

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

183
RES.

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

LIC. EN DERECHO

PRESENTA:

FLORES VALENZUELA, ARMANDO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL DELITO

DE ALLANAMIENTO

DE MORADA



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Cd. Universitaria, 25 de marzo de 1996.

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El C. ARMANDO FLORES VALENZUELA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo, su tesis profesional intitulada: "EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA", bajo la dirección del Lic. Roberto Reyes Velázquez, con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario.

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.
Director del Seminario de Derecho Penal
de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.
P R E S E N T E .

Distinguido Sr. Director:

ROBERTO REYES VELAZQUEZ, en mi carácter de Director de la tesis intitulada "EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA", elaborada por el alumno ARMANDO FLORES VALENZUELA, con número de cuenta 7260580-6 y para obtener el título de Licenciado en Derecho, me permito solicitarle lo siguiente:

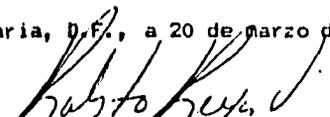
Que de no haber inconveniente por parte de Usted, se autorice a mi dirigido a imprimir la referida monografía para que sea presentada ante el Honorable Jurado que designe la Facultad de Derecho en su exámen recepcional.

Agradeciendo la atención que se sirva prestar a la presente y anticipando las gracias por el favor de la misma, como siempre me es grato enviarle un cordial saludo y reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E .

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Cd. Universitaria, D.F., a 20 de marzo de 1996.


LIC. ROBERTO REYES VELAZQUEZ.
PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO.

A MIS PADRES:

ENEDINO FLORES VILLAVICENCIO

Y

NATIVIDAD VALENZULA JASSO

POR TRAERME A ESTE MUNDO.

A MI ESPOSA E HIJOS:

ESTELA GONZÁLEZ ZUÑIGA

EMANUEL, ARMANDO Y

CRISTIAN YUNUEN

FLORES GONZÁLEZ

POR DARME LA FELICIDAD.

A MIS SUEGROS:

ROSENDO GONZÁLEZ NIEVES.

Y

EUFROSINA ZUÑIGA DE GONZÁLEZ.

AL LICENCIADO:

***JORGE MÉNDEZ DUARTE
DIRECTOR GENERAL DE PROTECCIÓN
A LA COMUNIDAD***

POR EL APOYO QUE ME HA BRINDADO.

A MIS COMPADRES:

***EMIGDIO NAVARRO
Y
GUADALUPE SUSANO CABALLERO***

POR SU VALIOSA AMISTAD.

AL LICENCIADO:

ROBERTO REYES VELÁZQUEZ,

***POR SU APOYO BRINDADO EN EL
PRESENTE TRABAJO.***

A DIOS:

COMO SER SUPREMO.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO:**

GERMEN DE SABIDURÍA.

A LA FACULTAD DE DERECHO:

POR DARME COBIJO EN SUS AULAS.

AL COLEGIO DE BACHILLERES:

***POR RECIBIRME EN SUS AULAS COMO
PROFESOR.***

ÍNDICE

► INTRODUCCIÓN

► CAPÍTULO PRIMERO

I.-ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS EN EL MUNDO Y MÉXICO DEL DOMICILIO Y ALLANAMIENTO DE MORADA.

A) Roma..... 1

B) Alemania..... 5

C) Francia..... 6

D) España..... 12

E) México..... 14

1) Elementos Constitucionales Circulados por el Señor Rayón.....	15
2) Sentimientos de la Nación o 23 Puntos dados por Morelos para la Constitución (1814).....	16
3) Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana.....	17
4) Constitución Política de la Monarquía Española.....	18
5) De la Independencia al Régimen Central (1821-1835)	19
6) El Gobierno Provisional y el Imperio (1821). Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.....	20
7) Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana. (1835).....	21
8) Constitución Política de la República Mexicana 25 de Agosto de 1842.....	23

9) Bases Orgánicas de la República Mexicana.....	24
10) Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. (1857).....	25
11) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....	27
12) Códigos Penales de 1871 y 1929.....	28

➤ CAPÍTULO SEGUNDO

II) CONSIDERACIONES GENERALES.

A) Teoría del Delito..... 36

B) Elementos Positivos y Negativos del Delito..... 44

1).- Conducta..... 45

2).- Tipicidad..... 48

3).- Antijuricidad y Causas de Justificación	50
4).- Imputabilidad e inimputabilidad.....	52
5).- Culpabilidad e Inculpabilidad.....	55
6).- Condiciones Objetivas de Punibilidad.....	66
7).- Punibilidad y Excusas Absolutorias.....	70

➤ CAPÍTULO TERCERO

III.- MARCO JURIDICO EN EL MUNDO Y MÉXICO

A) Declaración Universal de Derechos Humanos.. 74

**B) Pacto Internacional de Derechos Humanos
Civiles y Políticos..... 75**

C) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.....	77
D) Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	78
E) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....	81

➤ CAPÍTULO CUARTO.

IV.- EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

A).- CONCEPTO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.....	88
---	-----------

B).- LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA	96
--	-----------

C).- TIPO Y TIPICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.....	100
--	------------

**D).- ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE
ALLANAMIENTO DE MORADA..... 111**

**E).- IMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE
ALLANAMIENTO DE MORADA..... 119**

**F).- CULPABILIDAD EN EL DELITO DE
ALLANAMIENTO DE MORADA..... 123**

G).- PUNIBILIDAD..... 127

➤ CONCLUSIONES..... 130

➤ PROPUESTA..... 133

➤ BIBLIOGRAFIA..... 135

INTRODUCCIÓN.

Al decidir tratar el tema del tipo penal de ALLANAMIENTO DE MORADA, para obtener el Título de Licenciado en Derecho, una de mis preocupaciones fue el que día a día en esta gran Ciudad de México, se ha venido incrementando la delincuencia y sobre todo la organizada, para delinquir y esto se esta dando tanto en el Fuero Común como en el Fuero Federal, así pues, han aumentado los robos, los secuestros, etc., por esta razón vemos que el domicilio que es parte integrante de la persona, y que se encuentra dentro del capítulo de las garantías individuales de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe de seguir siendo objeto de una mayor protección y respeto por todo individuo, por esta razón considero que en nuestro Código Penal vigente, debe de ser modificado tanto en su penalidad como en la multa, que debe de imponerse al que se introduzca a un domicilio sin previo permiso de la persona autorizada para ello.

La metodología que utilice fue: método inductivo, deductivo, analógico y jurídica entre otros.

El mencionado trabajo quedo integrado de la siguiente manera:

a).- En el *PRIMER CAPÍTULO* se trató a los Antecedentes Históricos y Legislativos en el mundo y México del domicilio y del Allanamiento de Morada, comenzando por Roma, continuando con Alemania, España, Francia y México desde antes de su Independencia hasta la Constitución de 1917.

b).- En el *SEGUNDO CAPÍTULO* se trató de las Consideraciones Generales, comentando la teoría del delito y sus elementos negativos como positivos, comenzando con la conducta, continuando con la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la condicionalidad objetiva, y la punibilidad.

c).- En un *TERCER CAPÍTULO* se desarrolló los antecedentes jurídicos respecto a los instrumentos internacionales y su repercusión en nuestra

país, comenzando con la declaración universal de los Derechos Humanos, siguiendo con el Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos y terminado con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

d).- En el *CUARTO CAPÍTULO*, ya se analizó el delito de ALLANAMIENTO DE MORADA, comenzando por un concepto y definición e incorporando el tipo penal en cada uno de sus elementos, comenzando por la conducta, continuando con el tipo de tipicidad, por la antijuricidad, por la imputabilidad, la culpabilidad y concluyendo con la punibilidad.

Elaborando sus respectivas conclusiones y sus correspondientes referencias bibliográficas consultadas.

CAPÍTULO PRIMERO.

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS EN EL MUNDO Y MÉXICO DEL DOMICILIO Y ALLANAMIENTO DE MORADA.

A) Roma

B) Alemania

C) Francia

D) España

E) México

1) Elementos Constitucionales circulos por el señor Rayón.

2) Sentimientos de la Nación o 23 puntos dados por Morelos para la Constitución.

3) Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana.

4) Constitución Política de la Monarquía Española.

5) De la Independencia al Régimen Central.

