

283
2ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

" ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE MOTIN A QUE SE
REFIERE EL ARTICULO 131 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLI
CA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

FERNANDO GALICIA ROMERO

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.

Con mi más profunda admiración
y agradecimiento, al

DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA

hombre cabal y honesto que con
su ejemplo y dedicación ha sembrado la Semilla del Saber y -
el Amor hacia el Derecho Penal,
y ésta ha germinado en uno más
de tantas buenas generaciones -
de penalistas, para beneficio -
de nuestro México.

Al LIC. MARCO ANTONIO CHICHINO LIMA

Hombre de intachable conducta, con
gran dedicación hacia el trabajo, -
siempre guiado por el camino de la
honestidad, virtudes de gran señor, -
solidario compañero y entrañable -
amigo, a quien debo mucho de las -
metas que he logrado.

A mis PADRES:

A PABLO en medio de su ausencia física.

A MAGDALENA femenina y dedicación de madre. Siempre inculcándome el camino de la honradez.

A mis HERMANOS:

MARCOS, ANA MARIA, OLGA, JORGE

BLANCA, ENRIQUE, ARTURO y principalmente

FABIOLA hermana ausente, memoria ardiente.

A mi CUÑADA:

ESTHER HERNANDEZ

Mujer altamente sencilla y de gran tezón impulsándome siempre adelante con sus grandes consejos hacia metas inimaginables.

" ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE MOTIN A QUE SE
REFIERE EL ARTICULO 131 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN PARA TODA LA REPUBLICA
EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL "

C A P I T U L O I

Pág.

ANTECEDENTES DEL DELITO DE MOTIN.

1. - Antecedentes del Delito de Motín	5
A). - Antecedentes Históricos del Delito de Motín en la Legislación Mexicana.	5
2. - El Delito de Motín en la Legislación Vigente.	7
A). - El Delito de Motín en la Legislación vigente.	7
a). - Participación	9
b). - Concurso	10
c). - Penalidad	10
3. - Disposiciones comunes para los Capítulos de este Título.	11
A). - Disposiciones comunes para los Capítulos de este Título.	11

C A P I T U L O I I

CONCEPTO DE DELITO EN GENERAL

1. - Concepto del Delito en General	18
2. - Escuelas que estudian el Delito	24
A). - Escuela Clásica.	24

B).	- Escuela Positivista.	26
C).	- Escuela Crítica	29
D).	- Escuela Sociológica	30
E).	- Escuela de la Dirección Técnica - Jurídica.	30
3.	- Teoría que estudian el delito	31
A).	- Teoría Tetratómica	36
B).	- Unitaria.	37
C).	- Atomizadora	38
4.	- Elementos objetivos del Delito.	41
A).	- La Conducta en General.	41
B).	- La Ausencia de Conducta	53
C).	- La Conducta y Ausencia de Conducta en el Delito a Estudio.	58

CAPITULO III

TIPICIDAD

1.	- Del Tipo en General.	62
A).	- Diferentes definiciones	62
B).	- Elementos del Tipo	68
	- Objetivo	70
	- Subjetivo	71
	- Normativo	73
C).	- La Tipicidad	74
D).	- La Tipicidad en el Delito de Motín	78
2.	- La Ausencia del Tipo	78
A).	- Diferentes definiciones	78
B).	- Causas de Atipicidad	82

C). -La Ausencia del Tipo	83
3. - El Tipo en el Delito de Motín	84

C A P I T U L O I V

ANTI JURICIDAD

1. - La Antijuricidad en General	87
2. - Causas de Justificación	96
3. - Antijuricidad y causas de Justificación en el Delito a Estudio	100

C A P I T U L O V

DE LA CULPABILIDAD

1. - La Imputabilidad y Causas de Inimputabilidad.	108
2. - La Culpabilidad y causas de Inculpabilidad.	116
3. - La Culpabilidad en el Delito a Estudio y su Aspecto Negativo	130

OPINION PERSONAL	135
CONCLUSIONES	137
BIBLIOGRAFIA	141

PROLOGO

El delito de Motín en el título Primero de los delitos contra la Seguridad de la Nación, para la denominación del título de los delitos contra la Seguridad de la Nación, la Tradición Mexicana desde el Código de 1871 hasta el vigente y sus reformas, ha preferido referirse a estos delitos como dirigidos contra la seguridad de la Nación, sin distinguir entre el concepto sociológico jurídico de la palabra Nación o Patria y el concepto político de la palabra Estado, definiéndose como Nación en sentido estricto se conoce como un conjunto humano en el que existe comunidad de ascendencia o estirpe, de historia de cultura, de costumbres e instituciones y de costumbres religiosas, la Academia de la Lengua dá diversas acepciones: conjunto de habitantes de un país regido por el mismo gobierno; territorio de ese mismo país; conjunto de personas de un mismo origen étnico y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.

Refiriéndonos a Estado lo podemos definir como sociedad jurídicamente organizada, con un territorio y un pueblo determinados. Permite y favorece la convivencia pacífica y la realización de la totalidad de los fines humanos.

Expresamente el artículo 27 de la Constitución señala a la Nación como titular de derechos, por lo que igualmente debe ser sujeto pasivo de algunos delitos, y por otra parte lo que se quiere es resguardar, es el interés nacional y no

a las personas que transitoriamente lo representan, sin embargo, las interpretaciones para justificar el título de "delitos contra la seguridad de la Nación, no permiten coincidir con los delitos que atacan, sea desde el exterior o desde el interior, ya que el concepto sociológico de la "nacionalidad" se refiere a la comunidad de historia y sentimientos mientras que el Estado es el organismo político de las colectividades humanas, y ambos conceptos no siempre coinciden."

Parece ser como si en nuestra época de crisis, ante el azoramiento producido por la quiebra de las valoraciones vigentes, por la concurrencia en pugna de nuevos criterios políticos y sociales y por el tormentoso desbordamiento de los hechos a la deriva, el derecho debe de impetrar, fundado y transformado en las necesidades de la vida real que mantenga la armonía y el orden y la paz social, en donde se pueda practicar y ser protagonista de la justicia, es decir vivir en un estado de derecho que combata la injusticia y la intolerancia y de respeto y confianza al pueblo y a sus gobernantes:

El presente estudio es un análisis jurídico de los elementos del delito de Motín, tratándose en todo momento la presente investigación de resaltar la importancia del bien de la Nación y del Estado ya que ello es la seguridad de todos proponiendo que se perfeccione el Estado de Derecho en formas más amplias para que se alcance la justicia, el bien de la colectividad, la paz social.

El delito de Motín, debe distinguirse siempre -

con el derecho consagrado por el artículo noveno de la Constitución "el derecho de coartar o el derecho de reunirse con -- cualquier objeto lícito lo que caracteriza al delito de motín-- es la reunión desorganizada y violenta realizada aun sin uso de armas con el fin de pretextar el ejercicio de un derecho para -- evitar el cumplimiento de una ley, reuniéndose tumultuariamente y perturbando el orden público con empleo de violencia en las -- personas o sobre las cosas o amenacen a la autoridad para obligarla a alguna determinación.

El segundo apartado del artículo 131 prescinde de las reglas generales de participación delictiva contenidas -- en los artículos 13, 51, 54 del Código Penal, estableciendo una sanción agravada de dos a diez años y multa hasta de quince mil -- pesos a los partícipes del Motín que lo dirijan, organicen, inciten, compelen o patrocinen económicamente a otros para come-- terlo.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE MOTIN

1. - Antecedentes del Delito de Motín.

A). - Antecedentes Históricos del Delito de Motín en la -
Legislación Mexicana.

2. - El Delito de Motín en la Legislación vigente.

A). - El Delito de Motín en la Legislación vigente.

a). - Participación.

b). - Concurso.

c). - Penalidad.

3. - Disposiciones comunes para los Capítulos de este Título.

A). - Disposiciones comunes para los Capítulos de este -
Título.

C A P I T U L O I

1. - ANTECEDENTES DEL DELITO DE MOTIN.

A). - ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE MOTIN EN LA LEGISLACION MEXICANA.

En nuestro Código Penal para el Distrito Federal, el artículo 131 que tipifica al delito de Motín, se encuentra dentro del título primero que se refiere a los delitos contra la seguridad de la Nación, en la cual la redacción primitiva del Código Penal de 1871 en su libro Segundo, distinguía entre:

a). - Los delitos contra la seguridad exterior de la Nación comprendidos en su Título Primero y dentro del que se enumeraban los de traición a la patria, espionaje y conspiración y;

b). - Los delitos contra la seguridad interior de la Nación, del Título Segundo del mismo libro, relativos a los delitos de rebelión, sedición y otros desordenes públicos. Actualmente a la reforma establecida por el Decreto de 27 de julio de 1970 (D.O., 29 de julio 1970), se suprimió la distinción titular entre delitos contra la seguridad exterior o interior, para hacer comprender a ambos títulos en el actual de "Delitos contra la Seguridad de la Nación. literalmente derogó los Títulos Primero y Segundo del Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y

para toda la República en Materia Federal, y se estableció en nuevo Título que será el Primero, con el rubro de "Delitos contra la seguridad de la Nación", y se cambiaron los números de los Títulos Tercero "Delito contra el Derecho Internacional", y el Cuarto "Delitos contra la Humanidad" que pasaron a ser respectivamente los Títulos Segundo y Tercero. Los capítulos del Título Primero, ya reformado, comprenden los delitos de traición a la Patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje y conspiración, además del capítulo de disposiciones comunes para los capítulos del Título (instigación, incitación o invitación a la ejecución de los delitos previstos en el, concurso y suspensión de derechos políticos, delitos considerados como políticos). (1)

La iniciativa de Reformas al Código Penal, formulada por un grupo de Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, no estimo necesaria la distinción entre los delitos contra la seguridad de la Nación. Su discutible proposición que fué aprobada, consideraba que desde el punto de vista de la paz social y de la configuración necesaria de las actividades que la ataquen, no cabe distinguir entre seguridad interior y exterior: ambas están tan estrechas que es dable afirmar que constituyen verdadera unidad".

Para la denominación de estos delitos, la tradición mexicana desde el Código de 1871 hasta el vigente y sus reformas, ha preferido referirse a estos delitos, como dirigidos-

(1) Código Penal Comentado. Francisco González de la Vega. - Editorial Porrúa. México 1989.

contra la seguridad de la Nación. (2)

En la redacción originaria del Código antes de su reforma, el delito de asonada o motín se sancionaba de acuerdo con el artículo 144 derogado, con prisión de tres a treinta días y multa de cinco a cincuenta pesos. Actualmente y según la reforma de 1970 se aumentó la pena de seis meses a siete años y multa hasta de cinco mil pesos.

Según la exposición de motivos de la reforma al Código Penal el nuevo artículo "incluye con apego a la concepción doctrinal, y según se indicó antes el pretexto del ejercicio de un derecho; y como innovación se agrega la conducta que trata de evitar el cumplimiento de una Ley; finalmente en cuanto a los efectos de la conducta delictiva consigna que ello puede perturbar el orden público o producir violencia en las personas o fuerza sobre las cosas, amenazar a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar una determinación.

El segundo apartado del artículo 151 establece: Sanción agravada de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos. (3)

2. - EL DELITO DE MOTIN EN LA LEGISLACION VIGENTE.

A). - EL DELITO DE MOTIN EN LA LEGISLACION VIGENTE

- (2) Código Penal Comentado. Francisco González de la Vega. Editorial Porrúa. México, D.F. 1989.
 (3) Debate de la Cámara de Diputados. Tomo III, año III. No. 3 de 24 de julio de 1970. México, D. F.

TE.

El artículo 131 sanciona "a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio para evitar el cumplimiento de una Ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas sobre las cosas o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.

A quienes dirijan, organice, inciten, compelen, o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de motín se le aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos. (4)

El comportamiento fáctico consiste:

a). - En la acción de reunirse tumultuariamente;

b). - Para hacer uso de un derecho o para evitar el cumplimiento de una ley, y

c). - Que la acción perturbe el orden público - sea con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas - o sea amenazada la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar una determinación. (5)

El delito de motín conceptualmente tiene siempre

(4) Idem. cita anterior.

(5) Idem. cita anterior.

carácter plurisubjetivo, bien puesto en relieve en alusión - a los sujetos activos. . . a "quienes". . . contenida en la descripción. Basta la existencia de dos personas para que - quede cubierto el requisito de pluralidad.

El concierto es el acuerdo de dos o más volun- tades convergentes a una meta común, sin embargo debemos te- ner presente que esta pluralidad de sujetos ha de afectar - siempre al bien jurídico protegido que es la seguridad de la Nación. En última instancia nuestra legislación encuentra - un apoyo sencillo y firme en los siguientes conceptos de Fran- cisco Carrará: "las asociaciones constituidas para derrocar- al gobierno, modificar su forma, o realizar mediante violen- cia pública actos hostiles en su contra, son delictivas y san- cionadas. Pero pertenecen a la clase de los delitos políti- cos a causa de un fin especial en razón de este fin, de ir en contra de la seguridad de la Nación."

a). - PARTICIPACION.

Aunque el delito de motín dado su especialísi- mo carácter no parece fácilmente admitir la intervención de - otras personas diversas de que aquellas que resuelvan, con- - ciertan y acuerden la comisión del ilícito contra la seguri- dad de la Nación, con base en lo dispuesto en el artículo 142 que el que instigue, incite o invite a la ejecución del deli- to previstos en el este Título se le aplicará la misma penali- dad señalada para el delito de que se trate la excepción de - lo establecido en el segundo párrafo del artículo 131, y el -

que lo hiciere a militares en ejercicio (segundo párrafo). - Sin embargo, como en todos los casos de inducción será necesario para la instigación, resuelto por concierto la comisión - del delito y acordados los medios para llegar a cabo el mismo, más dada la naturaleza pluvisubjetiva del delito de motín la investigación, incitación o invitación tendrá que ponerse en juego en torno a cada uno de los sujetos de la misma.

b). - **CONCURSO.**

El artículo 143 de aplicación común para todos los delitos contra la seguridad de la Nación establece que - cuando en la comisión de los delitos a que se refiere el presente Título resultaren otros delitos a que se refiere el pre sente Título resultaren otros delitos, se estará a las reglas del concurso". Casi innecesario resulta decir que el anterior precepto se refiere a diversos delitos de aquellos que versan sobre la seguridad de la Nación. (6)

c). - **PENALIDAD.**

El delito de motín es sancionado en el artículo 131 ". . . de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos . . . y de dos a diez años de prisión y mul ta hasta de quince mil pesos. . . " más la pena adicional de suspensión de derechos políticos por un plazo hasta de diez - años, establecida en el segundo párrafo del artículo 143. -

(6) Idem. cita anterior.

Agravaciones de las penas se establecen en el párrafo segundo del artículo 142 para el que instigue, incite o invite a militares en ejercicio a realizar el delito de motín; e igualmente en el artículo 145, para los funcionarios que en el mismo se citan que incurran en el delito.

Es dable, por último, subrayar lo que señala el artículo 144 del Código Penal vigente para el Distrito Federal "que se consideran delitos de carácter político al delito de motín".

**3. - DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS CAPITULOS -
DE ESTE TITULO.**

**A). - DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS CAPITULOS-
DE ESTE TITULO.**

Artículo 142. -(Penalidad y tipos básicos de los delitos de instigación, incitación o invitación a la ejecución de los delitos previstos en este título) al que instigue, incite o invite a los delitos previstos en este Título se le aplicará la misma penalidad señalada para el delito de que se trate, a excepción de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 131 y en la fracción I del artículo 135, que conservan su penalidad específica. (7)

Al que instigue, incite o invite a militares en

(7) Idem. cita anterior.

ejercicio a la ejecución de los delitos a que se refiere este Título, se le aplicará la pena de cinco a cuarenta años.

A que se trata de una observación obvia por parte del legislador, al instigador, al incitador o al invitador de la ejecución de un delito se le aplicará invariablemente la misma penalidad señalada para el delito de que se trate.

La calificación de la instigación, incitación, e invitación, corresponde al Juez en uso de su prudente arbitrio, de los delitos tipificados en este Título: traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje.

