente puede disponer de ellos.

Tomando lo anterior, podemos decir que ambos delitos se basan en el apoderamiento, el delito de robo de una cosa ajena mueble, mientras que el delito de Abigeato de una o más cabezas de ganado mayor o tres o más cabezas de ganado menor. Asimismo, su diferencia consiste precisamente en el objeto de apoderamiento, es decir, mientras que el robo se basa en la cosa mueble, el Abigeato se basa en el ganado; otra semejanza se basa en que el apoderamiento debe ser sin el consentimiento de quien disponga de los objetos o animales robados, por lo que podemos decir que las semejanzas entre uno y otro delito son muchas.

Así, decimos que el sujeto activo en ambos delitos puede ser cualquier persona; por lo que respecta al sujeto pasivo del delito, éste será en ambos casos la persona que disponga de los objetos o animales robados; el bien jurídico protegido en ambos casos será el patrimonio de la persona afectada; con respecto al objeto material, éste será el delito de robo la cosa ajena mueble que sea robado, mientras que en el Abigeato será el ganado, ya sea mayor o menor.

La conducta, como ya se dijo antes, en ambos delitos será el apoderamiento y el resultado para los dos delitos será la disminución del patrimonio para la persona afectada.

Así podemos decir que, a nuestro criterio, ambos delitos se asemejan en casi todos sus aspectos, diferenciándose sólo en una cosa que es el objeto material, razón por la cual en este pequeño trabajo se hace dicha comparación.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El delito es una consecuencia lógica de la convivencia entre los hombres; es decir, si se produce dentro de la sociedad se dice que el delito es un acto culpable, la lesión de un derecho protegido es un acto u omisión que sancionan las leyes penales, como lo afirma nuestro Código Penal de 1931, por el cual podemos decir que el delito es una conducta típica que destruye la convivencia pacífica de los individuos.

**SEGUNDA.** Abocándose al tema de este trabajo, es decir, al estudio del delito de Abigeato, podemos decir que este delito es tan antiguo como la humanidad y que en épocas pasadas era castigado más severamente que en la actualidad.

**TERCERA.** El delito de Abigeato se encuentra dentro de los llamados delitos patrimoniales y podemos afirmar que se encuentra contemplado en casi todos los ordenamientos legales y de los diferentes países, como un delito autónomo.

**CUARTA.** Se habla de un delito autónomo porque tiene todos los elementos necesarios para serlo e incluso el nombre de Abigeato nace desde el Derecho Romano, donde era considerado un delito infamante por la importancia que tenía en esos tiempos el patrimonio formado por el ganado.

**QUINTA.** Su requisito de Procedibilidad será la denuncia excepto los casos previstos en el Artículo 306 del Código Penal para el Estado de México, el cual manifiesta que: "El robo cometido por el suegro contra un yerno o nuera, por estos contra aquel, por el padrastro contra su hijastro o viceversa, o entre parientes

consanguíneos hasta el cuarto grado, o entre concubinos, produce responsabilidad penal pero no se podrá proceder contra los inculpados sino a petición del agraviado.

**SEXTA.** El Artículo 309 del Código Penal para el Estado de México sólo establece para dar por consumado el delito de Abigeato el "apoderamiento" más no existe un agravante o atenuante a la pena si existiera violencia física o moral o no, como sucede en el delito de robo.

**SEPTIMA.** Asimismo, no se toma en cuenta para la penalidad del delito de Abigeato, el monto de lo robado como sucede en el robo, así, en este delito será la misma pena para quien robe un burro común y corriente, que para quien robe un caballo pura sangre, aún cuando el valor de cada uno de ellos sea de una gran diferencia.

**OCTAVA.** El delito de Abigeato no hace distinción alguna en cuanto a los animales que se encuentren en campo abierto o en espacios de quien sea el legítimo propietario del ganado, no así en el robo que protege la casa habitación e incluso el vehículo particular.

**NOVENA.** El único caso en el que el delito de Abigeato no será sancionado es el previsto por el Artículo 305 del Código Penal para el Estado de México que reza: "No se sancionará el robo cometido por un ascendiente contra su descendiente o por este contra aquel, o por un cónyuge contra otro. Si además de las personas de las que hable este Artículo tuviera intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta, la excusa absolutoria pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido" y como podemos ver, nuevamente aparece la querrela como

requisito de procedibilidad siendo este Artículo aplicable tanto para el robo como para el Abigeato.