6) El Gobierno Provisional y el Imperio.

7) Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana.

8) Constitución Política de la República Mexicana.

9) Bases Orgánicas de la República Mexicana

10) Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

11) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

12) Códigos Penales de 1871 y 1929.

A) Roma

Los hombres fueron llegando a la idea del domicilio como a la de una casa unida con su propia personalidad, y a esta unión fueron conducidos y ligados por dos fuerzas, vale decir, por las necesidades materiales que suscitaban los apetitos corporales y por las costumbres del afecto, aspiración del alma, que con frecuencia es más poderosa aún que las mismas necesidades materiales. Esta unión de nuestra personalidad con el lugar elegido para nuestro domicilio, determina que cuando se produce la turbación de éste, ella trastorna con una sentida realidad no sólo la tranquilidad nuestra, sino que altera también el sentimiento de la propia libertad, como si fuese una ofensa causada a nuestra misma persona. Con ese ultraje se ofende, mucho más que a la propiedad privada, a un bien ideal que responde al sentimiento de libertad individual. Como tal al **DOMICILIUM** (domicilio) “era el lugar de principal residencia de un ciudadano, de interés a los efectos de la competencia judicial y de lo gravámenes municipales”.

En este derecho se admitió la libertad y la posible pluralidad de domicilio, si bien existen personas con

domicilio obligado, cual sucede con la mujer viuda que conserva el de su marido". (1)

Al lado de los atributos esenciales, en el derecho romano se encontraban otros accidentales que sirvieron para fines de identificación, y que no eran exclusivos de auténticas personas; tales como el domicilio y el nombre. El domicilio es el lugar donde una persona tenía el centro espacial de su existencia, del cual no se separa si nada le obliga; y si esta lejos del mismo parece estar en peregrinación, una peregrinación que solo termina cuando regresa a ese lugar de origen, conforme a la poética definición de Diocleciano.

En el derecho romano existieron las siguientes clase de domicilio:

1.- El domicilio de origen, que se adquiere por nacimiento.

(1) GUTIÉRREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Tercera Edición, Editorial REUS S.A., Madrid, 1982. Pág. 203.

2.- El domicilio voluntario al cual una persona traslada el centro de su vida, con la intención de que este cambio sea permanente (elementos objetivo y subjetivo: Corpus y Animus)

3.- El domicilio legal que no depende del nacimiento ni tampoco de la voluntad de una persona, sino de una disposición legal. Así, la mujer casada tiene su domicilio en el hogar del marido, aunque no viva allí, y los Senadores lo tienen en Roma, aunque vivan en alguna hacienda fuera de la ciudad". (2)

En el derecho romano se admitió que una persona pudiera tener varios domicilios, por ser varios los centros de su actividad civil, comercial, o privada o también por tener un domicilio legal al lado de otro voluntario. El allanamiento de morada en Roma, tuvo un carácter religioso. El

(2) FLORIS MARGADANT S. Guillermo, EL DERECHO PRIVADO ROMANO, Décima quinta edición, Editorial Esfinge S.A. de C.V. México 1988. Págs. 134 y 135.

hogar colocado bajo la protección de los Dioses Lares se consideraba "Res Sacrae". Cicerón, decía "Quid et civium domus? Hoc. refigium ut ita sanvum omnibus. ut inde abripi neminem passit".

La Lex Cornelia, sancionaba el hecho de introducirse violentamente en el domicilio de un ciudadano. El delito originaba a una acción privada.

Se tenía una amplia definición del domicilio en el texto romano, cuando interpreta la LEX CORNELIA DE INIURIS, la cual castigaba bajo este título al que "domun alienam vi ingresus fruit". Y en la Lex 2, define "Domus occipere debemus, non proprietatem domus sed domicilium", y prosigue considerando que hay violación del domicilio también en el caso de pluralidad de habitaciones.

El Digesto lo definía así: "Domus tutissimum cuique refugium et receptaculum", Es decir, se tutela la casa porque es un refugio.

En Roma, la protección del domicilio no se concretaba frente al particular, sino que también se extendía

frente al Estado. Por un texto de GAYO, sabemos que no era lícito arrestar a un ciudadano en el interior de su domicilio.

B.- Alemania

Este delito en el derecho Penal Germánico, se catalogaba como un ataque a la paz doméstica. Se le tenía mucho respeto a la seguridad del domicilio, se le castigaba con la pena de muerte a quien violara esta regla, o sea el ALLANAMIENTO DE MORADA, su lema era que todos deberían de vivir en paz en su casa, la tranquilidad de la casa los aseguraba contra invasiones y hechos violentos, por lo que la violación del domicilio y la tranquilidad, la perturbación de la paz de la localidad y del hogar, jugaron un papel muy importante en este derecho.

La Ley Carolina de 1532, no hace referencia a esto y por lo consiguiente la violación del domicilio está relegada a segundo plano en el derecho común. En el año de 1851, el Código Penal Prusiano, considera como simple contravención la violación del domicilio y como delito, entre los

hechos punibles contra la libertad la violación del domicilio grave. (3)

C.- Francia

La revolución francesa garantizó la inviolabilidad del hogar; Es así que en la declaración Francesa de los derechos del Hombre y del ciudadano (1789) en su artículo 17 señaló: "Siendo las propiedades un derecho inviolable y sagrado nadie puede ser privado de ellas, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente..." (4)

Tal precepto, creaba una nueva concepción del delito de allanamiento de morada. La morada se tutelaba no ya frente al particular como lo hacía el antiguo derecho, con excepción del Romano, sino también frente al Estado. Ningún derecho antiguo, sin embargo otorgó el

(3) Cfr. VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Tercera edición, Instituto Editorial REUS, S.A. Madrid < S.A. >.

(4) Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Editorial Sista S.A. de C.V. México, 1996. Págs. 98 y 99.

domicilio la protección, del sajón, a cuyo amparo surgió al concepto de que "la fortaleza del inglés es su casa".

Por su parte JULIEN BONNECASE, "asienta que el domicilio individualiza a la persona desde el punto de vista territorial; la une, respecto de la vida jurídica, a un lugar determinado; en otros términos, el domicilio reduce al individuo a un lugar determinado, jurídica y socialmente, pero no de hecho.

Considerando en su verdadero sentido jurídico, el término domicilio expresa una relación de derecho: la relación que obligatoriamente liga a una persona con un lugar preciso del territorio, en el cual se considera que se halla siempre, cuando se trata de su participación activa en la vida jurídica o de las repercusiones de ésta sobre ella. Pero en el uso corriente, se sobreentiende la relación de derecho, y por domicilio se considera lo que realmente debe llamarse el lugar del domicilio".(5)

(5) BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Colección Clásicos del Derecho, Editorial Harla, México 1993. Pág. 132.

FUNCIÓN DEL DOMICILIO EN LA VIDA JURÍDICA DE UNA PERSONA.

La noción de domicilio es tomada en consideración tanto para la determinación de los tribunales competentes y la regularidad de los actos procesales, como para el cumplimiento de determinados actos u operaciones de la vida civil.(6)

REGLA DE LA UNIDAD DEL DOMICILIO Y SU ALCANCE. INTERVENCIÓN, A ESTE ASPECTO, DE LA NOCIÓN DE PRINCIPAL ESTABLECIMIENTO.

El principio de la unidad del domicilio se haya consagrado por el Art. 102 del Código Civil en los siguientes términos: "El domicilio de todo francés en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, es el lugar de su principal establecimiento.(7)

(6) *IBIDEM.* Pág 133

(7) *IDEM.* Pág 133.

**EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA UNIDAD DEL
DOMICILIO. DISTINCIÓN ENTRE EL DOMICILIO DE
DERECHO COMÚN U ORDINARIO, POR UNA PARTE,
Y DOMICILIO ESPECIAL Y DE ELECCIÓN POR LA
OTRA.**

Además de este domicilio, se distinguen los domicilios especiales y los de elección.

I .- DOMICILIOS ESPECIALES.- Son impuestos o indicados por la ley, en ciertas situaciones o para el ejercicio de determinados derechos.