Penalidad agravada en virtud de que se trata de militares en ejercicio. La clasificación de la instigación, incitación e invitación, corresponde al Juez en uso de su prudente arbitrio.

En los artículos 203 a 205 del Código de Justicia Militar "cita que cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponde" (artículo in fine const.) la jurisdicción es competente en virtud del fuero de guerra, para conocer de los delitos y faltas contra la disciplina militar. Tratándose de militares; pero no lo es con relación a personas que no pertenecen al ejército.

Los artículos 305 al 309 del Código de Justicia

Militar sancionan con doce años de prisión a los soldados que cometieran asonada en campaña y con pena capital a los autores intelectuales o cabecillas de la misma.

Artículo 143. (concurso y suspensión de los derechos políticos). Cuando la comisión de los delitos a que se refiere el presente Título y resultaren otros delitos, se estará a las reglas del concurso.

Además de las penas señaladas en este título, se impondrá a los responsables si fueran mexicanos, la suspensión de sus derechos políticos por un plazo hasta de diez años, que se computará a partir del cumplimiento de su condena. En los delitos comprendidos en los Títulos I y II del presente Título, se impondrá la suspensión de tales derechos, hasta por cuarenta años.

Como se sabe fué derogado el artículo 145 bis, del Código Penal vigente para el Distrito Federal en donde se tipificaban los delitos de disolución social. Fué derogado, cita la Suprema Corte de Justicia de la Nación "quien vive bajo un sistema determinado está en la obligación de respetar su estructura y si algún cambio pretende, tiene el camino legal para procurarlo, no pudiendo ser nunca legítima la alteración de la paz pública o la subersión del orden Constitucional para lograrlo. . . a la Suprema Corte lo único que le compete es que la Ley se aplique, por lo que mientras la Ley sea tal y el régimen político subsidia, el delito de disolución social seguirá siendo delito. . . no castiga el Código

Penal la opinión que se tenga sino la actuación ilegítima que se ponga en ejecución en acción ilícita en contra del Estado- y contra las instituciones (Suprema Corte, Primera Sala, informe 1961).

Ahora bien, en los términos del comentado artículo 144 del Código Penal vigente son delitos políticos únicamente:

- a). - La rebelión;
- b). - La sedición;
- c). - Motín;
- d). - La Conspiración

Para cometerlos.

"Constancio Bernaldo de Quiroz define al delito político como "aquél cuya motivación y cuya acción se dirigen a la conquista y ejercicio del poder público", puede ser -----acendente, descendiente o lateral".

El primero va de abajo hacia arriba, de los individuos y grupos contra el Estado; el segundo de arriba abajo, del Estado y sus autoridades contra los individuos y los grupos sociales; y el tercero de los organismos dependientes del Estado o situados a su lado - ejército, iglesia contra el Esta

Estado (Lecciones de Derecho Penitenciario. México 1953. pág. 207 y siguientes).

"Sobre la penalidad del delito político artículo 22 párrafo último Constitucional. "Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos". No es aplicable al delincuente político la reincidencia (artículo 23, Código Penal) Cabe que el ejecutivo commute las sanciones (artículo 72 del Código Penal) y dicte amnistía (artículo 97 Código Penal).

En Carrará, con su incomparable talento jurídico, quien ofrece argumentos de primera magnitud en contra de la catalogación de los llamados delitos políticos. Los horrores, por ejemplo, comprobar como vegeta la justicia, aún bajo los regimenes libres, cuando la política la aprisiona entre sus garras; y en la posible existencia de un derecho penal filosófico y ordenado sobre principios absolutos al tratar de los llamados delitos políticos, pero sospecha que estos guardan íntima relación con la que llama doctrina política, "mudable con el modo de los caprichos humanos, luego añade, entre otras las siguientes ideas. "Dictar enseñanzas que carecen de principios absolutos es una empresa no solo ardua sino imposible, y sería locura intentarla. Uno solo el principio que merece el carácter de absoluto, o sea, que el gobierno es legítimo únicamente cuando con el la voluntad de la mayoría, pero es un principio abstracto, que siempre resulta clásico y variable cuando se le quiere concretar en una aplicación práctica. Al cabo de pocos años se ve que ascienden el gobierno de una Nación, que dictan leyes, y que son reverenciados como autorida-

des legítimas, precisamente aquellos mismos individuos que en pocos años antes habían sido juzgados como malechores y bandidos condenados a trabajos forzosos y a una pena de muerte. . . estas viscitudes, hoy demasiado frecuentes, serían una alteración de injusticias sino se apoyan en aquel principio abstracto que como abstracto es absoluto, pero como concreto no lo es - ni será nunca". (8)

Artículo 145. (Penalidad agravada) se aplicará - pena de cinco a cincuenta años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos al funcionario o empleado de los gobiernos Federal o Estatales o de los Municipios, de Organismos Públicos Descentralizados, de empresas de participación estatal o de servicios públicos, federales o locales, que incurran en alguno de los delitos previstos por este título. (9)

(9) Idem. cita anterior.

C A P I T U L O I I

CONCEPTO DE DELITO EN GENERAL.

- 1. - Concepto del Delito en General.
- 2. - Escuelas que estudian el Delito.

- A). - Escuela Clásica.
- B). - Escuela Positivista.
- C). - Escuela Crítica
- D). - Escuela Sociológica.
- E). - Escuela de la Dirección Técnica - Jurídica.

- 3. - Teorías que estudian el delito.

- A). - Teoría Tetratómica.
- B). - Unitaria.
- C). - Atomizadora.

- 4. - Elementos objetivos del Delito.

- A). - La Conducta en General.
- B). - La Ausencia de Conducta.
- C). - La Conducta y Ausencia de Conducta en el Delito
a Estudio.

C A P I T U L O I I

DEL DELITO EN GENERAL.

1. - CONCEPTO DE DELITO.

No es fácil obtener o adecuar una definición del delito con una validez universal para todas las épocas y todos los lugares, teniendo que ser esta filosóficamente esencial.

Pero de cualquier manera se puede llegar a integrar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales. En el antiguo Derecho Romano, el acto delictuoso en general se designó con una palabra que no era exclusiva de un delito en particular, ya que comprendía tanto la esfera pública como la privada llamada "noxa", evolucionando hasta la forma "nexia" y que significa "daño". En las fuentes romanas se emplearon diversas expresiones predominando "delicto" o "delictum", que significan desvariarse, resbalar, abandonar, abandonado de una ley; asimismo, encontramos el uso de la palabra "maleficium". Las voces "crimen" y "delictu" también fueron adoptadas en el Derecho Penal de la Edad Media y en la práctica forense, los Códigos Modernos, desde el francés de 1810, han empleado las expresiones "crimen" y "delito". En Italia desde del Código Napolitano de 1819, se utilizó la expresión "reato" para crímenes y delitos. (10)

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

"Delito": palabra que deriva del supino "delictum" del verbo "delinquere", a su vez compuesto de "linquere" (dejar) y el prefijo "de" (abandonar el buen camino: linqereviam" o "rectanviam"). Esta es la explicación de que Carrará dijera que "el delito es esencialmente una infracción separación del camino, de la disciplina trazados por el Derecho, transgresión de las disposiciones que regulan orden social". (11)

La noción del delito debe buscarse en la Ley misma, y según nos dice Cuello Calón, han sido nulos los intentos para dar un concepto de delito en general y con independencia de las épocas y lugares, ya que una noción de delito se encuentra en relación con una vida jurídica y social de cada ciudad y de cada tiempo; dicha noción deberá variar según su propia evolución, ya que es posible que algunos actos que se consideran delictuosos, con el transcurso del tiempo no sean estimados como tales y viceversa.

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

El segundo Ordenamiento Penal, que tuvo lugar

(11) Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Primera Edición. México. 1960 pág.

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

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

En nuestro Código Penal vigente de 1931 volvemos sustancialmente a la definición del de 1971, aunque redactando en forma diferente, tomando ejemplo del ordenamiento argentino definiendo al delito en el artículo 7° "como el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales". (12)

En los ante-proyectos de Código Penal de 1949 y 1958 se omite definir el delito, por considerarse que todas las conductas o hechos delictivos serán considerados como tales, cuando estén tipificados en el ordenamiento positivo, o sea cuando estén previstos y sancionados en el Código Penal.

El delito debe verse desde el punto de vista formal y material. Nuestra legislación penal sigue el sistema de considerar al delito objetivamente porque al decir que-

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

"el delito es un acto u omisión que sancionan las Leyes Penales", se mantiene el principio de que "la ignorancia de la Ley a nadie aprovecha". La Ley Penal protege los bienes jurídicamente tutelados, enumerados los tipos de delito, siendo para los efectos penales los únicos punibles, subjetivamente, porque se refiere a la culpabilidad ya que intervienen la voluntad libre del autor, y lo objetivo, como garantía y respeto a la persona humana. Debemos buscar una definición jurídico-penal del delito y con ella elaborar la dogmática. Indudablemente que no todos los autores han tenido presente, al definir jurídicamente al delito, la función de garantía individual y social que representa el asegurar las libertades de los Estados de Derecho, como presupuesto del Derecho Penal. Hace siglos que el delito se consideraba como un acto humano, palabra o escrito, con dolo o culpa, prohibido por la Ley vigente, sancionado con una pena, pero - - "tal cosa no es una definición sino un error eventerado, con secuencia ahora con otro error ya consagrado por los técnicos y que consiste en afirmar que la punibilidad es elemento del delito, pues el que un acto esté sancionado por la Ley con una pena no conviene a todo lo definido como se requiere una definición, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absoluta y no por ello pierden su carácter delictuoso, no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la Ley con una pena, sin ser delito, y porque no señala elementos de lo definido (esenciales o descriptivos), puesto que al estar sancionado con una pena es un dato externo usual de

nuestro tiempo para la represión y por el cual se podrá identificar el delito como más o menos aproximación, pero sin - que sea inherente al mismo, ni por lo tanto útil definirlo".

(13)

El maestro Jiménez de Asúa nos dice que el delito se centra conforme a estos elementos: "delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a - condiciones objetivas de penalidad, imputables a un hombre y sometido a una sensación penal". (14)

Las características del delito serán por tanto: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, - culpabilidad, penalidad, y en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.

Nos dice Pavón Vasconcelos que un concepto sustancialmente de delito únicamente se logra dogmáticamente, - del total ordenamiento jurídico penal: "el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico culpable y punible" ; - considera como elementos del delito: conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. (15)

El delito se define a través del análisis de - los diversos elementos que lo conforman y que se dividen, se-

- (13) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México. - 1979.
- (14) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Principios - de Derecho Penal. Buenos Aires. 1967. pág. 107
- (15) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal - Mexicano. México. 1967. pág. 50

gún la doctrina, en elementos esenciales o constitutivos, y eventuales o accidentales; los elementos esenciales integran la noción de delito; "los elementos accidentales son aquellos cuya presencia o ausencia no influyen sobre la existencia del delito o de un determinado delito, sino sobre su gravedad, y más en general, sobre la entidad de la pena". (16)

Nos dice el maestro Fernando Castellanos Tena: para nosotros los elementos esenciales del delito son: conducta típica, antijuricidad (o antijuridicidad) y culpabilidad, más ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto, necesario. Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos estos factores, por eso suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal) pero si una indiscutible prelación lógica, ya que al realizarse el delito, se integra con todos sus elementos constitutivos". Más en un plano estrictamente lógico, procede observar su amoldamiento al tiempo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante, y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad: en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad. (17)

(16) Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del delito. - Trad. Dr. Ricardo Franco Guzmán, Anales de Jurisprudencia. pág. 144

(17) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 3a. Edición. México 1965. págs. 166 y ss.

2. - ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

A). - Escuela clásica. - Se organiza como reacción vigorosa contra la barbarie y la crueldad del absolutismo; el método empleado por esta escuela es el lógico abstracto, o sea el "deductivo". (18)

Los clásicos siguieron métodos jurídicos, trabajaron "en el campo del Derecho", les preocupaba el "deber ser"; el punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo ante jurídico, y no el delincuente; igualdad de derechos, libre arbitrio, responsabilidad moral; la pena debía ser proporcional al delito (retribución) y estar señalada por la Ley en forma fija la facultad de represión es exclusiva del Estado; a él corresponde sin embargo, garantizar precisamente el ejercicio de su función surge el principio de legalidad "nullum crimen nulla poena sine lege". (19)

Giovani Carminagni (1768 - 1847), aspira a prevenir el delito, y nos dice que es "la infracción de las leyes del Estado, protectoras de la seguridad privada y pública, mediante el hecho humano cometido con intención directa y perfecta". Para este autor el derecho de castigar tiene su fundamento en la necesidad política. (20)

- (18) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires 1965. pág. 50
 (19) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 2a. Edición. México 1960. pág. 42.
 (20) Ibidem. pág. 27

Pelegrino Rossi (1787 - 1848), jurista, poeta y diplomático, ve el delito como violación de un deber; para este autor el elemento esencial de un delito es "el quebrantamiento de un deber". Afirma que existe "un orden moral obligatorio; la pena tiene como fin la justicia y como límite la utilidad". (21)

Francesco Carrara (1805 - 1888) máximo exponente de la doctrina clásica de Derecho Penal, considera el delito como un "ente jurídico", afirma que el delito no es un hecho, sino una infracción, una injusticia, el que está constituido por dos fuerzas: La física como el daño o el hecho material, y la moral que es la voluntad actuante, que requiere la exteriorización física para ser considerada como delito; su definición jusnaturalista, según la cual es "delito" 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, normalmente imputable y políticamente dañoso" (22)

Esta definición contiene elementos materiales dirigidos al análisis sustancial de la Ley. Carrará intenta encontrar a fijar "el límite perpetuo de lo ilícito", límite para el legislador y el juez y que no puede ser transgredido; complementa su sistema afirmando que el Derecho Criminal tiene su idea central en la "tutela jurídica", la pena

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

(22) Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo I, pág. 223

así justificada es una emanación del derecho y no puede estar liberada su regulación al solo criterio del legislador, sino a los jurídicos necesarios que regulan su calidad y su cantidad proporcionalmente al daño padecido por el derecho o al peligro corrido por el mismo". En su definición del delito encontramos los elementos esenciales como son: la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, y nos dice de estos que "de la fuerza interna surge en el delito el elemento moral; de la externa, el elemento material o su esencia de hecho; de la interna y externa juntas el elemento político". (23)

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

Cesar Lombroso (1836 - 1909) iniciador del positivismo médico, antropólogo y criminalista italiano; sus teorías influyeron grandemente en el Derecho Penal tratando de explicar el origen de la criminalidad: "la naturaleza crea al delincuente, la sociedad presta tan sólo las condiciones para que pueda cometer los delitos. (24)

Nos presenta al delincuente como un salvaje, como un retroceso atávico de las primeras épocas de la especie-

(23) Carrera, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal, cit. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires.

(24) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Trad. José - Rodríguez Muñoz. Tomo I. pág. 58 y ss.

determinar su responsabilidad. (25)

Rafael Garófalo (1853) jurisconsulto italiano, - según sus teorías, el delito no es nunca efecto directo e inmediato e inmediato de circunstancias exteriores, sino la revelación de una naturaleza degenerada, razón por la que se manifiesta partidario de la pena capital; sostuvo la "responsabilidad psicológica o moral" como acostumbraba llamarla, e hizo severa crítica de los "substitutivos penales" de Ferri. Garófalo - emprende el análisis de los sentimientos para fundamentar su teoría del delito natural, y en los de naturaleza altruista - fundamental, los de piedad y probidad halla las bases de su famosa definición: "el delito moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, - cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad". (26)

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

(25) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Trad. José Rodríguez Muñoz. Tomo I págs. 58 y ss.

(26) Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo II, - Buenos Aires. 1963. pág. 222

humana, en las que se advierten impulsos canibales, como niño falto de sentimientos a los que les rodea; desde el punto de vista siquiátrico como epiléptico con su "efectividad explosiva". El tipo lombrosiano es el delincuente congénito - nato, por lo que se le debe eliminar de la sociedad antes de que tenga ocasión de cometer delitos; se basa en las leyes de la herencia, y las enfermedades nerviosas con fondo epiléptico atacando los centros nerviosos. En síntesis, considera al criminal más que un delincuente, como un enfermo mental.