**DECIMA.** El Artículo 311 del Código Penal para el Estado de México establece la penalidad para el delito de Abigeato y sólo prevee dos casos para que la pena se disminuya o incremente y estas serán: Para disminuir que el apoderamiento sea de una o dos cabezas de ganado menor y para incrementar será la participación de dos o más personas al cometer el delito.

**DECIMO PRIMERA.** El Artículo 311 del Código Penal para el Estado de México establece en cuatro fracciones otras conductas, las cuales constituyen Abigeato y que son castigadas de dos a nueve años de prisión y de veinte a setecientos días de multa, mencionando este Artículo que: "Se impondrán las penas previstas en el precepto anterior, a quien:

- 1) Cambie, venda, compre, comercie, transporte o encubra de cualquier forma animales, carne en canal o pieles a sabiendas de que son productos de Abigeato.
- 2) Altere o elimine las marcas de animales vivos o pieles; contramarque o contraseñe sin derecho para ello.
- 3) Marque o señale animales ajenos, aunque sea en campo propio.
- 4) Expida certificados falsos para obtener guías simulando ventas o haga conducir animales que no sean de su propiedad sin estar debidamente

autorizado para ello o haga uso de certificados o guías falsificadas para cualquier negociación sobre ganado o pieles.

**DECIMO SEGUNDA.** A través de los tiempos, el delito de Abigeato ha perdido importancia pero sigue conservando su autonomía como delito.

**DECIMO TERCERA .** En nuestro país, es considerado como delito autónomo en todos los Estados de la República, no así en el Distrito Federal ya que es considerado sólo como una modalidad del robo.

**DECIMO CUARTA.** En nuestro particular punto de vista, debería considerarse en el Distrito Federal como un delito autónomo, ya que tiene todos los elementos para serlo, además de que sí existen partes dentro del Distrito Federal en las que hay ganado principalmente en las delegaciones de Milpa Alta, Tláhuac, Tlalpan, etc.

**DECIMO QUINTA.** Asimismo, se observó que el Código Penal para el Estado de México debería considerar ciertos aspectos de este delito como lo son las atenuantes o agravantes de la pena en los casos previstos en los anteriores puntos, así como el monto de valor del animal en cuestión a fin de una mejor valoración del delito para el juzgador.

## **BIBLIOGRAFIA**

- 1) BERNALDO DE QUIROZ, Constanco. Derecho Penal Parte General, Editorial Porrúa, México 1985.
- 2) CABRERA, Luis. Derecho Agrario, Editorial Porrúa, México 1968.
- 3) CASTELLANOS TENA, Fernando. Derecho Penal Mexicano, Duodécima Edición, Editorial Porrúa, México 1978.
- 4) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General, Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1977.
- 5) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado, Décimo Primer Edición, Editorial Porrúa, México 1977.
- 6) CORTES IBARRA, Miguel Angel. Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1978.
- 7) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, Vigésimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- 8) GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal, Lavalle Editor, Buenos Aires, Argentina 1952.

- 9) JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Hermes, Ga. Cd. Buenos Aires, Ed. Sudamericana 1973.
- 10) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I y II, Editorial Porrúa, México 1986.
- 11) JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad, Editorial Porrúa, México 1978.
- 12) MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, México 1979.
- 13) MARQUEZ PIÑERO, Rafael. El Tipo Penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Editorial Trillas, México 1980.
- 14) NUÑEZ C., Ricardo. Delitos contra la Propiedad. Editorial Hermes, Argentina 1951.
- 15) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal, Editorial Trillas, Primera Edición, México 1984.
- 16) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1974.
- 17) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Lecciones de Derecho Penal, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1976.



- 18) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1978.
- 19) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa I de la Parte General de Derecho Penal, México 1958.
- 20) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1980.
- 21) VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, México 1977.
- 22) CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO, Colección Porrúa, Quinta Edición, México 1991.
- 23) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Colección Porrúa, México 1991.