II.- DOMICILIO DE ELECCIÓN.- Conforme al Art. 11 del Código Civil: " cuando una acta contenga por parte de alguno de los interesados elección de domicilio para su ejecución en otro lugar que en el domicilio real, las notificaciones, demandas y demás diligencias, podrán hacerse en el domicilio convenido y ante el Juez del mismo." (8)

(8) *IBIDEM. Pág. 134.*

DOMICILIO DE DERECHO COMÚN O DOMICILIO ORDINARIO.

Por regla general, la determinación del principal establecimiento es una cuestión de hecho.

"Los tribunales son soberanos a este respecto. Pero, la ley cuidadosamente ha fijado el domicilio de ciertas personas y, por consiguiente, establece, respecto de ellas, lo que debe entenderse por principal establecimiento". (9)

CAMBIO DE DOMICILIO.

Según los artículos 103 a 105 "el cambio de domicilio se entenderá realizado por el hecho de tener una habitación real en otro sitio, unido a la intención de fijar en ella su principal establecimiento." (10)

(9) *IDEM. Pág. 134.*

(10) *IDEM. Pág. 134.*

DOMICILIO DE ORIGEN Y ATRIBUCIÓN FORZOSA DE UN DOMICILIO A TODA PERSONA.

" Se discute si toda persona tiene, ineludiblemente un domicilio, un patrimonio. La opinión general se inclina por la afirmativa, fundándose en que las personas conservan su domicilio de origen, que es la de su nacimiento, aun cuando no conserven con él ninguna liga material".(11)

LAS NOCIONES DE RESIDENCIA Y DE HABITACIÓN EN SUS RELACIONES CON LA NOCIÓN DE DOMICILIO.

"Se designa por residencia el asiento de hecho de una persona, en oposición al asiento de derecho, constituido por el domicilio; es el lugar donde habitualmente se encuentra una persona. La residencia se toma en consideración, en el lugar del domicilio o en concurso en él en toda una serie de casos, principalmente en materia: 1. De matrimonio; 2. De actos

(11) IDEM. Pág. 135.

procesales; 3. De asistencia médica; 4. Para conferir competencia a los tribunales sobre los militares y estudiantes, en lo que respecta a sus gastos corrientes".(12)

Como se puede apreciar en este derecho se da un tratamiento mas amplio al tema de investigación por esa razón considero que es uno de los derechos objetivos dentro de los que nuestro país tomo como modelo para poder plasmarlo en nuestra vigente codificación civil.

D.- E s p a ñ a

Este Código dispone, en su artículo 42, que las disposiciones relativas al ALLANAMIENTO DE MORADA no tiene aplicación "respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casa pública mientras estuviesen abiertas". Tal es el criterio correcto, a nuestro juicio: las casas públicas, es decir aquellas en las que el público tiene acceso libre, sólo pueden ser objeto de protección cuando permanecen cerradas.

(12) IDEM. Pág. 135.

Han habido varias discusiones, de que si la morada supone el lugar donde se habita permanentemente, para obviar dificultades de interpretación se ha ideado el concepto de recinto habitado, que emplea el Código Penal Argentino, como disyuntiva de morada.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento penal no existe propiamente ningún problema interpretativo, pues si bien el rubro legal habla de morada, el texto se refiere en tesis general a la casa habitada, es pues indiferente, que el morador se encuentra en ella al realizarse el allanamiento hasta que la habite.

Casa habitada, por lo tanto no quiere decir casa habitable. En consecuencia, la introducción a una casa destinada a habitación pero no habitada, no integra el delito cuyo estudio nos ocupa.

El concepto de casa pública, es aplicable a cualquier legislación, pues aún, cuando el texto respectivo, como el vigente en México, no lo alude, no puede reputarse morada el lugar al cual el público tenga libre acceso, aún cuando en él habite el propietario u ocupante. Las casas donde se ejerce la

prostitución no pueden considerarse como públicas, pues como dicen Groizard y Pacheco, que son la habitación de las mujeres que la ejercen y su inviolabilidad debe ser tutelada por la ley. Los casinos y círculos de recreo, donde solo tienen acceso los socios, se consideran como una prolongación de la morada de estos últimos y, por consiguiente, se hayan tutelados por los preceptos legales que garantizan la inviolabilidad del domicilio.

Ahora bien entrare al estudio de nuestro derecho, y concretamente al punto que nos atañe, comenzando con:

E).- Mé x i c o

"A Hidalgo sucedió, en la dirección del movimiento Insurgente Don Ignacio López Rayón, quien en agosto de 1811 instaló en Zitácuaro la Suprema Junta Nacional Americana, encargada de gobernar a la Nueva España en nombre y en ausencia de Fernando VII, a imitación de las juntas que se habían formado en la Península. Además del Órgano de gobierno, Rayón se preocupó por formar una Constitución para lo cual

elaboró con el título de Elementos Constitucionales el documento que se publica".(13)

1) ELEMENTOS CONSTITUCIONALES CIRCULADOS POR EL SEÑOR RAYÓN (1811).

31º . Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las aplicaciones, restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre *ley Corpus haveas de la Inglaterra*.(14)

DON JOSÉ MARÍA MORELOS Y PAVÓN, convocó a un Congreso, instalado en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813 e integrado por 6 diputados que designó Morelos (como propietarios los vocales de la junta de Zitácuaro, Rayón, Liceaga y Verduzco, como suplente, Bustamante, COS y Quintana Roo) y por dos diputados de elección popular (José Murguía por Oaxaca y José M. Herrera por Tecpan) y así surgieron los :

(13) TENA RAMÍREZ FELIPEZ. *Leyes Fundamentales de México, 1908-1995*, Editorial Porrúa S.A. Décimo Novena Edición, México 1995, Pág. 23

(14) *IBIDEM* Pág. 26.

**2) SENTIMIENTOS DE LA NACIÓN O 23 PUNTOS
DADOS POR MORELOS PARA LA CONSTITUCIÓN.
(1814).**

Que en su artículo 17º señala:

" Que cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado señalando penas a los infractores". (15)

Como se puede apreciar en estos sentimientos de la Nación dados por Don José María y Pavón ya se tutela este bien jurídico que se comenta.

El Supremo Congreso Mexicano, deseoso de llenar las Heroicas miras de la Nación, elevadas nada menos que al sublime objeto de sustraerse para siempre de la dominación extranjera, y sustituir al despotismo de la monarquía española, un sistema de administración que reintegrando a la Nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia y afiance

(15) *IBIDEM*, Pág. 30.

sólidamente la prosperidad de los ciudadanos, decreta la siguiente forma de gobierno, sancionando ante todas las cosas los principios tan sencillos como luminosos en que puede solamente cimentarse una constitución justa y saludable, como tal en el:

3) DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA.

(sancionado en Apatzingan el 22 de octubre de 1814) En su artículo 32 dice:

" La casa de cualquier ciudadano es un asilo inviolable: sólo se podrá entrar en ella cuando un incendio, una inundación o la reclamación de la misma casa haga necesario este acto. Para los objetos de procedimiento criminal deberá proceder los requisitos prevenidos por la ley". (16).

(16) *IBIDEM*. Pág. 35.

4) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA.

La constitución que expidieron las Cortes de Cádiz, jurada en España el 19 de marzo de 1812, lo fue en nueva España el 30 de septiembre del mismo año. Que si bien es cierto que teníamos la de 1814, ésta no tuvo una aplicación como la de Cádiz que estuvo vigente, por que no hay que olvidar que en su creación hubo representantes de la nueva España en las Cortes de Cádiz, como se puede apreciar en esta Constitución se señaló la protección hacia la propiedad y quedó implícito el tema en desarrollo concretamente en su artículo 4º que a la letra dice:

" La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen." (17)

(17) *IBIDEM.* Pág. 60

**5) DE LA INDEPENDENCIA AL RÉGIMEN CENTRAL.
(1821-1835)**

En 1820 habían decaído, hasta casi extinguirse, las actividades bélicas de los insurgentes. Muertos o admistiados los principales jefes, solo GUERRERO y ASENCIO mantenían la rebelión hacia el sur del país. Fue entonces cuando se produjo súbitamente la independencia y así surge el Plan de Iguala y los tratados de Córdoba en el cual en dicha resolución y concretamente en su artículo 13 se dijo:

"Sus personas y propiedades serán respetadas y protegidas". (18)

(18) *IBIDEM. Pág. 115.*

**6) EL GOBIERNO PROVISIONAL Y EL IMPERIO.
(1821), REGLAMENTO PROVISIONAL POLÍTICO DEL
IMPERIO MEXICANO.**

Art. 10. "La casa de todo ciudadano, es un asilo inviolable. NO podrá ser allanada sin consentimiento del dueño, ó de la persona que en el momento haga veces de tal, que no podrá negar a la autoridad pública para el desempeño de sus oficios. Esto se entiende en los casos comunes; pero en los delitos de esa-magestad divina y humana, ó contra las garantías, y generalmente en todos aquellos en que el juez, bajo su responsabilidad, califique que la ligera tardanza que demandan estas contestaciones puede frustrar la diligencia, procederá al allanamiento del modo que estime más seguro, pero aun en esta calificación quedará sujeta á la misma responsabilidad".(19)

De las confusas tendencias políticas que siguió a la caída de ITURBIDE, estaban llamados a surgir los dos partidos que, andando en tiempo, se llamarían liberal el uno y el otro conservador.