Se critica la doctrina lombrosiana, porque si existen condiciones propuestas que llevan a la comisión del delito, sin embargo, no puede afirmarse que sean fatalmente necesarias, ya que partiendo de esta tesis, se negaría la libertad humana y por consiguiente la responsabilidad.

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

Enrique Ferri (1856 - 1929): criminólogo y polígrafo italiano con su concepción enciclopédica de la sociología criminal, comprendía todas las disciplinas que estudian el delito una noción unitaria válida para todas las disciplinas; en unión de otros funda la Escuela Positiva del Derecho Penal, que en oposición a la Escuela Clásica puso de manifiesto la necesidad del exámen biosico del delincuente para-

C). - Escuela Sociológica. - Terza Scuola o Escuela Crítica. - Sus creadores fueron Alimena y Caranvales, su postura es eclectica, aprovecha puntos de la escuela clásica, acepta el principio de responsabilidad moral, y la distinción entre imputables; no considera que el delito sea un acto de un ser dotado de libertad, recoge de la escuela positiva el método experimental, niega el libre arbitrio y proclama el determinismo positivista; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, y adopta el criterio de la defensa jurídica, viendo en la sanción un medio de intimidación cuyo fin es la prevención general del delito; rechaza la doctrina de la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal; la pena tiene como fin de defensa social. (27)

Bernardino Alimena delimita el concepto legal de delito y nos dice que la imputabilidad surge de la voluntad y de los motivos que la determinan, teniendo como base la "dirigibilidad" del sujeto, la que consiste en la aptitud para sentir la coacción psicológica por lo que sólo son imputables los que son capaces de sentir la amenaza de la pena; defiende la distinción entre penas y medidas de seguridad: "una vez escrita la Ley, es delito todo hecho prohibido bajo la amenaza de una pena", y en el Código Italiano se agregaba que "debe tener un elemento subjetivo y un elemento objetivo, un elemento exterior, sin el cual sería un pecado". (28)

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

(28) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires 1965. pág. 30

D). - Escuela Sociológica del Derecho Penal. - -
 Frans Von Liszt (1851 - 1919) es la principal figura en el movimiento de reforma penal en Alemania, imponiendo el pensamiento finalista del Derecho Penal; toma en cuenta los resultados de la Antropología y estadística criminales, dirigiéndose contra la concepción antropológica criminal sobre la posición científica causal, propia de positivismo naturalista. Para este autor, delito "no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas". (29)

La Escuela sociológica se propone como tarea la investigación científica del delito, sus causas y medios de combatirlo; se basa en la repudicación de pena retributiva de la escuela clásica; su función es la prevención social, mediante la amenaza de la pena; preponderancia de la finalidad de la prevención especial (satisfacción de los perjudicados al ver que el delito no queda impune). Con esta escuela se origina un cambio radical que se advierte en el pensamiento alemán. (30)

E). - Escuela de la Dirección Técnico - Jurídica. Representada en Alemania por Bindig, quien es el primero en destacar la "antijuricidad", en Italia por Arturo Rocco, Manzini, Massri y Battaglini. Las direcciones de esta doctrina consisten en que, la ciencia penal no aspira a la indagación filosófica de un derecho penal del porvenir; se -

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

(30) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. José Rodríguez Muñoz. Tomo I. págs. 53 y ss.

limita al Derecho Penal Positivo vigente elabora los principios fundamentales de sus instituciones, aplicando e interponiendo ese derecho; el delito se concibe con relación jurídica, prescindiendo de sus aspectos social o individual; hace abstracción del libre albedrío como base de la imputabilidad, aunque mantiene la división y distinción entre emputables e inimputables; la pena es reacción jurídica contra el delito reservada para los imputables; el Derecho Penal es el conocimiento del hombre, del medio y de la dignidad humana.

Manzini escribió contra Ferri, porque dice que es un error decir que el delito lesiona la moralidad media, pues ésta representa un máximo respeto de la delincuencia mientras que el Derecho Penal representa el "minimum del minimum ético"; y Rocco nos dice que "no existe un Derecho Penal natural, racional o ideal". (31)

3. - TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Corrientes contemporáneas. - El siglo XX tiene grandes modificaciones en la ciencia penal alemana; se reconocen nuevamente los valores con Windelband, Rickert y Max Ernesto Mayer (1921), sin embargo se vuelve a la antigua fundamentación del derecho de castigar, se reconoce la antijuricidad (antijuricidad) y tienen la misma tendencia en cuanto a la formación de conceptos jurídicos. Mezger y Eberhard Schmidt -

(31) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Trad. José Rodríguez Muñoz. pág. 65.

expresan una comprensión más profunda de los límites que la misma naturaleza impone a la ley positiva; Mezger considera "que la ciencia jurídico penal, tiene como objeto las normas legales del derecho positivo" (32)

Ernesto Von Beling. - Para este autor, delito "es una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones objetivas de la punibilidad"; este autor critica las definiciones anteriores conocidas por faltarles el elemento "tipicidad" y considera la enumeración de los demás elementos del delito (antijuricidad) como una repetición que resulta innecesaria; la "pena" no es un elemento del delito, pero ha de estar prevista en la Ley como una consecuencia de la acción que reúna los elementos esenciales enumerados, para tal delito. (33)

En 1930 Beling modifica su doctrina y es traducida al Español, en Argentina, por Sebastian Soler; como doctrina del tipo en esa publicación cambia la definición del delito y nos dice: "acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se de una causa legal de justificación de pena. Beling mismo reconoce que el delito es un hecho típico, antijurídico y culpable, sino que es "un hecho típicamente antijurídico culpable"; para Beling, la característica esencial para distinguir las acciones punibles de las que no lo son, aún siendo antijurídicas y culpables, por

(32) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Trad. José Rodríguez Muñoz. pág. 65.

(33) De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, parte Especial Delitos de Particular. México 1941. pág. 23.

no conducir a una pena, es precisamente la "tipicidad", por ello sólo las acciones punibles son típicas. El delito sólo existe cuando puede adecuarse a un tipo penal. (34)

Doctrina de Maz Ernest Meyer. - Hace un estudio, pero únicamente hace referencia a las figuras de un delito culposo, separándolas de las formas dolosas, y nos dice del delito: "acontecimiento típico, antijurídico e imputable", la palabra "acto" la sustituye por "acontecimiento"; el vocablo "culpabilidad" lo reemplaza por el de "imputabilidad" dándole la misma categoría del término "culpabilidad" y suprime las "condiciones objetivas de punibilidad y la necesidad de que el hecho esté sancionado con una pena adecuada; Mayer ve en la tipicidad un indicio de la antijuricidad, niega que la tipicidad únicamente describa tipos penales, ya que éstos tienen otros elementos, y considera que quien deba juzgar los hechos debe hacer una valorización sobre la figura contenida en la Ley. (35)

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

Doctrina de Edmundo Mezger. - Elaboró una definición de delito jurídico sustancial: "delito es la acción -

(34) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Trad. José Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955. pág. 156.

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

típicamente antijurídica y culpable" en su teoría, la tipicidad califica la antijuricidad, por esto trata la tipicidad como parte de antijuricidad, por eso trata la tipicidad como parte de antijuricidad. La acción se estudia bajo un tipo jurídico penal; que no concurra ninguna causa de exclusión -- del injusto que sea imputable al agente; los elementos del delito deberán ser considerados y relacionados por el Juez para la imposición de la pena. El tipo debe encontrarse descrito por la Ley en sus diversos artículos; el tipo es fundamento real y de validez de la antijuricidad, sólo lo que la Ley prohíbe puede ser delito. Mezger no considera la pena, al igual que Mezger en su tratado de Derecho Penal en dos tomos: Dogmática Jurídico - Penal, en la que encontramos la Teoría del delito, y éste, en sentido amplio es la acción punible contenida como el conjunto de los presupuestos de la pena; la palabra "delito", significa, ante todo, un Derecho Civil, en Derecho Penal y en Derecho Público (político) la acción prohibida que contradice al Derecho. (36)

Teoría que ve en la pena una retribución. - Manuel Kant (1724 - 1804). "El deber de castigar un delito es un imperativo categórico; la pena es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido en el delito". (37)

Federico Hegel (1710 - 1831). - Sostuvo que el ordenamiento jurídico dictado por el Estado persigue en orden -

(36) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, 2a. Edición. México 1967, pág. 46

(37) Idem. pág. 47

aparentemente alterado por el delito, por ello: "la infracción a la Ley Penal es negación del Derecho, y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causa por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea; la negación de la negación del Derecho". (38)

Teorías según las cuales la pena tiene especial carácter intimidatorio. - Su fin; la prevención del delito - Según Grolman "la pena pretende evitar que el delincuente cometa nuevos delitos".

Jeremías Bentham (1748 - 1832) jurisconsulto - y filósofo Inglés, en su teoría de "las penas y su responsabilidad", definió al delito con una "mera contradicción a la Ley". (39)

Teorías que consideran el delito como lesivo a la justicia. - Juan Domingo Romagnosi (1761 - 1835), filósofo y jurisconsulto italiano, define al delito, como "el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la justicia"; afirma que la legítima potestad es castigar, tiene origen en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social: "la sociedad no sólo debe reprimir el delito, sino prevenirlo".

Juan Pablo Anselmo Feuerbach (1775 - 1833), cri-

- (38) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Buenos Aires. 1965. pág. 46.
 (39) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México 1967. pág. 45

minalística alemán. - Su doctrina es la intimidación a la colectividad y dá nacimiento a la teoría de la "prevención general", apagado al principio de "la legalidad"; define el delito como "una acción contraria al derecho de otro convalidada por una Ley Penal". (40)

Carlos Roeder (1806 - 1897), jurista y filósofo alemán, para quien la pena es un tratamiento correccional o tutelar, añade a la noción antijurídica del delito la característica subjetiva de "voluntariedad", en que encontramos lo "culpable". (41)

A). - TEORIA TETRATOMICA.

El estudio analítico del delito de la tripartición tiene un apoyo en la doctrina italiana, con autores como Delitata, Maggiore, Petrocelli, Santop, Frosali, Bettioli y Demarsico, Alimena, Bellavista, Mussotto y Grispigni. Maggiori en su tratado escribió que la teoría tripartita "es lo mejor que la ciencia ha sabido dar hasta ahora y no está superada", la sistematización de las causas de justificación en la doctrina clásica tenía un carácter autónomo e independiente". La teoría de la tripartización fué enunciada inicialmente en términos genéricos por Von Liszt. (42)

- (40) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal - Mexicano. México 1967. pág. 43
 (41) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo - III. Buenos Aires. 1965. pág. 35.
 (42) Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del Delito. Traducción Franco Guzmán. Anales de Jurisprudencia.

B). - TEORIA UNITARIA O TOTALIZADORA.

Existen dos sistemas para el estudio jurídico sustancial del delito: el unitario o totalizador, y el atomizador o analítico. El delito se define a través del análisis de los diversos elementos que lo conforman: Concepción analítica que desembra el delito en sus diversos elementos. Los elementos del delito los divide la doctrina en esenciales o consecutivos y accidentales. Porte Petit piensa que son elementos esenciales y generales de todo delito; la conducta o el hecho, la tipicidad y la culpabilidad; la imputabilidad es considerada como presupuesto de la culpabilidad y la punibilidad consecuencia del delito; las condiciones objetivas de punibilidad son anexos del tipo. El mismo autor nos dice que "antes de comenzar el estudio de los elementos del delito y de sus aspectos, como son los presupuestos y circunstancias, existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos; una que los niega y otra que los acepta y algunos autores admiten una clasificación de éstos en presupuestos del delito y presupuesto del hecho "en consecuencia" los presupuestos del delito son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descrito por el tipo y la cuya existencia depende el título de delito respectivo". (43)

La desorganización para el estudio del delito se debe al mal empleo del método analítico, ya que se ha despedazado el delito en partes o fragmentos, y considera a és-

(43) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntes de la parte General del Derecho Penal. Vol. I. México 1960. pág. - 135 y ss.

tos como entidades "autónomas e independientes", creando dificultades y problemas que no tienen razón de ser; así se ha considerado el delito como una suma de elementos distintos, como el resultado de una suma. Esta concepción, considerada por Antolisei, como mecánica o atómica es completamente equívoca, porque el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que puede presentar diversos aspectos, pero no es fraccionable; la verdadera esencia del delito no está en sus elementos, ni en suma, sino en todo, en su "intrínseca unidad". (44)

C). - TEORIA ATONIZADORA O ANALITICA.

Concepciones totalizadora y analítica del delito. - Concepción totalizadora o unitaria. - Ve en el delito un bloque monolítico, imposible de escindir en elementos; el delito es un todo orgánico y como tal debe de ser estudiado para comprender su verdadera esencia; la concepción analítica-atomizadora, estudia el delito a través de sus elementos constitutivos y sus relaciones entre sí; no niega su unidad pero fracciona sus elementos para su mejor análisis. El estudio analítico del delito es necesario; análisis significa descomposición; el concepto del delito debe ser descompuesto en sus rangos característicos, en sus notas esenciales. Se denominan elementos del delito o sus notas esenciales. (45)

(44) Antolisei, Francisco. Anales de Jurisprudencia. México. 1979.

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

Porte Petit precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, ya que éstos concurren simultáneamente; él niega también la "prioridad lógica", pues para la existencia del delito se requiere la de sus elementos y "aunque ellos guardan entre sí un orden lógico no hay ninguna prioridad lógica"; lo correcto es hablar de "prelación lógica", habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, aún cuando si es necesario para que el otro elemento exista. El número de elementos del delito varía según la particular concepción Bitómica, Tritómica, Tetratómica, Pentatómica, Hexatómica y Heptatómica, de acuerdo con el criterio de los autores. (46)

Elementos objetivos y subjetivos del delito, sobre los cuales se desarrolla el estudio analítico del mismo. Según el sistema de tripartición, siendo el delito un hecho (humano) antijurídico y culpable, el estudio del delito debería repartirse en tres investigaciones distintas: una, dedicada al delito como ente de hecho y otra a la antijuricidad, y la tercera a la culpabilidad; entre el hecho y la culpabilidad; entre el hecho y la culpabilidad, se podría como requisito átomo la antijuricidad objetiva que se indica con la expresión de "injusto"; dicha "tricotomía" sugirió en Alemania, donde predomina actualmente y sólo en estos últimos tiempos ha sido criticada. Recientemente se ha opuesto a ella autores como Carnelutti y Battaglini; el primero ha expuesto que el delito, como otros casos jurídicos.

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

Resulta de dos notas subjetivas (la capacidad y la legitimación), de tres requisitos objetivos: La causalidad, la voluntad culpable y la forma prohibida. Battaglini ha sostenido que en el derecho positivo italiano la punibilidad debe considerarse el elemento constitutivo del delito, llegando así a la tripartición: hecho (típico) culpabilidad y punibilidad. Estos autores han sido criticados, ya que la innovación de Battaglini se le puede objetar fácilmente la "punibilidad", la que constituye en característica general del delito su tesis se funda también sobre la extinción del delito; también confunde "fenómenos jurídicos" que son muy distintos como son las causas de justificación que impiden que surja el delito, y las causas de extinción, que proponen un delito existente.

La innovación principal de Carnelutti es la introducción del requisito de la causa en lugar de la antijuricidad la causa sería el interés que motiva el autor del delito: "interés objetivo" (47)

Nosotros nos adherimos a la teoría tetratómica, sostenida principalmente por el profesor don Fernando Castellanos Tena, quien nos dice que los elementos esenciales del delito son: "conducta, tipicidad, antijuricidad (o antijuricidad) y culpabilidad, más ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario"; ". . . al realizar

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

se el delito se dan todos sus elementos. . . procede observar - inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento - al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta - típica está o no protegida por un justificante y, en caso nega - tivo llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad en - seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y - volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si - el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputa - ble, obró con culpabilidad". (48)

4. - ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

A). - DE LA CONDUCTA EN GENERAL.

Diferentes definiciones. - El delito es ante - "todo una conducta humana"; solo el hombre puede ser sujeto ac - tivo del delito por que él solo tiene conciencia y voluntad; - al elemento objetivo del delito se le ha denominado de diversas maneras; como "acto", nos dice Jiménez de Asúa "es una manifes - tación de voluntad que, mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o por que no hacer lo que se espera deja sin mu - danza ese mundo externo cuya modificación se aguarda". (49)

El maestro Castellanos Tena, emplea el término - "conducta", pues dentro de el se puede incluir correctamente - tanto el hacer positivo como el negativo. (50)

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

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

(50) Ibidem. pág. 189

Como "hecho, Antolisei considera que la acción no es un hecho meramente físico y psíquico, sino un hecho al mismo tiempo físico y psíquico, como hecho físico la acción supone un suceso exterior, objetivo, concreto pero este suceso no es acción sino representa una actividad de la personalidad humana. Estima Antolisei que la "omisión no es sólo la negación de una acción", en la omisión hay siempre una actividad positiva que contribuye el otro aspecto del comportamiento del hombre; no se trata de dos hechos distintos, sino de un hecho único, y el hecho es la acción positiva que se ha ejecutado en lugar de la acción omitida, este autor no reconoce la voluntad como elemento de la acción. (51)

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

Para Fontán Balestra "el acto ha de ser la exteriorización de una personalidad, aunque no sea normal. La personalidad del ebrio, como la de aquél que obra bajo coacción

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

moral o por error, participa en la acción, no ocurre lo mismo en el caso de la coacción física bis absoluta", hipótesis en la que la coacción no es sino un medio de que se vale el verdadero autor - la coacción física (bis absoluta), hipótesis en la que el coaccionado no es sino un medio de que se vale el verdadero autor - el coaccionante - y que puede equipararse a un instrumento o a un objeto material. (52)

Pavón Vasconcelos nos dice el término "hecho" se identifica con el delito mismo, dándosele una conotación diversa en sentido restringido, como elemento del delito, el hecho considerado como delito y el propio hecho como elemento objetivo del delito. (53)

El primer elemento objetivo del delito es el que se identifica con la conducta humana con el hecho, comprendiéndose en éste último término, tanto como de la conducta como el resultado en el orden naturalístico, condicionando a la referencia típica.

Porte Petit prefiere hablar de conducta o "hecho", afirmando, pensemos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y de los resultados materiales. Nadie

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

(53) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México 1967. pág. 55 y ss.

puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano. Y dentro de la prelación lógica ocupa el primer lugar, la cual les dá una relevancia especial dentro de la teoría del delito; en síntesis, afirma Porte Petit, el acto en unas ocasiones constituye el todo (la acción) y a veces parte de ese todo. (54)

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 delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo precisa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material.

El maestro Castellanos Tena nos dice no tener inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos, "conducta" y "hecho", entendiendo por éste lo ocurrido o lo acaecido e indudablemente, el actuar humano (con o sin resultado material).

Por efectuarse en el escenario del mundo, es desde el punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son "hechos" y agrega: más si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, y el resultado, y su necesario y su necesario nexo causal, y si se habla del vocablo

(54) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal. México 1960. pág. 153

"conducta" cuando el tipo solo exige un acto o una omisión, - existe únicamente el nexo causal en los ilícitos de resultado material. Los de simple actividad (o inactividad) comporta - solo resultado jurídico. (55)

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

- Formas de la conducta.

Diferentes definiciones:

La voluntad al exteriorizarse puede adoptar - las formas de: acción, la que se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión); la omi- - sión, que se conforma por omisión integrada por una inactivi- dad y la violación de un deber jurídico de obrar y otro de abs- tenerse.

El acto o la acción "stricto sensu", es todo - hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del orga- nismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner - en peligro dicha modificación. (56)

El acto, objetivamente la acción sólo existe -

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

(56) Ibidem. pág. 197

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

La acción nos dice Pavón Vasconcelos "es la conducta positiva expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva". (57)

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

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

tad humana". (58)

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

(59)

Según escribe Villalobos, es todo acto jurídico o en la mayoría de ellos, pueden separarse tres elementos; voluntad, realización externa y resultado, la voluntad se refiere al movimiento, esta debe de conectarse con el resultado o con la realización de un tipo legal. (60)

Porte Petit, al hablarnos de "conducta", no incluye en ésta un resultado material, y al hablar de hecho abar

(58) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte General México 1960. pág. 224.

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

(60) Ibidem. pág. 225

ca tanto a la conducta como al nexo causal y al resultado, y nos dice el propio autor: "generalmente se señalan como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad: la manifestación de voluntad referida a la conducta y no al resultado. En efecto, la conducta en derecho penal no puede entenderse sino como conducta culpable, por lo que se comprende en ésta, querer la conducta y el resultado; de no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta, limitada a querer únicamente el comportamiento corporal. (61)

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

Nos dice el maestro Castellanos Tena "existen varios criterios con respecto a si la relación de causalidad y el resultado deben o no ser considerados dentro de la acción. La razón de esta diversidad radica exclusivamente, a nuestro juicio, en el uso de una terminología variada. Si el elemento objetivo se le denomina "acción" evidentemente en ella se incluye en tanto el resultado como el anexo causal, dada la amplitud otorgada a dicho término, lo mismo cabe decir respecto a otros, tales como acto, conducta y hecho. (62)

La omisión es una negación de actividad, pero esta también debe voluntaria, no basta que no se ejecute aque-

(61) Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. pág. 34.

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

llo que se tiene obligación de hacer, sino que es necesario - que no se ejecute voluntariamente y con vista a un fin determinado; la omisión se caracteriza al igual que la acción por acto encaminado a un fin, o sea una actividad voluntaria encaminada a un fin.

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

(63)

La omisión también es una acción negativa por abstención del agente, que no ejecuta un hecho positivo exigido por la Ley. La omisión es conducta negativa. (64)

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

Nos basta el no hacer para que haya omisión,-

(63) Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del Delito. México 1954. pág. 35

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

Nos basta el no hacer para que haya omisión, - es necesario que se deje de hacer; hay actos que violan una - Ley positiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión. (65)

Mezger nos dice: "lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender. - Porque no ha emprendido esta acción de que el se esperaba es por lo que es punible, siempre esa acción esperada le sea exigible". Ahora bien, como solo la acción esperaba hacer surgir la omisión en sentido jurídico, "resulta absolutamente correcto que solo se fundamente desde fuera (externa, normativamente), y que por tanto, no el que omite sino el que juzga, dá existencia a la omisión". Esto que escribe Mezger en orden a los propios delitos de omisión (delitos de omisión simple) es verdadero, por tanto con mayor motivo y para los delitos de "omisión impropia". (66)

Para Sebastián Soler, el delincuente puede violar la Ley sin que un sólo músculo de su cuerpo se contraiga, - por medio de una omisión o abstención. (67)

Nosotros estamos de acuerdo con el maestro Castellanos Tena, quien escribe: "la omisión, en cambio radica en una abstención de obrar, simplemente en una forma negativa-

(65) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte General, México. pág. 245

(66) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal, Buenos Aires. 1967. pág. 216.

(67) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Título I.

de la acción. En los delitos de acción se hace lo prohibido; en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, - en los delitos de acción "se infringe una Ley prohibitiva y - en los de omisión una dispositiva". (68)

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia, de la omisión propia, de la comisión por omisión u omisión impropia. En los delitos de omisión simple se imputa al autor una omisión por no hacer algo - que le ordena una norma preceptiva; la omisión simple es "no hacer", es el incumplimiento de un deber, de una obligación - que encuentra su fuente en la Ley. (69)

Estima Porte Petit como elementos de la omisión propia:

- a). - Voluntad o no voluntad (delitos de olvido);
- b). - Inactividad, y;
- c). - Deber jurídico de obrar con una consistencia, consistente en un resultado típico o jurídico. Afirma que la omisión simple "consiste en no hacer", voluntario o culposo, violando una norma perceptiva, produciendo un resultado típico" Castellanos Tena señala como elementos "una manifestación de voluntad, una inactividad del agente y una relación causal entre-

(68) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. México 1989.

(69) Porte Petit Candaudap, Celestino. Derecho Penal Mexicano. parte general. México 1988.

la manifestación de voluntad y la abstención. En la omisión simple, la manifestación de voluntad se traduce en un no obrar, en la no ejecución voluntaria de algo indebido, precisamente la existencia del deber de obrar y la posibilidad de hacerlo, en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (solo comportan resultado jurídico)". (70)

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

Villalobos nos manifiesta "hay actos que violan una Ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión a éstos se llaman delitos propios de omisión o delitos de comisión, pro-omisión; en estos casos nos sigue diciendo el mismo autor "el deber jurídico puede existir sin la Ley expresa que directamente lo haya creado una situación ilegal o de peligro del que hay que sacar al perjudicado, así es posible". (71)

Por su parte, Jiménez de Asúa, dice que: "en -

(70) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1960. págs. 199 y ss.

(71) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México 1960. pág. 245 y ss.

algún delito de comisión por omisión, no debe hacer distingos por el modo de perpetrarlos.

Acaso no deben reputarse como tales los que se perpetran en quebrantamiento de un deber nacido de un contrato u otro género de obligación jurídica, sino los que surgen contra el deber moralmente exigido por la convivencia social. (72)

"En la comisión por omisión, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que la omisión simple, en un no obrar, teniendo obligación de hacerlo, violándose una norma preceptiva y una prohibitiva, por cuando manda abstenerse de producir el resultado típico y material, o sea un resultado jurídico y otro material, únicamente en los delitos de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (material) además de resultar jurídica". (73)

B). - LA AUSENCIA DE LA CONDUCTA.

Diferentes definiciones.

Cuando falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integra, dice Jiménez de Asúa; "los

(72) Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito, principios del Derecho Penal*. Buenos Aires. 1967. pág. 216.

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

que damos personalidad y autonomía del acto, estimándole como el primer carácter del delito, hacemos de la falta de acción un elemento negativo del crimen con sustantividad propia". (74)

"Quien sufre un desmayo en el momento en que debía cumplir una obligación, o quien se ve atacado por fascinosos que le impiden hacer lo que tenía que hacer y que él quisiera cumplir, o quien rompe un objeto valioso en un ataque convulsivo involuntario, o como efectos de movimientos reflejos, cuyos orígenes nada tienen que ver con la voluntad, no ejecuta un acto humano, sin que es alicto de un hecho que ocurre fuera de su dominio, y a veces contra su propia determinación, por ser vencidas sus propias fuerzas, Existe una incluyente de responsabilidad para ese sujeto, que no consiste en la falta de ausencia de la culpabilidad, como se ha pretendido, pues aún cuando tal ausencia de culpabilidad sea verdadera como lo que es siempre que falta un elemento anterior, al delito ya que, no se puede ser culpable de lo que no se hace o de lo que se hace jurídicamente falta en el caso algo más hondo y primordial en la estructura del delito, como es un acto ejecutado por el sujeto", como vemos según lo expresado por Villalobos, se requiere una manifestación de voluntad del sujeto. (75)

Castellanos Tena, escribe: Que si "la conduc-

(74) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, principios del Derecho Penal. Buenos Aires 1965. pág. 219.

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

ta está ausente, no habrá delito a pesar de las apariencias; - es pues, agrega la ausencia de conducta una de los aspectos negativos o mejor dicho impeditivos de la formulación de la conducta delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico; muchos llaman la conducta soporte naturalístico del ilícito penal". "Una de las causas impeditivas de integración - del delito por ausencia de conducta es la denominada bisabsoluta, o fuerza física exterior irresistible a que se refiere - el artículo 15 del Código Penal para el Distrito en su fracción I.

Se ha requerido encontrar en este eximente una causa de inimputabilidad cuando el sujeto se haya compelido - por una fuerza de tales características, pueden ser perfectamente imputable, si es persona capaz en el campo jurídico penal. La verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe de buscarse en la falta de conducta". (76)

El maestro Villalobos quien ha venido sosteniendo esta tesis escribe: "El acto de quien es violentado a escribir una injuria - dar un golpe a otra persona consiste propiamente a resistir a la violencia que se le hace, y el movimiento que resulta no exteriorización de voluntad de ese sujeto - que aparece como agente inmediato sino todo lo contrario. Tiene a su favor ese sujeto, en caso de ser acusado una excluyente de responsabilidad por falta de acto suyo". Nos dice Villalobos "queda así esclarecido la naturaleza de la fracción I -

del artículo 15 de nuestro Código Penal:

Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible, y con ella cualquier otra excluyente que significa movimiento corporales realizados por una persona, sin que sean provenientes de o regidos por su voluntad". (77)

Porte Petit, escribe "el Código Mexicano necesariamente se refiere a la vis-absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad cuando constituyen un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula *ne llum crimen sine actions*". (78)

Por tanto, expresa Jiménez de Asúa, "la fuerza irresistible, por ejemplo no es ausencia de tipicidad sino falta de acción, puede decirse que toda conducta que no es voluntaria en el sentido de espontánea y motivada, supone ausencia del acto humano. Así fuerza irresistible material de la denuncia ni la coacción moral (miedo insuperable) pueden ser falta de acción, pues aunque anormal la primera, supone conducta voluntaria y motivada . . . y lo mismo puede decirse de la segunda, pues el que obra en virtud de miedo invencible, pudo también según el grado de éste, decidirse por el sacrificio propio o el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la coacción y perpetrar el acto punible. Estos casos serán motivos de inimpu

(77) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. pág. 335.

(78) Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. pág. 35.

tabilidad y culpabilidad". (79)

"La única diferencia que hay que destacar, entre los hechos producidos por una fuerza de la naturaleza y aquellos que proceden de una violencia física ejercida por otro ser humano, consiste en que bajo el primer supuesto no existe acto de persona alguna ni por consiguiente delito, en cambio si otra persona me obliga físicamente a realizar un tipo penal no existirá el acto mío, pero si un delito en quien ha ejercido la violencia será considerado como autor mediato". (80)

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

(79) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, principios de Derecho. Buenos Aires 1967. pág. 220.

(80) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. pág. 337.

nes de una voluntad libre y conciente en su origen. (81)

C). - LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO Y LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

En este delito como vimos al hablar de conducta, sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito. El elemento objetivo del delito es la acción propiamente dicha, son elementos materiales, objetivos, las circunstancias o modalidades por las cuales la Ley define al delito en forma descriptiva. (82)

Son elementos sensorialmente "cognocibles"; el objeto material del delito de Motín, puede manifestarse mediante cualquiera de los siguientes comportamientos:

a). - A quienes para hacer uso de un derecho.

Pretextando su ejercicio para evitar el cumplimiento de una Ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de la violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.

La asonada o Motín es un delito de masas, plurisubjetivo, finalístico y político, parte, el artículo 17 de la Constitución, prohíbe que persona alguna se haga justicia por sí

(81) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. México 1980.

(82) Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal Editorial Porrúa, México 1993.

misma y ejerza violencia para reclamar su derecho y por la otra el artículo 9° del propio ordenamiento condiciona el ejercicio del derecho de asociación o de reunión a que sea pacífico; a quienes practiquen no deliberen estando armados, y en cuanto a la reunión tenga por objeto hacer una petición a la autoridad no se profieran injurias en su contra, ni se haga uso de violencia o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desea.

Rafael de Pina, hace ver en su "Código Penal - Anotado" que el delito de Motín o asonada nombre con que también se le conoce, castiga el uso o el ejercicio de un derecho o de un supuesto derecho que ocasione una perturbación en el orden público, efecto que el artículo 131 del Código Penal para el Distrito Federal se extiende al empleo de violencia en las personas o fuerza sobre las cosas, y a las amenazas a la autoridad con la pretensión de obligarla a tomar alguna determinación.

b). - El artículo 131 del Código Penal para el Distrito Federal consta de un segundo párrafo que se distingue claramente la responsabilidad delictiva de quienes participen masivamente en el Motín y quienes lo organizan, incitan, dirijan o patrocinen económicamente como es natural, a esta segunda categoría de participantes, corresponden mayor penalidad. (83)

Si falta uno de los elementos del delito, éste no se integra; la ausencia de conducta es uno de los aspectos -

negativos o mejor dicho, impeditivos de la formación de la -
figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o ne-
gativa, la base indispensable del delito como de todo proble-
ma jurídico, muchos llaman a la conducta "o porte naturalís-
tico del ilícito penal".