(19) *IBIDEM*. Pág. 127.

El primero, nombrado del progreso en sus comienzos y de la reforma después, propugnaba en cuanto a la forma de gobierno la republicana, democrática y federativa, y en cuanto a los atributos del estado mexicano reivindicaba a aquellos que la organización colonial había transmitido a organismos extraestatales.

El programa del partido conservador difería punto por punto del liberal. Adopto el centralismo y la oligarquía de las clases preparadas y con el tiempo se inclinó hacia la forma monárquica; defendían los fueros y privilegios tradicionales y así surgen las: que en su primera ley en su Artículo 2º fracción III señalaron:

7) BASES Y LEYES CONSTITUCIONALES DE LA REPÚBLICA MEXICANA. (1835)

Que en su primera Ley en su artículo 2º fracción III señaló :

" No poder ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo ni en parte.

Cuando algún objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, podrá verificarse la privación, si la tal circunstancia fuere calificada por el presidente y sus cuatro ministros en la capital, por el gobierno y junta departamental en los Departamentos, y el dueño sea corporación eclesiástica o secular, sea individuo particular, previamente indemnizado a tasa ciñón de dos peritos, nombrado el uno de ellos por él, y según las leyes el tercero en discordia, caso de haberla. La calificación dicha podrá ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia en la capital, y en los Departamentos ante el superior tribunal respectivo. El reclamo suspenderá la ejecución hasta el fallo."(20)

(20) *IDEM* Pág. 205. y,
IBIDEM Pág. 206

8) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA MEXICANA. 25 DE AGOSTO DE 1842.

Las bases de Tacubaya no resolvían, sino solo aplazaban para el próximo constituyente, las diferencias que en cuanto a la forma de gobierno separaban a los federalista de los unitarios. Que el movimiento triunfante no externaba ningún programa al respecto, denunciaba la cuarta de dichas bases, al reconocer que el Nuevo Congreso quedaba facultado ampliamente para constituir a la Nación según le conviniera, así en este proyecto en su artículo 7 fracción XV señala: " La propiedad del individuo es inviolable; en consecuencia, a ninguna persona ó corporación eclesiástica ó secular que exista legalmente, puede privársele de la suya, ni turbársele en el libre uso y aprovechamiento de ella, ya consista en cosas, en acciones, en derecho ó en ejercicio de una profesión ó industria que hubiere garantizado la ley. Cuando algún objeto de utilidad pública exigiere su ocupación, el interesado será previamente indemnizado. Una ley constitucional dispondrá el modo de proceder en tales casos .(21)

(21) *IBIDEM* Pág. 309

Acordadas por la Honorable Junta Legislativa, establecido conforme a los decretos del 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno provisional con arreglo a los mismos decretos del día quince de junio de 1843, y publicadas con el bando nacional el día catorce del mismo, se emitió un decreto en donde se dan las:

9) BASES ORGÁNICAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA.

(15 de junio de 1843) y en su fracción XI señala:

" No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo si no en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes. (22)

La convocatoria para el Congreso Constituyente fue expedida por Don Juan Alvarez el dieciséis de octubre de 1855. Modificada posteriormente dicha convocatoria

(22) *IBIDEM. Pág. 407.*

por Decreto de IGNACIO COMONFORT en el punto relativo a la sede del Congreso, este se reunió en la Ciudad de México el 17 de febrero de 1856 y al día siguiente llevo a cabo la apertura de sus sesiones y fue hasta el cinco de febrero de 1857 en donde el Congreso juro la Constitución integrado en esos momentos por más de noventa representantes, después por el Presidente IGNACIO COMONFORT, el diecisiete del mismo mes, la Asamblea Constituyente clausuró sus sesiones, y el 11 de marzo se promulgó la:

10) CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (1857)

Y en su artículo 16 plasmó :

“ Nadie puede ser molestado en su persona, familia, DOMICILIO, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y á sus cómplices, poniéndolos sin demora a

disposición de la autoridad inmediata."(23)

Durante el interinato Presidencial de Don Francisco León de la Barra, surgieron numerosos partidos políticos, que se aprestaban a contender en las próximas selecciones, haciendo uso de la libertad democrática que había sido móvil de la Revolución triunfante, como tal surge la:

(23) *IBIDEM*, Pág. 608.

11) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

Quién también dentro de su contenido se siguió al igual de las anteriores Constituciones protegiendo el domicilio de la persona ya sea física, ya sea moral y en su artículo 16 señaló:

" Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de los delitos que se persiguen de oficio podrá la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que haya

de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia, o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. (24)

12) EL CÓDIGO PENAL DE 1871.

Este Código, constaba de 1152 artículos y 28 transitorios, debiéndosele considerar como un documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo, con admisión:

(24) *IBIDEM*. Pág. 608

a) De medidas preventivas y correccionales.

b) de la libertad preparatoria y retención.

Dicho ordenamiento incluyó el allanamiento de morada cometido por particulares, ya que aquel que era cometido por los funcionarios se encontraba entre los Atentados a las garantías individuales. Y así, en su título segundo. Delitos contra las personas cometido por particulares, decía:

Artículo 634.- "Cuando suponiéndose autoridad pública o por medio de una orden falsa o supuesta autoridad o fingiéndose agente de ella o usando el distintivo de tal o amenazando gravemente al ofendido.

Artículo 637.- Se impondrá una multa de 25 a 300 pesos y dieciocho meses de prisión al que sin orden de autoridad competente y fuera de los casos que la ley lo permite. se introduzca en una casa, vivienda o aposento habitados o destinados para habitación, o a sus dependencias, ya sea por medio de la violencia física, de amagos o amenazas, o ya por

medio de fractura, horadación, excavación, escalamiento o de llaves falsas.

Artículo 638.- Se impondrá de 50 a 500 pesos de multa y tres años de prisión, cuando el allanamiento de morada se ejecute en las circunstancias de que habla el artículo 634 o de noche o estando armado el reo, o por dos o más personas.

Artículo 639.- Aunque el allanamiento de morada no llegue a consumarse, se impondrá una multa de 50 a 300 pesos y arresto de uno a seis meses si hubiere fractura, horadación y excavación o escalamiento o se force alguna cerradura.

Artículo 640.- El que sin las circunstancias que se mencionan al fin del Artículo 637 se introduzca sin voluntad del que se ocupa en el lugar habitado o destinado para habitación sufrirá la pena de arresto mayor y multa de 25 a 200 pesos si se le encuentra ahí de noche."(25)

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES DE 1929.**

Este Código consto de 1228 artículos y cinco transitorios, y no realizó integralmente los postulados de la escuela positiva por:

a) Obstáculos de orden constitucional,

b) Errores de carácter técnico.

También incluyó el tipo penal de allanamiento de morada en el capítulo de los delitos contra la paz y seguridad de las personas y lo conceptúo de la siguiente manera:

ARTICULO 928.- Se impondrá una sanción de diez a treinta días de utilidad y de uno a dos de segregación al que sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca sin permiso de la persona autorizada para darlo, a una casa, vivienda, aposento y dependencia de la morada de alguien.

ARTICULO 929.- aunque el allanamiento no llegue a consumarse se impondrá una multa de quince a cuarenta días de utilidad y arresto de tres a seis meses, si hubiere fractura, horadación, excavación o escalamiento, o se abriere una cerradura.