CAPITULO III

TIPICIDAD

1. - Del Tipo en General.
 - A). - Diferentes definiciones.
 - B). - Elementos del tipo:
 - Objetivo
 - Subjetivo
 - Normativo
 - C). - La Tipicidad.
 - D). - La Tipicidad en el Delito de Motín.
2. - La Ausencia del Tipo.
 - A). - Diferentes definiciones.
 - B). - Causas de Atipicidad.
 - C). - La Ausencia del Tipo
3. - El Tipo en el Delito de Motín.

C A P I T U L O I I I

TIPICIDAD.

1. - DEL TIPO EN GENERAL.

A). - DIFERENTES DEFINICIONES.

Tipo y tipicidad se colocan como base de sustentación de la teoría general del delito de la técnica jurídico - penal. El concepto del tipo "tatbestand" - término - que encontramos en el párrafo 59 del Código Alemán fué entendido en forma diversa por los juristas alemanes. A partir del Elinuel tipo se entiende como la descripción objetiva de la conducta punible hecha por el legislador en cada uno de los artículos de la parte especial del Código; hacia la descripción deben orientarse las características que las determinan como objetivas de la conducta que se estima delictuosa. Ernesto Mayer (1915 Tratado de Derecho Penal) afirma que la tipicidad no es únicamente descriptiva sino indiciaria de la antijuricidad, o sea que no toda conducta física es antijurídica, pero si toda la conducta típica es indiciaria de antijuricidad". (84)

Mezger considera que el tipo es el injusto descrito concretamente, alude a la palabra tipo, es el injusto -

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

descrito concretamente, alude a la palabra tipo, en el sentido de la teoría general del derecho, en el conjunto de todos los presupuestos cuya existencia se liga en consecuencia jurídica. El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada una consecuencia jurídica. El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal . (85)

Se ha considerado que la noción del tipo se encuentra en el concepto de *compus delicti* estudiado por Beling, a quien se le considera como el creador de la teoría moderna del tipo: en este el *tetbestand*, no es el conjunto de las normas del delito, sino la suma de los elementos subjetivos descriptivos en el tipo, es decir de la partícula disposición legal, la suma de los elementos materiales atribuibles a la gente; más claramente, la acción delictuosa o las notas que lo caracterizan en la realización del resultado que con ésta está ligada. Que por tanto fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad. (86)

En 1930, Beling amplía su doctrina en su "Die Lehre Von Tatbestand" (la teoría del tipo), se distinguen: (87)

- (85) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Trad. José Rodríguez Muñoz. México 1955. pág. 365.
 (86) Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del Delito. Trad. Dr. Franco Guzmán. México 1954. pág. 38
 (87) Idem.

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

Tatbestand legal expresan aquel momento de valor record para el deliktstypus que interesa, no hay tatbestand legal "en sí". Todos son relativos en cuanto al contenido, cada uno significa un "tatbestand" sólo para el "deliktstypus" regulado por él en cada caso.

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

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

El tipo de culpabilidad, el cual no es sino la culpabilidad típica el dolo concreto exigido por una determinada figura; y que en unión del "unrechtstypus" (tipo de ilicitud).

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

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

El esfuerzo de Beling no ha sido a la fecha de - bidamente comprendido y se le reprocha la ambigüedad, y en - algunos puntos la obscuridad que no aportaron la claridad de - seada y sí contribuyeron a embollar el problema. Para Antolisei, la teoría de Beling constituye una manifestación caracte - rística de la decadencia de la ciencia penal alemana ocurrida en el último treintenio, destinada a pasar al museo de las abe - rraciones del abstraccionismo jurídico. (88)

Al hablarnos Antolisei del tipo, nos dice que: - "que el modelo o figura del delito no es únicamente el conjun - to de los elementos materiales indicados en la norma penal, si - no el complejo de notas, sean objetivas o subjetivas, que de - ben concurrir para la existencia de un delito dado y que se - desprende también de la parte general del Código". (89)

Jiménez de Asúa hace una crítica favorable a la-

(88) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexica - no, parte general. México 1967. pág. 242.

(89) Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del Delito. Trad. Dr. - Franco Guzmán. pág. 51

doctrina de Beling; merece elogios esta forzada concepción de Beling que considera el tipo sensu estricto o la imagen rectora como representación, en cambio el esfuerzo de crear una figura directriz no parece logrado, ya que en aquellos países en que el parricidio constituye un tipo de independiente, el hecho de matar al padre sin saber que lo es, no podría servir para conectar todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen que sería externamente de parricidio e interna de homicidio. (90)

El mismo autor nos dice: el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Villalobos expresa: "el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo, suponiendo, para declararle punible, que concurren las condiciones normales, en esa conducta tanto objetiva como subjetivamente pero pudiendo presentarse situaciones excepcionales que eliminen la antijuricidad (fórmula o material) o de la culpabilidad en algunos casos". (91)

Vasconcelos nos dice: para nosotros el tipo legal, dándole connotación propia jurídico - penal, es la descripción concreta hecha por la Ley de una conducta a la que en

(90) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, México. 1967. págs. 248 - 249.
(91) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México 1960. - pág. 258

ocasiones se suma a un resultado, como delictuosa al conectar se a ella una sanción penal. (92)

Nosotros aceptamos la definición que de tipo nos da el maestro Castellanos Tena, quien nos dice: "el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

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

(92) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, México. 1967. pág. 243.

ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito según lo expresado por Jiménez de Asúa. (93)

Lo básico en el tipo es la acción, la acción ha de ser típica y típicamente antijurídica y culpable, la acción constituye el núcleo del tipo, el tipo es la síntesis de aquellas características que deben reunir toda acción para conducir una sanción.

Antonio de P. Moreno. escribe: "la Ley fija los tipos del delito. Los de configuración propia, señala sus elementos constitutivos. Solamente es delito la acción u omisión que se conforme, que se adapte al delito de conductas señalado en la Ley, como condicionalmente de una pena. El resto de las acciones humanas que no se conformen con el tipo de delito, tendrán sanción social (la nulidad, la indemnización de daños y perjuicios) pero no sanción penal; quiere decir que no será delito". (94)

B). - ELEMENTOS DEL TIPO.

El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana, en ocasiones el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, o bien contiene referencias a los sujetos -

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

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

a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción que forman parte igualmente del tipo o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción.

(95)

El tipo, nos dice Jiménez de Asúa, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar a la ocasión y al medio. (96)

El sujeto activo del delito, si este es un acto humano o extereorización de una voluntad, ha de ser siempre un hombre o un representante de la especie humana, cualesquiera que sea su sexo y sus condiciones particulares y accidentales, el sujeto pasivo del delito, es siempre la sociedad cuando se efectúan bienes jurídicos instituídos por la vida ordenada, pasiva y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma. (97)

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

El tiempo se halla determinado como una modalidad de la acción: el lugar se hace referencia ya sea a lugar

- (95) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México 1967. págs. 247 y ss.
 (96) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires - 1967. pág. 237
 (97) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. pág. 269

público, o que la acción se cometa en territorio nacional o fuera de éste, cuando hace alusión de la ocasión como en el caso de reunión de personas a quienes se dirige el daño, los medios pueden ser la violencia, el engaño, etc. (98)

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

- Elemento Objetivo.

Por éstos debemos entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento en cuya función es describir la conducta o el hecho que puedan ser materia de imputación y de responsabilidad penal; son utilizados por el legislador para los descritos por éste como dignos de sanción, se refieren a cosas, personas o modos de obrar, captables por los sentidos, apoderamiento de la cosa ajena mueble, sin derecho. La Ley a través de esos elementos dá al juzgador los datos para establecer el tipo y la idea contenida de la acción que el legislador consideró típicamente antijurídica. (99)

Nos dice Castellanos, si las palabras empleadas por el legislador se refiere a situaciones puramente objetivas se estará en presencia de un tipo normal cuando la Ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos. (100)

(98) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires 1967. pág. 254.

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

(100) Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1965. pág. 219 y ss.

- Elemento Subjetivo

Cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito, aún cuando su concurrencia se valorice desde el punto de vista objetivo de la antijuricidad. (101)

Al referirse la Ley a la conducta del sujeto activo la presenta con tres aspectos:

Cuando la Ley recalca el elemento subjetivo del delito, haciendo referencia a ciertos conocimientos del autor cuando se requiere de determinada intención o propósito en la acción, ejemplo: el ánimo de apoderarse de la cosa ajena, cuando la Ley se dirige a determinados estados de ánimo rodeado de las circunstancias y elementos de ese delito concreto.-

Jiménez de Asúa, los denomina elementos típicos subjetivos de lo injusto y se refiere a estados anímicos del autor en orden a lo injusto; el legislador los incluye a menu do en el tipo: estos elementos nos dice el propio autor como antes se decía, dolo específico, aunque aluden a veces a un propósito y a un fin: son elementos subjetivos concretamente referidos al injusto a los que se alude en estos términos: para apoderarse de un inmueble. Al referirse este autor a esos elementos, los clasifica en: elementos que de modo indudable se refiere a la culpabilidad, elementos ambivalentes respecto

a la culpabilidad y a lo injusto, elemento que al vincularse al fin, originan los delitos de tendencia interna trascendente, elemento que al referirse al móvil se ubican en culpabilidad y los ya referidos en relación a lo injusto, y en opinión de Jiménez de Asúa, los elementos subjetivos no se vinculan propiamente a la culpabilidad. En los casos en que esos elementos subjetivos del tipo no fingen expresamente en el (y a veces aunque se hayan texpasivamente descritos) se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficiencia. (102)

Las distintas posiciones de los autores nos llevan a formular una síntesis de la doctrina en la siguiente forma: Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuricidad; otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad, otro criterio mixto encuentra referencias en tales elementos, tanto a la antijuricidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular. (103)

El maestro Castellanos Tena nos dice que los elementos subjetivos del tipo se refieren a un estado anímico del sujeto y los denomina tipo anormal ya que contienen conceptos y situaciones valoradas. (104)

- (102) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. Buenos Aires 1967. págs. 255 y ss.
 (103) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1967. pág. 253.
 (104) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1965. pág. 220

- Elemento Normativo.

Para Mezger presupuestos del injusto tipificado solo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales, estima que a los elementos típicos normativos pertenecen además todos los elementos con una valoración jurídica que hallamos atravesado en todas direcciones los tipos penales.

El maestro Jiménez de Asúa, nos dice que los elementos normativos se encuentran vinculados a la antijuricidad, pero no por ésto deben ser excluidos de la descripción típica y negarles su carácter de elementos como pretende Mezger, y agrega: en verdad no vemos razón alguna para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características de ser antijurídico contrario al derecho fuera de los casos permitidos por la Ley, etc., son patrimonio general de todos los delitos, ya que ésto no existe si no es contrario a la norma en presencia de elementos normativos el Juez instructor no ha de reducirse a su habitual menester sino que está obligado a hacer un juicio valorativo sobre la índole jurídico de la conducta de autor. (105)

Villalobos, expresa: por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos sus elementos participan de ese mismo carácter descriptivo, pero entre ellos los hay que sólo mencionan un dato que puede ser conocido por los senti-

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

dos como la palabra dicha, el introducirse en determinada habitación o el disparo de una arma de fuego, y hay elementos normativos cuya concurrencia en un caso concreto sólo puede ser establecida mediante una valoración, como el carácter de la cosa mueble o inmueble. (106)

C). - LA TIPICIDAD.

a). - DIFERENTES DEFINICIONES.

Pavón Vasconcelos expresa: entendemos por tipi cidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa. (107)

El encuadramiento o la ausencia del hecho en la figura legal, no debemos confundir el tipo con la tipicidad, ya que el tipo es el antecedente necesario del delito, es su presupuesto, y la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. (108)

No hay que olvidar expresa Villalobos que la tipi cidad es un elemento en la definición de delito, desde un punto de vista dogmático, y supuesto el apotegma liberal "nullum crimen sine lege". (109)

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

(107) Idem. pág. 261

(108) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General. México 1965. pág. 261.

(109) Idem. pág. 259

Asegura Mezger que la tipicidad es "ratio essen di" de la antijuricidad, por esto define el delito como la acción típicamente antijurídica y culpable, en el ámbito penal, porque el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclusión del injusto agrega que la tipicidad denota con su sola presencia la existencia de la antijuricidad, el fundamento de la antijuricidad de acción yace en la misma Ley Penal, y es claro, la tipicidad es prueba evidente de que existe antijuricidad penal. - (110)

Escribe Fontán Balestra que: en otras ramas del derecho se trata de preveer la totalidad de los hechos posibles, en cambio en el derecho penal se preveen de modo taxativo sólo aquellos actos de máxima antijuricidad relevante en el orden penal. Los que no están previstos por la Ley Penal, no interesan, quedan en el ámbito de la libertad en lo que a consecuencias penales se refieren. No podemos referirnos a un hecho delictuoso sino referirnos a la Ley que lo crea, por ésto el hecho delictuoso no existe antes de estar en vigencia la Ley que los describe, los delitos nacen a la vida en el momento en que se promulga a la Ley que los anticipa.

Para Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula "nullum crimen sine tipo". (111)

(110) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Trad. José Rodríguez Muñoz. Tomo I. Año 1955 - 1957. pág. 375

(111) Porte Petit, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. pág. 37

Según Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominante descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal, primera fase meramente descriptiva, separada de la antijuricidad y culpabilidad, segunda fase con carácter de indiciario, no es ya una descripción, le atribuye un valor indiciario, afirma que el que una conducta sea típica es un indicio en su antijuricidad, tercera fase "ratio esende" de la antijuricidad, expuesta por Mezger. La antijuricidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo que es esencial a la antijuricidad la tipificación, esta fase según opinión de Jiménez de Asúa debe rechazarse porque dota a la tipicidad de una función desmezurada, aunque posteriormente la reduce a un medio auxiliar-técnico. (112)

Escribe este mismo autor que el delito es una unidad en el que analíticamente se distingue sus características: la descriptiva es la tipicidad que es un indicio de la antijuricidad, ya que limita y enumera. (113)

Nos dice el maestro Castellanos Tena que "la historia de la tipicidad no es consecuentemente la historia del tipo, ya que antiguamente en Alemania el tipo se conside

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

(113) Idem. págs. 251 y ss.

ró como el conjunto de caracteres integrantes del tipo, la tipicidad es uno de los elementos esenciales del tipo cuya ausencia impide su configuración, la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a la descripción legal formulada en abstracto, es encuadramiento de una conducta la descripción hecha en la Ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito en el legislador; en suma es "la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. (114)

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

La tipicidad sólo transforma esos actos penales cuando se subsumen en el presupuesto legal, pero no siempre son ilícitos esos actos conforme a la tipicidad, y hay ilícitos no tipificados, nunca resulta exclusivamente de la tipicidad lo ilícito, la tipicidad solo es objetiva, prescinde de elementos subjetivos es un concepto puro sin significación independiente sólo carece de tiempo, espacio y existencia, se requiere para -

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

su existencia que esté en conexión con un acto ilícito culpable y es así como se convierte en delito. La tipicidad tiene por objeto catalogar hechos antijurídicos dándole categoría de delitos.

D). - LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE MOTÍN.

Dijimos que la tipicidad es el "encuadramiento de una conducta con la descripción en la ley al tipo penal de motín".

2. - LA AUSENCIA DEL TIPO. CAUSAS DE ATIPICIDAD Y AUSENCIA DEL DELITO.

a). - DIFERENTES DEFINICIONES.

A cada una de las características del delito corresponde un determinado aspecto negativo, el aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad: "no hay delito sin tipicidad" opina Porte Petit, la atipicidad "existirá cuando no haya adecuación al tipo", es decir cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descritos por la norma, pudiendose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo, pero no a todos los que el mismo tipo requiere. (115)

La coincidencia entre los rastros esenciales -

(115) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México. 1969. pág. 473 y ss.

La coincidencia entre los esenciales del hecho de la vida real y del tipo descrito por la Ley, ha de ser rigurosamente exacta, la falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora produce la atipicidad de la conducta, es decir: "la ausencia de tipicidad o causa de exclusión del tipo" (tatbestanduschiesungrund). (116)

En Vasconcelos leemos: "La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito", hay atipicidad cuando el comportamiento humano concreto precisado legalmente en forma abstracta, no encuentran perfecta adecuación en el precepto o estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo y concluye con Jiménez de Asúa que dice: "atipicidad es ausencia de adecuación típica". (117)

Según Mezger pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es imposible la realización del tipo del delito: (118)

- a). - Cuando falte el sujeto que la Ley exige.
- b). - Cuando falte el objeto que la ley exige.
- c). - Cuando falte el medio de ejecución especialmente.

(116) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito, Buenos Aires 1965. pág. 940

(117) Idem. pág. 940

(118) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México 1967. pág. 261

d). - Cuando falte la referencia local o especial exigida por la Ley.

e). - Cuando falte la referencia temporal, especialmente exigida por la Ley.

f). - Cuando falte una referencia de otra índole.

Señala Jiménez de Asúa, como ejemplos específicos de atipicidad. (119)

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

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

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

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

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

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

Según Porte Petit, para señalar las atipicidades, falta colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo. (120)

1°. - Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.

2°. - Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.

3°. - Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.

4°. - Ausencia de objeto jurídico.

5°. - Ausencia de objeto material.

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

6°. - Ausencia de las modalidades de la conducta.

a). - De referencia temporales.

b). - De referencias especiales.

c). - De referencia a otro hecho punible.

d). - De referencia a otra índole, exigida por el "tipo".

e). - De los medios empleados.

7°. - Ausencia del elemento normativo.

8°. - Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

b). - CAUSAS DE ATIPICIDAD.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

a). - La ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

b). - Si falta el objeto material o el objeto jurídico (como la falta, propiedad o posesión de los delitos patrimoniales);

c). - Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo;

d). - Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley, lo que habrá de verificarse para la integración del ilícito;

e). - Faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, estos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persiga.

c). - LA AUSENCIA DEL TIPO.

"Supone la falta de previsión en la Ley de una conducta o hecho", la ausencia de tipo presupone la imposibilidad de dirigir la persecución contra un autor de una conducta no descrita en la Ley, y siendo antijurídica o sea "nullum crimen nulla poena sine lege". (121)

La ausencia del tipo nos dice Porte Petit, constituye el aspecto negativo del tipo, hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no son descritos en la norma penal, el dogma "mullum crimen sine tipo" constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma. (122)

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

(122) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. Tomo I. México. 1967. pág. 465.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado por la falta de tipo presupone inexistencia del tipo y delito putativo. Porte Petit considera y sostiene que el delito putativo es un caso de ausencia de tipo".

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

El maestro Castellanos Tena nos dice: que al "ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de delitos", en el fondo, en que toda anticipidad hay falta de tipo, de un hecho específico no encuadra exactamente en el escrito oír la Ley, respecto de el no existe tipo. (123)

3. - EL TIPO EN EL DELITO DE MOTIN.

El tipo en el delito a estudio, como hemos sostenido que el Derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar, fundamentalmente bienes de cuya manutención depende de la vida agregatoria; por lo que sus preceptos consiguen conductas, refutadas como dañosas y conminan su realización con severas penalidades. El Derecho Penal selecciona, describiendo en sus disposiciones aquellas conductas declaradas delictuosas, es aquí donde surge el concepto del tipo -

que reviste trascendental importancia en el estudio jurídico sustancial del delito a estudio.

Tomando en consideración las teorías señaladas y aplicandolas al artículo 131 del Código Penal tenemos que "se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa de hasta cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio para evitar el cumplimiento de una Ley, se reúnan tumultariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas o amenacen a la autoridad para intimidarla y obligarla a tomar alguna determinación a quienes dirijan, organicen, inciten, compelen o patrocinen a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos".

El sujeto activo en el delito de motín es cualquier persona que desarrolla la acción criminal, este elemento queda incluido "el que"; "a la"; "al que haga" "ésto o lo otro" que usa nuestro Legislador en diversas figuras delictivas debemos advertir que en el delito de motín intervienen más de dos personas en este caso la pluralidad de sujetos es esencial para la integración del delito.

C A P I T U L O I V

ANTI JURICIDAD

1. - La Antijuricidad en General.

2. - Causas de Justificación.

3. - Antijuricidad y causas de Justificación
en el Delito a Estudio.

CAPITULO I V

DE LA ANTIJURICIDAD.

1. - LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.

Los términos "antijurídico", "ilícito" e "injusto" han sido usados indistintamente dándoles idéntica connotación; para autores como Jiménez de Asúa que cree con Mezger que tanto la voz "injusto" como "antijurídico" deben emplearse indiferentemente, pero como en seguida se verá, "no aceptamos servirnos de la expresión "ilicitud" y "entuerto" como sinónimas consideradas por otros autores; el propio Jiménez de Asúa, en 1916 al ocuparse de la "unificación del Derecho Penal en Suiza", tradujo la expresión "acto antijurídico" por "acto ilícito", y agrega "pero como luego se dirá, no pretendíamos con ello modificar el contenido del pensamiento sino vertir al Castellano una palabra que no existía en nuestra lengua, aunque el término "ilicitud", se use, como hemos dicho, por italianos y los ecólogos argentinos; lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al Derecho) y puesto que el círculo ético es de mayor radio que el jurídico al decir "acto antijurídico" caemos en la impresión del hablar corriente, y asimismo debemos decir "antijuricidad" porque debe corregirse el feo trabalen-guas". (124)

Nosotros aceptamos el término "antijuricidad",

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

y así lo emplearemos en el transcurso de este estudio, por razones prácticas.

La antijuricidad ha sido considerada como el elemento autónomo del delito; su falta de fundamento es evidente, "sobre todo cuando se vea la imposibilidad de pronunciar el juicio sobre la ilicitud de una acción humana, prescindiendo de la substancia espiritual que la integra"; para este mismo autor un hecho no puede considerarse antijurídico si no se incluye el elemento subjetivo, y nos dice: "el juicio de antijuricidad comprende al delito en su totalidad; no puede pronunciarse si no se tienen presentes todas las notas que lo componen; la antijuricidad es la esencia misma del delito". (125)

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

Con relación a la clasificación de la antijuricidad, existen diversos puntos de vista: que la antijuricidad es formal o nominal; el que considera la antijuricidad material; el que estima tanto la formal como la material, y por último la concepción dualista, "subsistencia conjunta de la antijuricidad formal y material. (126)

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

(126) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal. México 1969. pág. 481 y ss.

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

Acerca de la antijuricidad material, existen dos corrientes: la que trata de encontrar su esencia en la violación de obligaciones y ataques, los derechos a los que se hallan ligados los miembros del pueblo y del Estado, en el orden jurídico necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad; "el contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales" la antijuricidad formal resulta de la violación al precepto positivo, y la antijuricidad material del quebrantamiento de las normas de valor que esa Ley interpreta.

Contiene y protege; esta tesis sostenida por Villalobos, señala que no es preciso pensar que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluye a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación una la forma y la otra el contenido de una misma cosa; el otro aspecto es el que bus

ca obtener la esencia de la antijuricidad material, fuera del área jurídica o extrajurídica. (127)

La antijuricidad podemos contemplarla bajo otros dos puntos de vista: es de naturaleza objetiva, según sostienen autores como Mezger y Jiménez de Asúa; la antijuricidad es objetiva y existe, cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad, " nosotros defendemos el concepto objetivo de la antijuricidad como pieza indispensable en el Derecho Penal liberal" para Mezger actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del derecho. (128)

Encontramos a otros autores que se adhieren al criterio objetivo de la antijuricidad; Porte Petit nos dice "la antijuricidad es objetiva para, su existencia no es necesario el elemento subjetivo "la culpabilidad", es en consecuencia la teoría de la antijuricidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, puesto que existe delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuricidad" Villalobos llama a la antijuricidad "oposición objetiva"; la antijuricidad es la violación de las normas objetivas de valoración. Nada importan los rasgos subjetivos de quien cometa el acto". (129)

(127) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960, págs. 249 y ss.

(128) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley del Delito, principios de Derecho Penal. Buenos Aires 1967. pág. 280

(129) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal. México 1969. pág. 486-y ss.

De ahí que la norma crea lo antijurídico, la Ley lo que considera delito y el Derecho Penal, como institución, la pena o medida de seguridad que ha de imponerse; para sancionar una conducta se precisa de un juicio de valor o valoración, definiendo si hubo antijuricidad. (130)

La antijuricidad es un elemento objetivo de la acción que se opone material y formalmente al derecho.

Dentro de la concepción objetiva la antijuricidad cabe reconocer la existencia de algunos elementos subjetivos que excepcionalmente constituyen la antijuricidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico. Los sostenedores de la corriente subjetiva opinan que la "antijuricidad" es sinónimo de "ilicitud" Villalobos nos dice: "una cosa es ilícita porque es antijurídica, por equiparar ambos términos equivale a desconocer las normas valorativas que dan substantividad y validez al precepto, para dejar este volando, en su mera calidad imperativa como expresión auténtica de arbitrariedad o autocracia", "técnicamente la antijuricidad es oposición al orden valorativo, en tanto que la oposición al derecho como actitud subjetiva o como distinción al derecho como actitud subjetiva o como distinción al mandato o a la norma de determinación, seguirá constituyendo la culpabilidad. (131)

(130) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte General, México 1960. pág. 251

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

Para Antolisei, un hecho no puede considerarse antijurídico sino se considera el elemento subjetivo; niega la necesidad del injusto objetivo, refutando los casos invocados de responsabilidad objetiva, y afirmando que se puede argumentar en forma análoga respecto a la legítima defensa y a la participación delictuosa. (132)

Jiménez de Asúa, creé que debemos emplear indistintamente en carácter sinónimo, tanto la voz "injusto" como "antijurídico"; "la ilicitud significa más que lo antijurídico que es lo opuesto a la moral y al derecho; la antijuricidad en toda elaboración jurídica del delito, es la piedra angular no sólo de la infracción, sino de todo derecho punitivo". - (133)

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

Autores como Mezger consideran que hay delictivos cuya motivación es de carácter subjetivo, dirigimos a -

- (132) Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del Delito. Trad. Dr. Franco Guzmán, México 1954. págs. 63 y 79.
 (133) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. Buenos Aires 1965. págs. 960 y ss.

determinado fin. Una misma conducta exterior puede ser conforme a derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto. Hay circunstancias en que el elemento subjetivo hace que una cosa sea o no delito.

Los elementos subjetivos del injusto no suponen la función de la antijuricidad con la culpabilidad, puesto que, sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto (antijuricidad) y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Existen algunos elementos subjetivos que, no obstante serlo, constituyen excepcionalmente la antijuricidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva de la acción que con ellos resulta antisocial o contraria al orden jurídico.

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

indivisible y no exista un injusto específicamente penal, por más que se pueda referir al concreto campo de Derecho Penal". (154)

"En verdad nos dice Porte Petit. - No debe hablarse de una antijuricidad general. Solamente existe antijuricidad cuando se tinte o colora la antijuricidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc.". Algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuando una conducta o hecho son antijurídicos, es necesario enrustar en el tipo la mención de la antijuricidad especial. (135)

Para Jiménez de Asúa, "la pretendida antijuricidad especial, no es otra cosa que un elemento normativo - indebida e impacientemente incrustado en la que debió ser - una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo - y sin más propósito que el de concretizar y señalar lo injusto". (136)

Porte Petit estima que en realidad "la antijuricidad especial tipificada es innecesaria, ya que para saber si una conducta o hecho son antijurídicos es suficiente - y útil el procedimiento de excepción - regla. (137)

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

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

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

(137) Ibidem. pág. 489

Concepción jurídica y extra - jurídica - de la antijuricidad. - Nos dice Jiménez de Asúa, cuando encontramos un orden jurídico establecido en el consuetudinario, y el caso de la vida real asume un fondo de incuestionable - justicia, sólo las normas de cultura pueden darnos una solución correcta". - Nos dice que "lo injusto, opuesto a la norma de cultura reconocida por el Estado, constituye lesión al objeto jurídico u objeto de protección. O sea a los intereses considerando dignos de tutela y a los que se han denominado bienes jurídicos. En suma, en edificar afirmativamente (en sí y por sí) la antijuricidad, es preciso hallar esa esencia positiva en orden a los derechos subjetivos, a los intereses, a los bienes jurídicos y a las normas jurídicas primarias o a los de cultura". (138)

Los opositores de esta teoría la denominan "extrajurídica" al creer indamisible la introducción de las normas de cultura es el campo del Derecho; entre estos encontramos a Soler, que parte de su apreciación "sobre la índole siempre jurídica de los injustos. (139)

Nosotros aceptamos la definición que de antijuricidad nos da el maestro Castellanos Tena, quien nos dice: "la antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo - el acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación

(138) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. Buenos Aires 1967. pág. 277 y ss.

(139) Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo I, - Buenos Aires 1963. pág. 550 y ss.

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". (140)

2. - LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.

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

"Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad en una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta alguno de los elementos esenciales del delito: la antijuricidad". (141)

Jiménez de Asúa, define las causas de justificación como "las que excluyen la antijuricidad de una conducta-

(140) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1965. pág. 231

(141) Idem. pág. 235.

que puede subsumirse en un tipo legal; ésto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen. Las causas de justificación no son otra cosa que aquéllos actos realizados conforme al Derecho". (142)

Según Mezger las causas de justificación encuentra su base en la falta de antijuricidad; según el principio de la ausencia del interés, o por preponderancia de aquél, conforme al siguiente esquema: (143)

- Ausencia de interés:

I. - Consentimiento del ofendido.

II. - Consentimiento del presunto ofendido.

- Principios del interés preponderante:

I. - La acción especialmente debida.

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

III. - El principio de valuación de los bienes jurídicos.

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

(143) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Trad. José Rodríguez Muñoz. Tomo I, Madrid 1955-1957, pág. 293 y ss.

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

(144)

Antolisei para explicarnos las causas de justificación hace una distinción entre éstas y las causas que excluyen la culpabilidad nos dice que estas segundas causas no presentan dificultad "porque su tratado encuentra lugar en el estudio del elemento subjetivo del delito: y son: "caso fortuito, fuerza mayor, fuerza física, coacción moral, error, etc."

Nos dice que se puede considerar "la ausencia de causas de justificación como una condición negativa de la existencia del delito". "Lo esencial es que para colocar las causas de justificación, no se creó un elemento del delito que no tiene razón de existir como tal (la antijuricidad o la punibilidad o bien la causa) y que se reconozca que el tratado de las causas de justificación encuentra su lugar lógico y conveniente después de que los dos elementos del delito han sido estudiados".

(145)

Villalobos afirma: "que faltará la antijuricidad o quedará excluida, cuando no exista el interés que se tra

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

(145) Ibidem.

ta de imparar, o cuando concurren dos intereses, y el derecho, no pudiendo salvar a los dos, opte por el más valioso y autorice el sacrificio del otro, como medio de su preservación".

(146)

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

(147)

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

(148)

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa, expresa que "en las causas de justificación no hay

(146) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. México 1960. pág. 339
 (147) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1965. pág. 237 y ss.
 (148) Ibidem. pág. 324 y ss.

delito", "en la inimputabilidad no hay delincuente", y "en las excusas absolutorias no hay pena". (149)

3.-ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO.

- a). - Legítima defensa.

- b). - Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).

- c). - Cumplimiento de un deber.

- d). - Ejercicio de un derecho.

- e). - Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara el cumplimiento de un deber.

- f). - Impedimento legítimo.