ARTICULO 930.- se impondrá un sanción de arresto de uno a diez meses y multa de quince a treinta días de utilidad; a todo empleado a agente de la fuerza pública y a cualquier otro funcionario que obrando con esa investidura se introduzca a una finca sin permiso de la persona que habite a no ser en los casos y con las formalidades que la ley exija.

ARTICULO 932.- A los funcionario que cometan los delitos de que hablan los dos artículos anteriores a demás de las sanciones señaladas en ellos, se les aplicará la suspensión de empleo de seis meses a un año.

ARTICULO 933.- las sanciones de que habla este capítulo, se duplicarán en los casos siguientes:

1.- cuando se emplee la violencia física o moral.

2.- Cuando se emplee el engaño en cualquiera de sus manifestaciones.

3.- Cuando se ejecute de noche

4.- Cuando el reo vaya armado.

5.- Cuando se ejecute por medio de fractura, horadación, escalonamiento o llaves falsas".(26).

Este código contiene los mismos elementos que el de 1871, dado que encontramos, las siguientes características:

1.- Introducción

2.- Domicilio ajeno

3.- Contra la voluntad del habitante

4.- Sujetos activos

5.- Sin motivo justificado

Merece especial mención el artículo 928, toda vez que en el, a diferencia del Código anterior se habla de "Sin la voluntad del habitante", y con esto se hace más amplio el margen o marco en que es necesario encuadrar para tipificar el delito. dice textualmente a este respecto: "Sin permiso de la persona autorizada para el sujeto activo la voluntad presunta y abarca también los casos en que NO se encuentra presente la persona que tiene derecho de exclusión para oponerse a la entrada del sujeto activo.

Por desgracia, lo mismo que su antecesor, este Código es sumamente benigno con los funcionarios que cometen este delito castigando con más severidad a los particulares, que lo hacen, lo cual me parece absolutamente ilógico.

Acepta el grado de tentativa cuando se ha usado la violencia en el domicilio y considera como agravante a la violencia física y moral, al engaño, si el delito se ejecuta de noche, si va armando el reo, y cuando se usa la violencia en el domicilio.

CAPÍTULO SEGUNDO

II) CONSIDERACIONES GENERALES.

A) Teoría del Delito

B) Elementos Positivos y Negativos del Delito

1) .- Conducta

2).- Tipicidad

3).- Antijuricidad y Causas de Justificación

4).- Imputabilidad e Inimputabilidad.

5).- Culpabilidad e Inculpabilidad

6).- Condiciones Objetivas de Punibilidad.

7).- Punibilidad y Excusas Absolutorias

A) TEORÍA DEL DELITO.

La estructura moderna del delito se da a partir del gran movimiento Francés de 1789, Como consecuencia lógica, los posteriores principios ideológicos vinieron a traer como resultado concepciones revestidas de mayor técnica jurídica, así como de mejor aplicación práctica.

En etapas prehistóricas la incipiente vida social se regulaba por la ley de la fuerza y posteriormente de la astucia, en exclusivo provecho de quienes las ejercían, motivando con esto, la venganza como un reproche a esos desmanes, hemos observado cómo las civilizaciones primitivas, un ataque a los derechos de sus componentes exaltaban su pasión vengativa, aún cuando dicho ataque proviniera de un ser irracional o de una causa natural; y si provenía de un ser racional, les producía el deseo de cobrarse la ofensa con bastante ventaja, devolviendo el mal al agresor. La venganza entonces, revestía la forma de una irresistible pasión, inextinguible en tanto no había sido satisfecha. Así pues la venganza se halla en la historia de todos los pueblos, si acaso en transformaciones inherentes a los grados de cultura alcanzada por los mismos, pues, con el devenir de los años, ese tipo de venganza que pudiéramos llamar privada, se

manifiesta posteriormente con caracteres más amplios, aunque más determinados, es decir, llega a un período al cual muchos autores han denominado período de venganza pública.

En éste, se toma el castigo del delincuente como un derecho de la colectividad y buscándose evitar la excesiva crueldad que predominó en la época de la venganza privada, se limita la pena del sujeto al mal inferido a su víctima, estableciendo como base de ella la fórmula ojo por ojo diente por diente, característica de la ley del talión; ley sin dejar de conservar gran nota de crueldad, tuvo como fin mantener la tranquilidad pública.

Otro avance en el desarrollo y progreso del Derecho Penal, lo constituye después, el período de la composición pública y privada, en el cual, el malhechor es obligado a reparar el daño proveniente de su delito a las víctimas del mismo y al Estado, limitándose en esta forma la venganza de la sangre nacida de la lesión a los intereses privados, la pena pública supera su objeto de mera venganza y cede su paso a la finalidad intimidante.

En la etapa medieval los castigos infringidos a los delincuentes se caracterizan también por su crueldad, constituyendo la expiación y la intimidación su única meta. Ya con el Derecho Canónico las leyes penales se impregnan de subjetivismo, dando relevancia al elemento espiritual del delito, olvidado en las etapas anteriores del derecho primitivo.

Con el advenimiento de la Revolución Francesa cunde el liberalismo y se propagan las ideas de los Enciclopedistas, iniciándose con César Bonensana Marques de Beccaria, la etapa Humanista y Liberal del Derecho Penal, cuyo fin fue el destierro de la venganza y del sadismo en la punición de los delitos; el establecimiento de los principios de legalidad y el de la irretroactividad de las normas penales.

Estos principios con su lógico corolario de reforzamiento de las garantías jurídico - penales de la persona humana, así como la humanización de la pena y la readaptación del reo con base científica y en función social, son los precedentes del moderno derecho penal de los países liberales y democráticos.

A mediados del siglo pasado y dentro del ambiente que inspiraban las ideas penales de la época, surge la Escuela Clásica del derecho Penal bajo el influjo de PELLEGRINO ROSSII (1787-1848), GIOVANI CARMIGNANI (1768-1847) y FRANCISCO CARRARA (1805-1888) principalmente, mismos que estudian la infracción penal como un ente jurídico en función tricotómica. En efecto, las tres notas características de la definición que CARRARA dio al delito, son las siguientes:

Un elemento objetivo caracterizado por la fuerza física desplegada por el agente;

Un elemento subjetivo constituido por la fuerza moral acompañando a la anterior y;

Un último elemento consistente en la contradicción de estas dos fuerzas con la ley penal del Estado.

Los conceptos expuestos por FRANCISCO DE CARRARA, predominan por bastante tiempo si acaso con ligeras variantes; un cambio de ideas y métodos a la concepción del delito, lo realizan los evangelistas del positivismo

Penal: CESAR LOMBROSO, RAFAEL GAROFALO, ENRIQUE FERRI y FIORETTI, LOMBROSO, aporta el concepto de delincuente nato; y GAROFALO, el de delito natural. FERRI, define los delitos como "las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alternan las condiciones de la existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado". (27).

LA ESCUELA POSITIVA se orientó al estudio del delincuente, olvidando, con excepción de RAFAEL GAROFALO, y de alguno de sus seguidores, el examen del delito y confundiendo lamentablemente el Derecho Penal como rama de la disciplina jurídica con la criminología en cuanto ciencia causal explicativa del fenómeno social y biológico de la delincuencia, a cuyo desarrollo contribuyeron grandemente.

(27) Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Parte General Trigésima quinta Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1995. Pág. 67.

Lo anterior fue causa suficiente para que una vez entrado el positivismo es una etapa de decadencia y desprestigio, renacieran los estudios del delito enfocados con el método jurídico, por obra principalmente de los Jus-Penalistas Alemanes. Se desarrolló en esta forma la Teoría Jurídica del Delito con diversas variantes en Alemania e Italia.

Atendiendo al estudio del delito con método lógico formal y jurídico, dos son las corrientes doctrinarias que se han elaborado. Y estas son las ANALÍTICA O ATOMIZADORA Y TOTALIZADORA Y UNITARIA que se encuentran en posiciones de franco antagonismo; y a continuación se comentara cada una de ellas:

a) **TOTALIZADORA o UNITARIA.** Estima que la acción delictiva es un concepto unitario y orgánico, por lo cual, no es posible la fragmentación del delito en varios sectores diferentes y separados; éstos constituyen facetas de esa unidad y cada una de ellas supone un presupuesto ineludible de los demás.(28)

(28) Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1995. Pág. 4.

b) ANALÍTICA O ATOMIZADORA. La concepción analítica estudia al delito sin perder de vista su unidad, lo descompone en sus propios y diferenciados elementos, llevando a cabo un análisis minucioso de cada uno de ellos con autonomía conceptual, aunque sin desconocer la relación entrelazante que guardan entre sí. JIMÉNEZ DE ASUA, dice " el delito es un todo, un conjunto lógico unitario, en el cual se puede, sin embargo, discernir idealmente lo que tiene de accidental y lo que le es esencial . Fijar las notas esenciales, los rasgos característicos e inconfundibles de ese hecho jurídico que es el delito, es oficio del criminalista". (29)

FRANCISCO ANTOLISEI, establece:
"El delito es un todo orgánico; es un bloque monolítico, el cual puede presentar diversos aspectos, pero no es en algún modo fraccionable y su verdadera esencia, la realidad del delito no esta en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: solo mirando el delito bajo ese perfil es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye

(29) *IDEM. Pág. 4.*

una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea.(30)

Tal concepto nos revela que el citado autor no admite el estudio del delito realizado siguiendo la corriente analítica; sin embargo, este en consideraciones posteriores a su concepto, se contradice al aseverar con énfasis "El estudio analítico del delito necesario". (31)

En opinión del autor EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT, considera que el desintegrar a este, para analizar cada parte, no es negar su unidad, sino es un medio para determinarlo, por esta razón se hará el tratamiento de cada uno de los elementos del delito.

(30) Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, Décima Sexta edición. Ed. Porrúa, México 1994. Pág 197.

(31) IDEM, Pág 197.

B) ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

- | | |
|-----------------------------|--|
| a).- Conducta | a).- Falta de acción. |
| b).- Tipicidad | b).- Ausencia de atipicidad. |
| c).- Antijuricidad | c).- Causas de Justificación |
| d).- Imputabilidad | d).- Causas de
Inimputabilidad |
| e).- Culpabilidad | e).- Causas de
Inculpabilidad |
| f).- Condicionalidad Objeto | f).- Falta de condicionalidad
objetiva. |
| g).- Punibilidad | g).- Excusas absolutorias |

LA CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

1).- CONDUCTA

Constituye el primer elemento del delito y consiste en el obrar humano, único en el que cabe la presencia de la voluntariedad, pues sólo el hombre puede decidir entre el hacer y el no hacer y el no hacer exigido por la norma. Dicha manifestación de voluntad exteriorizada posee un doble aspecto: Positivo y Negativo, o sea, puede manifestarse por una conducta comisiva o por una conducta omisiva. No olvidemos al respecto la clara definición de este elemento dado por CASTELLANOS TENA, " como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito." (32)

Veamos, pues cómo en la comisión se lleva a cabo una actividad positiva que la ley ordena no se realice y en la omisión se hace lo contrario, deja de ejecutarse la conducta esperada y exigida por la norma.

(32) CASTELLANOS TENA, Fernando, LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL, Op. Cit. Pág. 149.

Encontramos también la forma de conducta denominada comisión por omisión, la cual estriba en manifestar un comportamiento omisivo, productor de un resultado prohibido por la ley. La conducta positiva o negativa debe producir un resultado: la positiva trae como consecuencia un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos, la negativa en cambio, no produce un resultado de esa índole, pero al fin y al cabo un resultado, puesto que la situación de peligro creada por la omisión es como afirma Liszt, " en sí mismo un resultado".(33).

Aunque en los delitos omisivos simples, el único resultado es de carácter jurídico-formal, pues el delito se perfecciona con la mera existencia de la conducta omisiva.

(33) VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, Op Cit.[s.p.]

En tal forma el ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA radica en la ausencia de ésta, pues en aquellos casos carentes de la voluntad espontánea y motivada del sujeto, el resultado o la conexión casual en una conducta, nos encontramos ante la ausencia del acto del hecho y en consecuencia del delito. La ausencia de conducta se presenta por:

- 1.- " Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible.
- 2.- Vis Maior o fuerza mayor.
- 3.- Movimientos reflejos.

Para algunos autores también son aspectos negativos:

- 4.- El sueño
- 5.- El hipnotismo.
- 6.- El sonambulismo ".(34)

La tipicidad como segundo elemento del delito.

(34) LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, OP CIT. Pág. 97.

2).- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

Podemos decir que la hay cuando una acción se acopla a un tipo (concepto, figura) legal. Es entonces cuando una acción es típica. Ahora bien, el tipo no se reproduce a establece una simple situación descriptiva de carácter objetivo, sino, nos da también algunas veces elementos de aspectos subjetivos, los cuales atañen a estados anímicos de su autor en relación al injusto u otros de cariz normativo que presuponen la antijuricidad de la actividad típica.

La tipicidad según FERNANDO CASTELLANOS TENA, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.(35)

(35) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Op Cit. Pág. 168.

Ahora bien, la tipicidad no es suficiente para conducir al autor de una conducta típica a la pena, es necesario la intervención de los demás elementos del delito, y así, en su concurrencia con el acto típico, tendrá dicha consecuencia necesaria, manifestándose la punibilidad si acuden los demás caracteres del delito.

EL ASPECTO NEGATIVO de este elemento es la ATIPICIDAD que consistirá en la falta de adecuación estricta de una conducta a un tipo legal. En esto reside la importancia de la atipicidad, pues su exigencia se encuentra protegida por el principio universalmente reconocido de Nullum crimen, nula pena, sine lege, que excluye del derecho penal a todo acto no expresamente tipificado y sancionado por la ley. (Art. 14.º de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). (36)

Es preciso distinguir entre las causas que propiamente pueden denominarse de atipicidad (bien sea por falta de cavidad en los sujetos activos y pasivo; por falta de objeto

(36) Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial SISTA S.A. de C.V. México 1996, Pág. 5.

material o de medios o elementos subjetivos o normativos del tipo, etc.), de los casos de ausencia de tipo en los cuales no se puede decir como en la atipicidad que falte la correspondencia entre el hecho concreto y el descrito por el legislador; en estos últimos lo que falta de modo completo es la previsión del hecho concreto en una norma penal.

El tercer elemento del delito es la:

3) · ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La expresión antijuricidad supone la existencia previa de un juicio valorativo sobre una determinada conducta. Cuando esta acción ataca a un bien considerado como esencial para la paz colectiva, encontrándose por tanto jurídicamente protegido dicha conducta se dice que es antijurídicamente. Por lo mismo creemos correcto que en principio, lo antijurídico, son lo contrario al derecho.

Ahora bien, no todo lo antijurídico constituye la antijuricidad penal; para quedar establecida (la

antijuridicidad), es necesario se comprendan previamente dentro de una figura tipificada legalmente; por lo mismo la antijuridicidad referida, es la antijuridicidad objetiva determinada es una norma jurídico-penal.

Según JAVIER ALBA MUÑOZ, el contenido último de la antijuridicidad que interesa al JUS-PENALISTA, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... como el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe solo el poder punitivo del estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente. (37)

No es suficiente que una conducta sea típica para ser antijurídica, es indispensable además constituya verdaderamente, esa conducta típica, antijurídica en el sentido de contrariedad a las normas del derecho. En el aspecto negativo de la antijuridicidad y sus causas de justificación aquí es necesario mencionar que no obstante que la doctrina continua tratando las causas de justificación, con la reforma del 10 de enero de 1994, dichas causas se incorporaron al Art. 15 del Código Penal para el

(37) Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, *Op Cit.* Pág 177

Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, como causas de exclusión del delito, en sus diez fracciones".(38)

El cuarto elemento del delito es la :

4) IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Según FERNANDO CASTELLANOS TENA, es el soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe esta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito;(39).

(38) Cfr. CODIGO PENAL PARA EL D.F. EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. Editorial SISTA. S.A. de C.V. Pág. 6 y 7.

(39) CASTELLANOS TENA, Fernando LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op Cit.

Pág 217.