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

practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento atribuido al propio enfermo; y el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa". (150)

Nos dice Jiménez de Asúa: "por su parte, Sebastián Soler, que acepta el consentimiento como causa de justificación nos habla de la naturaleza del bien tutelado y dice que para saber si el consentimiento actúa o no, hay que atender sobre todo a dos motivos de la tutela"; "sólo en lo que constituye un derecho subjetivo es aceptable el consentimiento, pero no en los bienes jurídicos protegidos bajo la forma de interés jurídico"; "por otra parte, el consentimiento en pocas ocasiones puede invocarse", Considera este mismo autor que el consentimiento destruye el tipo, y cita como ejemplo el permitir que otro tome nuestro reloj, y nos dice: "que no puede haber "un hurto consentido", sino una donación". (151)

Haremos una breve reseña de cada una de las excluyentes de la antijuricidad: la más importante es la "legítima defensa". Son múltiples las opiniones sobre el concep

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

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

to de la legítima defensa; Pavón y Vasconcelos nos dice: "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". (152)

Porte Petit opina: "se puede definir esta causa de justificación con el contra ataque (o repulsa) necesaria y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente". (153)

Castellanos Tena escribe: "todas las definiciones son más o menos semejantes: "repulsa de una agresión-antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, sin traspasar las medidas necesarias para la protección." (154)

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

- (152) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal - Mexicano, Parte General, México 1967. pág. 287.
- (153) Porte Petit Candeudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México 1969. pág. 501.
- (154) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1965. pág. 244.

1a. - Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.

2a. - Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.

3a. - Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y

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

Nos dice Pavón Vasconcelos: "cuando se habla de "defensa propia" se trata de una conducta "no fundada en un deber titular" y, por ello perteneciente a la clase de los procederes jurídicamente libres o potestativos, en tanto, en el segundo caso (defensa de terceros), el ejercicio de la defensa del obligado a la observancia de su propia obligación, está fundado en un deber jurídico, pues el titular no puede optar entre el ejercicio o no ejercicio de tal derecho (salvo que no sea exigible), dado que la omisión de la conducta ordenada sería constitutiva de un delito (artículo 400, fracción I del Código Penal)".- "La legítima defensa es la "repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho". (155)

(155) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1967. pág. 288.

La antijuricidad en el delito a estudio y causas de justificación. - Integrando el primer elemento del delito de Motín (conducta) y precisada su adecuación a la descripción legal (tipicidad), se requiere además que sea ejecutado con violencia, sea antijurídica, y tal acción lo será cuando la misma no se encuentre justificada en la Ley, es decir, cuando no opere ninguna causa de justificación.

Antijurídico es la contra posición de lícito, lo contrario al derecho, la contradicción objetiva de los valores estatales. En este sentido la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo".

Respecto a la antijuricidad, requisito sin el cual no se compone la unidad indisoluble en el que delito consiste Petrocelli ha expresado: "la antijuricidad en particular es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y portando, bien puede definirse, bajo otro aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, el hecho antijurídico, confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuricidad expresa. En el Motín, la antijuricidad según Cuello Calón hay un doble aspecto; la rebeldía contra la norma jurídica (antijuricidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuricidad material). Para Villalobos la infracción de las

Leyes significa una antijuricidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuricidad material. Si toda la sociedad se organizó formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas".

Por tal razón, sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta representativa de una substancial negación de los valores sociales que nutren en contenido y la razón de ser de dicho orden.

En el delito de Motín, la antijuricidad surge de la perturbación del orden público, pretextando el uso o el ejercicio de un derecho por medio de la violencia, su carácter ilegítimo, contrario al derecho, cuya determinación precisa cómo se ha señalado en un juicio de valoración objetiva, pues solo un juicio de tal naturaleza es posible establecer dos valores de la acción respecto al mandato contenido en el referido artículo 131 del Código Penal.

Causas de justificación en el delito de Motín - en base al carácter social del bien jurídico tutelado por resulta absurdo que en este delito pueda operar alguna causa de justificación pues (sujeto pasivo del delito) consintieran el uso de la violencia para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio hicieran uso de la misma, así como a los que organizan, in

citen, patrocinen, económicamente a otros para el mismo fin.

En virtud de que el artículo 15 del Código Penal no incluye el consentimiento del Estado que es parte ofendida como causa de justificación y dado el doble carácter (formal y material de la antijuricidad, no es posible admitir que dicho consentimiento elimina totalmente la antijuricidad debido a que carece de una declaración o reconocimiento expreso del legislador, ésto es, carece del único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida a una declaración legal.

En cuanto al cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, también son causales de justificación inoperantes en el Motín pues es incongruente el uso de la violencia para perturbar el orden público y esto sea tomado como el uso de un derecho o que se esté pretextando su ejercicio, en cumplimiento de un mandato legal emanado de una autoridad competente, o en ejercicio de un derecho declarado. En mi opinión y a virtud especial de la objetividad jurídica del delito de motín, no opera en el mismo ninguna causa de justificación.

C A P I T U L O V

DE LA CULPABILIDAD.

1. - La imputabilidad y causas de inimputabilidad.

2. - La culpabilidad y causas de inculpabilidad.

3. - La culpabilidad en el delito a estudio y su aspecto
negativo.

C A P I T U L O V

DE LA CULPABILIDAD

1. - LA IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito.

Es imputable - nos dice Mezger - "el que poseé al tiempo de la acción, las propiedades personales para la imputación a título de culpabilidad; imputabilidad - capacidad de comprensión". (121)

"Imputar un hecho a un individuo es atribuírse lo para hacerle sufrir las consecuencias; la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad síquica entre el delito y la persona". "Los escritores alemanes - nos dice también Jiménez de Asúa - acostumbran tratar los temas de la imputabilidad "sensu stricto", bajo la rúbrica común de culpabilidad, que en sentido amplio, abarca todos los problemas atenuantes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad". (122)

La imputabilidad ha sido separada de la culpa-

(121) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Madrid 1935. pág. 53

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

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

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

Villalobos entiende la imputabilidad como "capacidad de conducirse socialmente o de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política"; "como -- susceptibilidad a la intimidación" o "capacidad para sentir -- la coacción psicológica que el Estado ejerce mediante la pena"; "como constitución y funcionamiento psicológicos normales, es algo que lleva implícita una verdadera capacidad de entender y de querer puesto que entender y querer, al ejecutar un acto antijurídico es lo que habrá de constituir la culpabilidad". (123)

Nosotros pensamos con Castellanos Tena que: - "la imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". - Imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (124)

(123) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte General. México 1960. pág. 278

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

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

"El concepto de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y la responsabilidad moral; esta doctrina es aceptada por Carrancá; la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito". (125)

Los positivistas negaron el libre albedrío u proclamaron el "determinismo"; el hombre es responsable social pero no moralmente; "imputables e inimputables" responden por igual de los hechos ejecutados contrarios a derecho, y respecto a los inimputables se les hará tratamientos adecuados para su educación y curación. En nuestra legislación no existe disposición expresa que establezca clara diferencia entre imputables e inimputables, "se excluye de toda responsabilidad a quienes al realizar el hecho actúen bajo un "transtorno mental transitorio", en tanto los menores de edad y los locos dementes, idiotas, etc.; reciben tratamiento especial al margen de la sanción penal, sujetos a simples medidas tutelares y de seguridad. . . sigue siendo válida la

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

distinción, aún cuando la misma no tenga las radicales consecuencias respecto al tratamiento de imputables e inimputables en la orientación clásica, además de ser inexacto el que en Códigos de esa estructura no existieran medidas de aseguramiento para los segundos". (126)

"La responsabilidad resulta de la relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias de su conducta señalada por la Ley". De la relación con el Estado pueden tomarse tres momentos: "el relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir las consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el correspondiente a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el Estado.". (127)

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

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

(127) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. pág. 280

la imputabilidad entre el acto voluntario y su resultado, - hay un enlace causal". (128)

Las causas de inimputabilidad. - Nos dice Jiménez de Asúa que: "la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, ésto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró". (129)

Por su parte Mezer nos dice: "el inimputable actúa sin culpabilidad. La inimputabilidad no es incapacidad de acción, o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad". "Al inimputable le falta una característica de la culpabilidad penal, porque "su acto puede ser acción y puede ser acción injusta, pero nunca es la acción injusta culpable". (130)

"La causa que excluye la imputabilidad será - la que suprima, en el sujeto, la conciencia jurídica o la capacidad de conoer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos, o que elimine la posibilidad, aún cuando conociendo el verdadero carácter de la conducta o la naturaleza antijurídica de los actos que van a -

- (128) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1965. pág. 284.
 (129) Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. Buenos Aires 1967. pág. 339.
 (130) Mezer, Edmundo. Tomo II. Tratado de Derecho Penal. Madrid 1935. pág. 83

ejecutarse, a tomar determinaciones correctas y abstenerse de llevar adelante lo prohibido (abulia o impulsiones psicopáticas como la piromanía). (131)

"La inimputabilidad nos dice el maestro Castellanos Tena, constituye el aspecto negativo de la imputabilidad; las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de actitud psicológica para la delictuosidad". (132)

En el Código Penal vigente, en el artículo 15 fracción II, se hace referencia en forma exclusiva a los "transtornos de carácter transitorio" que nulifican en el sujeto la capacidad de entendimiento y de voluntad sobre los actos realizados. Se declara en esta fracción, libre de responsabilidad "hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

La fracción IV del mismo artículo 15 se refiere como excluyente de responsabilidad "al miedo grave" como-

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

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

causa de inimputabilidad por caracterizarse como "un trastorno mental transitorio" que suprime en el sujeto el uso normal de sus facultades psíquicas.

Nuestro Código en el artículo 15 en su fracción II se refiere a trastornos mentales transitorios, y en el artículo 68, el propio Código dispone: "los locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hallan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluídos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación o sometidos con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma procederá el Juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales". Lo establecido en el precepto transcrito debe entenderse que, en relación con los trastornos mentales sostiene - erróneamente la impunidad". Esto en relación a las causas legales que anulan la imputabilidad. (133)

El sistema de nuestro Código - nos dice Villalobos - contra lo que puede haber creído, corresponde exactamente a estos conceptos que, por lo mismo, no hay inconveniente en tomar como claves para su interpretación. Basta leer la declaración categórica del artículo 8°, sobre que: "Los delitos son intencionales o de imprudencia" y recordar las no

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

ciones unánimemente admitidas al respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alineado, aún cuando sean típicamente antijurídicos, "no constituyen delito", por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; que todo de mente se halla por lo mismo exento de responsabilidad penal (aún cuando su excluyente es supralegal), "y que sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas". Sin esta interpretación, si el hecho de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los enfermos se equiparase a las penas, tal medida no podría tener una duración indeterminada, por prohibirlo la Constitución Federal; y tampoco serían practicables los procedimientos libres instituidos para casos menores (también socialmente responsables), ni los reglamentados para los enfermos mentales por los artículos 495 a 499 del Código Federal de Procedimientos Penales. . . aún las personas no avezadas a estos achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según lo anterior, enjuiciando a un demente, a un idiota, a un oligofrénico, a un loco o a un enajenado plenamente, el Juez tendrá que despojarse de su serena majest para sentarse frente a esta clase de presos y similar todas las diligencias encaminadas a tomarle declaración, carearle con los testigos, exigirles protestas y asumir otras muchas actitudes pintorescas en que parecerá entablar una competencia con la desviación mental del enjuiciado. (134)

Tratándose de la inimputabilidad - nos dice - el maestro Castellanos Tena - son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralecales.

Eximentes supraleales de imputabilidad: sueño, sonambulismo e hipnotismo: Villalobos considera únicamente el sueño y discrepa de la opinión de Jiménez de Asúa, quien incluye como causas que excluyen la imputabilidad, el sueño y el sonambulismo. (135)

2. - LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INculpABILIDAD.

El antiguo Derecho concedió escasa importancia al elemento subjetivo del delito; para la imposición de la pena se tomaba en cuenta el daño causado, prescindiendo de su causalidad espiritual. (136)

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

La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o directamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa. (137)

- (135) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. México 1965. págs. 287 y 288.
 (136) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte General. México 1960. págs. 272 y 273.
 (137) Ibidem.

Mezger sostiene que para que exista la culpabilidad no basta la relación síquica entre el autor y el resultado, se requiere además una valoración normativa. La valoración normativa, consiste en el juicio de valor que al caso se traduce en reproche, por no estar la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. Culpabilidad no es culpabilidad de la conciencia, sino tan solo imputación de la acción a una determinada persona como a su causante. Sin la existencia de una conducta injusta no hay culpabilidad, por ello, y como quiera que todo injusto punible es un hecho aislado, también toda culpabilidad penal tiene que ser culpabilidad de un acto aislado. Según esta teoría, la culpabilidad es una reprobación jurisdiccional de la conducta, por violar lo exigido por la norma de cultura contenida en el precepto penal. La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica; la acción aparece por ello como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente. (138)

Para Jiménez de Asúa, puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. . . la culpabilidad en el más amplio sentido, comprende la "imputabilidad". (139)

Para el "psicologismo", la culpabilidad radica

- (138) Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Madrid 1935. págs. 8 y 17
- (139) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. Buenos Aires 1967. págs. 352 - 353.

en el hecho psicológico causal del resultado; en el "normativismo" es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. - Esto se infiere de las doctrinas estudiadas.

Las causas de inculpabilidad son las causas que impiden la integración de la culpabilidad: "evidente tautología", nos dice Jiménez de Asúa. De acuerdo con el concepto aceptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará haciendo inexistente el delito en casos en que el sujeto es absuelto en el juicio de reproche. (140)

Lo cierto es que, la "inculpabilidad" opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. (141)

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- a). - El error, y
- b). - La no exigibilidad de otra conducta.

Tanto la ignorancia como el error son actitu-

(140) Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal. Buenos Aires 1967. pág. 389

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

des psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque son características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para el derecho, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente. (142)

De los casos de ignorancia encontramos uno en el artículo 15 de nuestro Código Penal vigente en la fracción VI; "ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el inculpaado las ignoraba inculpaadamente al tiempo de obrar". Ejemplo de esta extensión, podemos encontrarlo en la resistencia hecha a una autoridad, mientras se ignore positiva y fundamentalmente el carácter de aquél contra quien se resiste, o en el adulterio cometido por persona soltera que ignora el estado civil de quien concurre al acto. (143)

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

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

(143) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. pág. 412.

El error de Derecho no produce efectos de eximente, por que el equivocado concepto sobre la significación de la Ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. (144)

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

Las eximentes putativas las incluyen Jiménez de Asúa dentro del error esencial y nos dice: "hemos preferido llamarlas eximentes putativas, porque lo putativo y lo justificativo se excluyen. Son en realidad, términos antitéticos. (145)

Las eximentes putativas son eximentes "supra-legales", son causas de inculpabilidad, aunque cuando no estén expresamente reglamentadas en la Ley. Son "las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable, creé, fundamente, al realizar un hecho típico del derecho penal, hayarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo". (146)

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

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

(146) Ibidem. ob. cit. pág. 404

Se señalan como eximentes putativas:

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

Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada uno de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, las cuales se agrega al error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta. . . el funcionamiento e invencible del error de hecho. (147)

La no exigibilidad de otra conducta, para autores que sostiene la teoría "normativista", como Jiménez de Asúa, quien nos dice: de la índole normativa de la culpabilidad, que constituye un juicio de reproche, se deduce que "cuando no es exigible otra conducta", nos hallamos en presencia de una causa general de inculpabilidad." (148)

Villalobos nos dice: "cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia sólo a consi

(147) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México 1967. págs. 385 - 386.

(148) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal. Buenos Aires 1967. pág. 410.

deraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la Ley o cometido un acto que puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximio de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. . . la no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos. (149)

El maestro Castellanos Tena, nos dice: "por nuestra parte creemos que aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta por no haberse podido señalar cuál de los elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, pues el Código Mexicano se afilia a la teoría psicologista". También nos señala algunas formas de esa no exigibilidad: el temor fundado, encubrimiento de parientes y allegados; estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad. (150)

(149) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. pág. 421.

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

c). - LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Tradicionalmente se divide la teoría de la culpabilidad en acciones de dolo y culpa.