Ahora bien el diccionario jurídico mexicano define a la imputabilidad como la capacidad, condicionada por la madurez y salud mental, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinar de acuerdo a esa comprensión.(40)

Por su parte LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, expone que la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecuto, como a su causa eficiente y libre). (41)

Este tratadista sostiene que: son causas de inimputabilidad " la falta de desarrollo y salud de la mente así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que

(40) DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO V. Editorial Porrúa, S.A., 1985. Pág 51.

(41) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, La Ley y el Delito, Tercera Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990. Pág. 326.

privan y perturban en el sujeto en la facultad del conocer el deber esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra en la gente en condiciones de que se le pueda atribuir el hecho que perpetró.

El citado autor hizo una clasificación de los motivos de la inimputabilidad consignados en los códigos penales de Hispanoamérica y estos son los siguientes:

a) Falta de desarrollo mental.

1) La minoría de edad.

b) Falta de salud mental

c) Trastorno mental transitorio

1) La embriaguez

2) Fiebre y dolor.(42)

(42) Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Op. Cit. Págs. 169 a 195.

Los conceptos de IMPUTABILIDAD, RESPONSABILIDAD y CULPABILIDAD, resultan a menudo fáciles de confundir debido a estar íntimamente relacionados, sin embargo, pueden ser diferenciados; así en efecto, la imputabilidad constituye un mero estado de hecho de naturaleza psíquica en el autor del delito, por medio del cual es posible inferir si éste estuvo en posibilidad de obrar consciente y voluntariamente en relación con los hechos por él ejecutados. Así, si falta la capacidad de entender y querer aunque solo fuere transitoriamente, estamos en presencia de un inimputable, de un autor solamente material de los hechos constitutivos de delito, pero al que en los psíquicos no se le pueden atribuir.

5) CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

La CULPABILIDAD constituye no un estado de hecho psicológico, sino un juicio de valor realizado sobre la relación espiritual subjetiva entre autor y hecho.

A su vez, la RESPONSABILIDAD constituye a nuestro entender sólo la declaración meramente procesal hecha por el juzgador, imputando en un caso la

comisión de un delito a una persona, con su correspondiente sanción. (43)

Con este comentario hemos demarcado la connotación de los conceptos referidos, pues repetimos se utilizan continuamente, cuando se hace referencia al elemento subjetivo del delito.

Uno de los verdaderos problemas de este elemento consiste en determinar en qué se basa la sociedad para hacer posible la imputación del acto delictuoso. LA ESCUELA CLÁSICA, hace descansar la imputabilidad, en la existencia del libre albedrío, o sea, si el individuo en el momento de delinquir posee el libre discernimiento de sus actos y voluntariamente transgrede aquellas normas ordenadoras de su abstención, es responsable de dicha acción. EL POSITIVISMO Italiano niega la existencia del libre albedrío, pues para el positivista la voluntad humana no es tan libre como afirma el clásico; por lo contrario se encuentra determinada por diversos factores (endógenos y exógenos) nulificando dicha libertad, de ahí la observación de

(43) *IBIDEM*. Pág. 169 y otras.

Ferri al decir: "El hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad". (44);

Si aquel comete actos perjudiciales o peligrosos para la sociedad, debe sufrir la reacción social que la pena representa, pues mediante ella se defiende la sociedad contra la repetición de tales actos.

Las teorías eclécticas, pretenden encontrar la verdad tomando en consideración fundamentos parciales de estas tendencias. Actualmente, ya fuera del campo metafísico, se fundamenta la imputabilidad sobre la base objetiva de la responsabilidad, manifiesta el estado peligroso que el delincuente representa para la sociedad, pero sin llegar a un determinismo absoluto, reconociendo cierta libertad en el carácter psicológico de la conducta delictiva.

(44) Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. *Derecho Penal. Cursos 1º y 2º* Editorial Harla, 1995. Págs 8 y 9.

El quinto elemento del delito es la:

e).- **CULPABILIDAD.**- En la actualidad se puede afirmar que el Derecho Penal ha entrado en una fase decididamente técnica, a consecuencia de la necesidad de asegurar las libertades individuales en los Estados de Derecho. La técnica jurídica es el único medio adecuado para llegar a diferenciar al delito de las demás acciones contrarias al derecho; el respeto por las garantías individuales en su límite adecuado.

Caracterizar con toda puntualidad las acciones punibles, obligan a incluir dentro de la definición del delito, todos sus elementos y así, solamente las acciones humanas que los reúnan, pueden coincidir a una sanción penal. De aquí se derivan la necesidad de un mecanismo compuesto de las piezas y engranajes necesarios para el efecto y eficaz funcionamiento técnico de la teoría jurídica del delito, con miras al propósito de garantizar lo señalado. Desde este punto de vista, la culpabilidad se yergue como el elemento de mayor importancia en el delito.

De acuerdo con la estructura del delito, la culpabilidad viene a constituir un aspecto positivo, el negativo,

como más adelante veremos, lo constituyen las causas de inculpabilidad o causas de exculpación.

La culpabilidad según LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, la define como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (45)

Por su parte GIUSEPPE MAGGIORE dice: La culpabilidad es la "desobediencia consciente y voluntaria y de la que uno está obligado a responder a alguna ley." (46).

Para EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: " La culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un actor, la que solo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición que es fundamento de la culpabilidad"(47).

(45) LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Op. Cit. Pág.201.

(46) MAGGIORE,Giuseppe, El Derecho Penal, El Delito, 1, 2º Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, Pág. 451.

(47) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General, Tomo IV, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, Pág. 12.

EDMUNDO MEZGER, manifiesta, " La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que se ha cometido". (48).

Para SERGIO VELA TREVIÑO, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta. (49)

Ahora bien se hará en forma breve un estudio respecto a las características esenciales de la Escuela Psicológica y Normativa.

(48) MEZGER, Edmundo, DERECHO PENAL, parte General, ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1995, Pág. 189.

(49) VELA TREVIÑO, Sergio CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. TEORÍA DEL DELITO, Trillas México . Pág.337

a).- ESCUELA PSICOLÓGICA.- Funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo. El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace el elemento volitivo. JÜRGEN BAUMAN expresa: "Según el concepto psicológico de la culpabilidad, que antes predominaba, la culpabilidad era la relación psicológica entre el autor y su hecho. En consecuencia, la culpabilidad era algo que sólo existía en el autor y que, además, se agotaba en una relación interna frente a la acción"(50) tradicionalmente, -nos dice Sebastián Soler- se le ha concebido (a la culpabilidad) como un hecho de naturaleza puramente psicológica, considerándose que esta era la opinión prevaleciente en forma universal en la doctrina de Pre-Guerra, y es en la actualidad la opinión dominante en la América Latina.

La corriente doctrinaria según la cual se concibe a la culpabilidad como hecho psicológico, ha sido denominada Teoría Psicológica de la Culpabilidad o Psicologismo; en ella todos los extremos de la culpabilidad se

(50) BAUMAN, Jürgen, Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistemas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, Pág. 206.

agotan el proceso intelectual volitivo que se desarrolla en el autor en el momento del delito lo cometió en forma voluntaria, culpable. Considerada la culpabilidad desde este punto de vista, afirma el argentino RICARDO C. NUÑEZ, resulta exacta y demostrativa la afirmación de VON LISZT, de que la culpabilidad comprende solo la relación subjetiva entre el acto y el autor.

Ahora bien, continúa exponiendo Nuñez, el carácter psicológico de la culpabilidad no se altera en razón del contenido que se le asigne al acto psíquico, así, la culpabilidad sigue siendo concebida de manera puramente psicológica, tanto si se dice que ella supone la referencia de la conciencia y de la voluntad del autor al delito o al hecho delictivo mirado en su materialidad como si se exige, además, que el autor aprecie el carácter reprochable del mismo punto de vista de la ley penal o de la norma de precaución o prudencia (en los casos de delitos cometidos por culpa).

La doctrina psicológica, denominó en absoluto el campo de la culpabilidad, hasta que por obra de los juristas alemanes y a partir de los puntos de vista de Reinhard

Frank, como atinadamente lo hace notar el Lic. Fernández Doblado surge la nueva teoría normativa de la culpabilidad. (51)

b).- ESCUELA NORMATIVA.- La reprochabilidad tiene existencia en tanto al sujeto se le puede exigir una conducta distinta de la realizada, es decir, es culpable en tanto no obró conforme a derecho pudiéndolo hacer. " En consecuencia, en la teoría Normativa, el dolo y la culpa vienen a constituir un elemento de la misma". (52)

A continuación presentamos el siguiente cuadro :

(51) Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES, Op. Cit. Pág 234, 235 y 236.