Carrará define el dolo como "intención", es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la Ley", y señala como elementos del dolo: "conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho o intención de realizarlo"; en esta definición no se comprende el "animus-nocendi". En los delitos dirigidos contra el individuo, el ánimo de daño (lesionar el derecho) podrá ser una necesidad para afirmar el dolo, pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, porque la determinación de violar la Ley envuelve en sí misma la idea de daño social. En una palabra, la falta de "animus nocendi" puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de no violar la Ley. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la "intención" de dañar. . . el primero consiste en la previsión del perjuicio; el segundo en la voluntad dirigida a producirlo.

La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; lo es siempre indispensable de la primera. (151)

Por su parte Antolisei afirma la existencia -

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

del dolo cuando el sujeto ha realizado intencionalmente un hecho previsto en la Ley como delito, conociendo sus elementos - esenciales; rechaza los criterios aislados de la voluntad y la representación. (152)

Mezger afirma que actúa dolosamente "el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado. . . el actuar doloso exige conocimiento y previsión de los hechos fundadores de la pena. No es exigible, en cambio, el conocimiento de aquellos hechos que fundamentan la imputabilidad del agente, ni el conocimiento de las condiciones objetivas de la penalidad. Al dolo pertenece el conocimiento de los hechos que fundamentan la pena. (153)

Nos dice Jiménez de Asúa que el dolo existe - "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrante el deber, en conocimientos de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o se ratifica". - (154)

En resumen, el dolo consistente en el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resulta-

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

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

do típico y antijurídico. . . el dolo contiene un elemento ético, constituido por la conciencia de que se quebrante el deber, y otro emocional o psicológico, consistente en la voluntad de realizar el acto, en la volición del hecho típico. (155)

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

Dolo directo: aquén en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico; es decir el dolo en que hay intención.

Simplemente indirecto; cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza, para lograrlo se han de producir otros resultados antijurídicos que no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo seguro acontecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

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

Dolo eventual: admitido únicamente como indirecto; el que existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan --

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

otros diversos o mayores; esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre que hay respecto a la producción del resultado previsto, a diferencia del dolo simplemente indirecto en que hay certeza de que se producirá un resultado no querido, y del dolo indeterminado en que hay la seguridad de causar daño, aunque no se sabe precisamente cuál será ni importa precisar los cambios posibles, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo. (156)

En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales encontramos que, en el artículo 8° éste enumera las formas de la culpabilidad aunque lo hace "con terminología inadecuada"; declara que los delitos pueden ser: intencionales, y no intencionales o de imprudencia, siendo obvio, en mérito de las ideas expuestas sobre el dolo, que la intención no agota el concepto de voluntariedad ni tampoco la volición por sí misma resulta eficaz para edificar el concepto de los delitos dolosos. Respecto al artículo 9° para nosotros nos dice el propio Pavón Vasconcelos - resulta innegable que la Ley recoge hipótesis de delitos preterintencionales, pero ésto no equivale a sostener la admisión en nuestro derecho de la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, pues ambos asertos son distintos. (157)

Lo importante - nos dice Villalobos - es que ninguno de los dos preceptos se ajusta a la verdad ni a la razón. . . nuestro Código no define positivamente el dolo o la in-

(156) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. págs. 295 y 294.

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

tención; tampoco es propio hablar de delitos preterintencionales, puesto que suponiendo, como se supone, que la intención es una especie de la culpabilidad y por tanto uno de los elementos del delito, afirma que éste es preterintencional es colocar el todo (el delito) más allá de una de sus partes (la intencionalidad). . . es evidente que no se trata de un tercer miembro en la división de los delitos o de una tercera especie de la culpabilidad, sino de una forma de presentación del delito, en la cual no puede haber sino una de las dos únicas especies de culpabilidad, dolo o culpa. (158)

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

Para Antolisei "una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la Ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre. Y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas. El sujeto no tomó las precauciones debidas al conducir su automóvil, o hizo una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos que todo perito en la materia posee. En estos casos, la naturaleza de la culpa está en el obrar negligente, imperito, irreflexivo o sin cuidado". Antolisei dá a la previsibilidad el carácter de un juicio, niega que este constituya "la esencia de la culpa".

(158) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general. México 1960. págs. 295, 312 y 313.

Teoría de la previsibilidad, sustentada por Carrara quien nos dice que: "el elemento esencial de la culpa es la previsibilidad"; afirma que la culpa es un defecto de voluntad, pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia ésta se remota a la voluntad del agente, al no emplear éste, la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras. La esencia de la culpa "consiste en la previsibilidad del resultado no querido. (160)

La doctrina de Mezger radica en la referencia anímica; nos dice: "actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe o cuyo resultado puede proveer. (161)

Jiménez de Asúa, une los elementos afectivos de voluntad y representación, más el elemento intelectual del deber que se desconoce y nos dice que existe culpa: cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo. . . en esta fórmula va comprendida la culpa con representación (mal llamada con previsión) y sus diferencias del dolo eventual. (162)

(160) Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del Derecho. México 1954. pág. 80.

(161) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Madrid 1935. pág. 171 y ss.

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

Villalobos sostiene la teoría de la imprudencia o negligencia y expresa: "en términos generales se dice - 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 de antijuricidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previo o pudo proveer y cuya realización era evitable por el mismo. (163)

Nosotros aceptamos la definición del maestro Castellanos Tena quien nos dice que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego las cautelas o precauciones legalmente exigidas, la conducta humana es necesaria para la existencia del delito, constituye el primer elemento de la culpa; un actuar voluntario, positivo o negativo; que esa conducta se realice "sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado"; los resultados del acto han de ser previsible y evitables" y tipificarse penalmente, y precisa una relación de causalidad" entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. (164)

La culpa se clasifica en conciente e inconciente.

(163) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general México 1960. pág. 293.

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

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

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

En nuestro Código Penal, en el artículo 8º, se clasifican los delitos en "intencionales y no intencionales o de imprudencia". Indebidamente se emplea el vocablo "imprudencia como sinónimo de culpa, a pesar de ser aquélla una especie de ésta. Hablar de "daño" es desconocer que no todos los delitos lo producen los hay de peligro y de lesión. . . si definió la culpa debió hacer lo mismo con el dolo, o mejor no definir ninguna de las dos formas". (165)

5. - LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La culpabilidad en el delito a estudio y su aspecto negativo. La perturbación del orden público por medio de la violencia en sus diversas modalidades, es una conducta delictuosa, cuando además de ser típica y antijurídica, es culpable. La culpabilidad se presenta en el delito de Motín cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre la perturbación del orden público (previamente calificada de antijurídica) a quien o

(165) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1965. págs. 313 y 319

quienes realicen tal perturbación del orden público, la conducta debe ser jurídicamente reprochada, el reproche implica una estimación de la actitud psicológica del sujeto que se conciente y por su propia voluntad se constituye en causa del acto reclamado, colocándose en pugna con el orden jurídico.

"En el más amplio sentido - dice Jiménez de Asúa, puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (166)

Y, por ello se le considera la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, en este orden de ideas, la culpabilidad contiene dos elementos: uno intelectual que indica el conocimiento de la antijuricidad de la conducta; y otro emocional o volitivo que evidencia el querer tanto la conducta como el resultado.

Ahora bien, a la culpabilidad del Código Penal en sus artículos 8° y 9°, incluye tres formas o especies:

a). - El dolo. - Que se presenta cuando se delinque mediante una determinada intención delictuosa.

b). - La culpa. - Tiene lugar cuando se delinque por descuidar las precauciones indispensables exigidas por -

el Estado para la vida gregaria, sea por negligencia o por imprudencia.

c). - La preterintención que se presenta cuando el resultado delictivo sobre pasa la intención del sujeto.

Las cuales se preveen en los terminos siguientes:

Artículo 8°. - "Los delitos pueden ser:

I. - Intencionales;

II. - No intencionales o de imprudencia;

III. - Preterintencionales"

Artículo 9°. - "Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o culpe el resultado prohibido por la Ley.

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

Obra preterintencionalmente el que con un resultado típico mayor al requerido o aceptado si aquel produce por imprudencia.

El dolo elemento subjetivo del Motín en el Motín, toda vez que el agente dirige su voluntad conciente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, la culpabilidad reviste solo una forma, el dolo. Con este criterio Antonio P. Moreno, manifiesta al tratar el delito en estudio "El elemento subjetivo del delito es la intención dolosa de los sujetos activos, su voluntad de cometer el delito y emplear los medios idóneos para ejecutarlo"; en efecto el delito de Motín que pone de manifiesto el fin de alterar el orden público por medio de la violencia en reunión tumultuaria únicamente es configurable cuando es cometido con conciencia y voluntad.

El Motín es un delito doloso por cuanto los agentes, conociendo de la gravedad que ocasiona perturbar el orden público por medio de la voluntad, procede a realizarle y en virtud de que la voluntad o la intención de los sujetos se encaminan directamente a cometer tal ilícito, se presenta el llamado dolo directo por haber voluntariedad en la conducta y querer el resultado.

La inculpabilidad: - Hipótesis que puede presentarse, la inculpabilidad o ausencia de culpabilidad, consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche, y opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, conocimiento y voluntad. En ausencia de cualquiera de estos dos factores constitutivos de la voluntad, intelectual y volitivo, el Motín no podrá configurarse, tendrá lugar una causa de inculpabilidad cuando previamente no haya mediado en lo ex-

terno una de justificación ni en lo interno una de inimputabilidad, dentro del aspecto negativo de la culpabilidad un error esencial de los elementos que integran el tipo del Motín por mi parte dado que al momento de realizar la conducta típica, se tiene plena conciencia de querer realizar tal acción delictiva por lo que en mi opinión no opera la inculpabilidad en este delito.

O P I N I O N P E R S O N A L

En mi opinión personal puede decirse que el delito de Motín la cual una de sus características esenciales que es fundamentalmente un delito de carácter político por lo que políticamente siempre queda sin punirse dicha conducta delictiva por la simple y llana razón de que el gobierno para en contrar el orden social se ve obligado a negociar con los in- conformes.

Actualmente esta conducta delictiva ha tomado mucho auge en nuestro país, pudiendo citar algunos de ellos lo que está sucediendo en los centros penitenciarios de los Estados de la República, con lo que el gobierno se ve obligado a ne gociar con los mismos para no perturbar la paz social de nues- tra nación. Ello conlleva a que por el contrario con esa acti tud proliferen grupos inconformes para proponer lo que ellos - consideren justo, estos grupos inconformes siempre provocan - violencia e inestabilidad política en nuestra Nación Mexicana - y parece que cada día se multiplican esas conductas por lo que es de suma importancia la comisión del tipo para hacerlo útil - en beneficio del país, por lo que el delito debe aumentar su - penalidad porque pone en riesgo la paz social, ya que el propó- sito de atacar la seguridad de la Nación en su integridad físi- ca y la seguridad del Estado, para alcanzar la paz social y el desarrollo económico de las facultades de individuos y de la so ciudad en México es necesario no solo conservar el Estado de De recho sino ampliarlo, buscando a través del diálogo la partici-

pación de nuevas ideas de las crecientes necesidades de los diversos grupos y comunidades del país para aspirar a la aplicación de la justicia social y alcanzar un México armónico, en su diversidad y desarrollado en todos sus aspectos sociales y humanos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El delito existe desde tiempos más remotos, desde el origen de la humanidad, el delito y el derecho son connaturales al hombre.

SEGUNDA. - El derecho es más que un conjunto de normas encaminadas a regular la conducta de los hombres y del Estado, el derecho es una ciencia, es un sistema de conocimientos ordenados lógicamente encaminadas a un fin que alcance la realidad social, y que sea útil para el desarrollo armónico de los individuos y los sujetos de derecho.

TERCERA. - La actitud de los gobernantes y gobernados debe ser de firme rechazo frente a este tipo de delitos contra la seguridad de la Nación, respetando en todo momento los derechos constitucionales y analice las estructuras sociales que permitan prevenir el delito.

CUARTA. - El delito de Motín tipificado en el artículo 131 del Código Penal vigente a mi consideración deberá de observar una punibilidad mayor ya que la actual en caso de que el Organo Jurisdiccional otorgara la pena de dos años de prisión al delincuente, ésta sería de poca seguridad jurídica para la Nación, ya que una persona que organice o patrocine la comisión del delito de Motín en caso del primer párrafo del citado artículo, es un sujeto de alta peligrosidad para la Nación.

QUINTA. - El delito de Motín principalmente -

deberá aumentar su penalidad de 2 a 8 años de prisión para ofrecer al Estado mayor seguridad jurídica.

SEXTA. - El delito de Motín principalmente contra la seguridad de la Nación.

SEPTIMA. - El elemento material es la acción de reunirse tumultuariamente y perturbe el orden público con empleo de violencia.

OCTAVA. - Cuando se comete el delito de Motín, además se cometen otros delitos como puede ser la conspiración, sedición, rebelión.

NOVENA. - El análisis del precepto legal del delito de Motín señala:

1). - El Motín o asonada requiere una actividad plural es decir, la conjunta participación de dos o más personas.

2). - La acción delictiva consiste en la reunión tumultuaria, violenta; en la plural actividad de los protagonistas que han acordado un obrar, para que este acto de ejecución previamente se debió conspirar.

3). - La reunión tumultuaria y violenta debe tener por objeto la comisión de delitos contra la seguridad

de la Nación, pretextando hacer uso de un derecho o su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una Ley.

4). - El sujeto activo del delito de Motín, puede serlo cualquier persona.

5). - El sujeto pasivo del delito de Motín, es la Nación, y el orden social del país.

6). - El elemento material del delito de Motín es la reunión tumultuariamente violenta con el fin de hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una Ley o sea ataque a la seguridad de la Nación.

7). - El elemento subjetivo del delito de Motín, está constituido por el fin común por el propósito de perturbar el orden público tumultuaria y violentamente.

8). - El objeto jurídico del delito de Motín es la integridad física y jurídica de la Nación Mexicana y la seguridad interna del Estado.

9). - Los elementos del delito de Motín, son:

a). - Que dos o más personas resuelvan cometer tumultuariamente y violentamente el uso de un derecho o de su ejercicio o evitar el cumplimiento de una Ley.

b). - Que establece entre sí un acuerdo consistente en los medios idóneos para ejecutar el delito de Motín.

c). - Que en su conducta quieren lesionar la integridad física y jurídica de la Nación y la seguridad interna del Estado.

DECIMA. - En el caso del segundo párrafo del artículo 131 del delito de Motín, considero que es más peligrosa la actividad del Director, del incitador, y del que se vale de medios económicos para patrocinar; que el autor que en muchos casos actúa por pasión, por ofuscamiento o se valen de su impreparación que le hace dispuesto a concurrir a la realización del mencionado delito.

DECIMO PRIMERA. - La forma de propiciar el delito de Motín casi siempre se llevan a cabo con ocultamiento, en forma traicionera y tales, es decir valiéndose de que otros den la cara a cuenta del que paga o incita.

DECIMO SEGUNDA. - Tumultuariamente significa "Ruidoso" desordenado, el término "orden público" se puede emplear desde tener fluidez necesaria de tránsito en las calles, hasta conservarlo por otros aspectos más graves, ésto es, admite una gran cantidad de interpretaciones.

DECIMO TERCERA. - La asonada o Motín es un delito de masas, plurisubjetivo y político.

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

1. - Antolisei, Francisco. Estudio Analítico del Delito. - Trad. Dr. Ricardo Franco Guzman. Anales de Jurisprudencia.
2. - Carrera, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. cit. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires.
3. - Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 3a. Edición. México 1965.
4. - D. P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. Delitos en Particular. México 1944.
5. - Fontán Balestra, Carlos. Misión de Garantía de Derecho Penal.
6. - Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires. 1967.
7. - Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Trad. José Rodríguez Nuñez.
8. - Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal -- Mexicano. 1967.
9. - Porte Petit, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurí

dica Penal.

10. - Porte Petit, Celestino. Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal. México 1969.
11. - Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I.
12. - Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. México 1960.
13. - Código Penal Comentado. Francisco González de la Vega. - Editorial Porrúa. México. 1989
14. - Debate de la Cámara de Diputados. Tomo II. Año III. No.3 de 24 de julio de 1970. México, D. F.
15. - Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal. Editorial Porrúa. 1993.
16. - Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales. 1931.