(52) La Estructura del Concepto de Culpabilidad, Versión Castellana de Sebastián Soler, Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966, Págs. 30 y 31.

PSICOLOGISMO Existencia de A) dolo
B) Culpa

Relación psicológica entre el sujeto y su conducta del resultado material.

NORMATIVISMO Existencia de A) Dolo
B) Culpa

Reprochabilidad (motivación reprochable).(53)

Respecto a la INCULPABILIDAD esta significa la falta, de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad, así, no puede ser culpable de un delito que no es imputable; por lo anterior cabe agregar que el delito es una conducta, típica, antijurídica, imputable y culpable.

(53) LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo TEORÍA DEL DELITO, Op. Cit.
Pág 16.

Las causas de la inculpabilidad son:

- a) Errores esenciales de hecho invencible.
- b) Eximentes putativas
- c) No exigibilidad de otra conducta
- d) Temor fundado
- e) Caso fortuito. (54)

REINHARD FRANK, en el año de 1907, en su monografía intitulada "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", estableció los cimientos de esta doctrina, calificado por primera vez a la culpabilidad como "reprochabilidad". En efecto, FRANK REINHARD manifiesta que la culpabilidad no es algo que existía objetivamente ni tampoco en el psiquis de autor, sino más bien, "un juicio por el que se afirma que una conducta antijurídica es reprochable a consecuencia de determinados hechos objetivamente existentes.

(54) *AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. DERECHO PENAL, Op Cit. Págs. 86 y 87.*

Para los sostenedores de esta teoría, existen el reproche de una conducta delictiva, si las circunstancias externas ésta demuestran que al autor le era exigible otro comportamiento psíquico. Nótese cómo la concepción normativa da relevancia al elemento normativo, pues el reproche lo hacen consistir en un resultado de desvalor jurídico formulado contra el aspecto subjetivo del hecho típico antijurídico. Es así como el molde en que tradicionalmente se encerraba a la culpabilidad, queda roto, pues el criterio de la culpabilidad tiene un aspecto totalmente diverso.

6).CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Para ERNESTO BELING, Las condiciones objetivas de punibilidad son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal , para la imposición de la pena que no pertenecen al tipo de delito y no condicionan la antijuricidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad.(55).

(55) *BELING, Ernest Von, LA DOCTRINA DE TIPO PENAL, traducción de Sebastián Soler, Ed. Depalma, Buenos Aires 1944. Pág. 31.*

Para el autor CELESTINO PORTE PETIT, dice que las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos constitutivos del delito, ya que no se requiere su existencia, por otro lado EUGENIO FLORIAN menciona que no se puede considerar la condición objetiva fuera del delito, si es precisamente tal condición la que determina la calidad delictuosa del delito, supuesto que no es posible considerar como ilícita una conducta humana de provista de sanciones, esto es, antes de que sea punible. (56)

En cuanto a la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad JIMÉNEZ DE ASUA , afirma que cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y se produce la denuncia o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, podrá alegarse de adversa la excepción de cosa

(56) Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *TEORÍA DEL DELITO Op. Cit.* Págs. 237 y 238.

juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad -las por nosotros estimadas como más propias- permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir las acción contra el responsable.(57)

Copiosas son las discusiones sobre la inclusión o exclusión de las condiciones objetivas de punibilidad como elemento constitutivo del concepto del delito; parece ser que cada día adquiere mayor firmeza la corriente negativa de este carácter, a tal grado de inclinarnos a pesar de que pueda ser el criterio dominante.

(57) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL La Ley y el Delito Op. Cit. Pág 425*

La confusión reinante en torno a las condiciones objetivas de punibilidad se ha hecho notar por Jiménez de Asúa, comentando él mismo, cómo todas las características señaladas como elemento del delito son a la vez condiciones de punibilidad en tanto resaltan presupuestos o condiciones para aplicar la sanción; además, la mayoría de esas condiciones enumeradas por los autores son más bien elementos valorativos del tipo; en consecuencia, las únicas y auténticas condiciones objetivas de punibilidad son los presupuestos procesales que expresa a tácitamente son exigidos por las leyes punitivas al describir y penar una concreta figura de delito a la cual, con frecuencia, se subordina su persecución, por ejemplo: La declaración de culpabilidad en la quiebra; las condiciones de reciprocidad entre los países, etc.

Estas condiciones objetivas de punibilidad, no suelen preverse en la parte general de los Códigos Penales; su falta ha de investigarse en cada caso concreto en la parte especial de la ley. Ahora bien, aceptadas como elemento del delito.

7) LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La acción antijurídica, típica y culpable para ser incriminante ha de estar combinada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta a de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria. "Ley sin pena es campana sin badajo", reza un proverbio alemán. En nuestro derecho se señala al acto o a la omisión para que sea delictuoso, debe estar *sancionados por las leyes penales* (art. 7 del Código Penal), lo que hace que según nuestra ley positiva el concepto de delito se integre con el elemento "acción" como presupuesto del elemento "punibilidad", que es su predicado.(58)

Por otro lado EUGENIO CUELLO CALON, considera que la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de esta la acción conminada una pena constituye un elemento del tipo delictivo.(59)

(58) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL, y RAÚL CARRANCA RIVAS, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A. México 1995. Pág. 424.

(59) Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Op. Cit. Pág 253.

También SEBASTIAN SOLER, sostiene que la punibilidad no es un elemento esencial del delito y lo considera como una consecuencia del mismo. (60)

En el aspecto negativo tenemos las excusas absolutorias y estas son expuestas por algunos autores:

JIMÉNEZ DE ASUA dice: Que son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente. CARRANCA Y TRUJILLO, divide a las causas absolutorias desde el punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

(60) *IDEM*. Pág.253.

Excusas en razón de móviles afectivos revelados.

Excusas en razón de la copropiedad familiar.

Excusas en razón de la patria potestad o e la tutela.

Excusas en razón de la maternidad consciente.

Excusas en razón del interés social preponderante.

**Excusa en razón de la temibilidad específicamente mínima
revelada.(61)**

Con esto se ha dado un panorama respecto a la teoría del delito, comentando cada uno de sus elementos y así poder llegar y a su vez aplicar cada uno de ellos al tema de investigación.

(61) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl CARRANCA Y RIVAS Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO, Op Cit. Pág. 652.

CAPÍTULO TERCERO

III.- MARCO JURÍDICO EN EL MUNDO Y MÉXICO

- A) Declaración Universal de Derechos Humanos.**

- B) Pacto Internacional de Derechos Humanos
Civiles y Políticos**

- C) Declaración Americana de los Derechos y
Deberes del Hombre**

- D) Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

- E) Constitución Política de los Estados Unidos
Mexicanos de 1917**

- F) Decreto.**

A) Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta declaración fue redactada y aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (24 de mayo al 18 de junio de 1948) por doce votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones: Rusia, Ucrania, Bielorrusia y Yugoslavia. Luego, el Consejo Económico y Social la aprobó y, por último, la Asamblea General, en su tercera sesión celebrada en 1948 en París. La proclamó mediante resolución 217. La declaración fue aprobada por 48 votos a favor y 8 abstenciones: República Socialista Soviética de Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Arabia Saudita, República Socialista de Ucrania, Unión Sudafricana, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia.(62)

El gobierno mexicano declaró que la utilidad e importancia de la declaración no resultaba aminoradas por el hecho de no incluir disposiciones que impliquen sanciones legales. Como tal el artículo 12 de este instrumento internacional señala

(62) GRACIA BAUER, Carlos, LOS DERECHOS HUMANOS, PREOCUPACIÓN UNIVERSAL, Guatemala, Ed. Universitaria, 1960, Pág.86.

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". (63)

B) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Este pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 a (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

Consagra los siguientes derechos: derecho a la libre determinación de los pueblos (art. 1º); igualdad en el goce de derechos a hombres y mujeres (art. 3º); derecho a la vida (art.6º); prohibición de la tortura (art. 7º); prohibición de la

(63) *DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (ONU), ASAMBLEA GENERAL 1948, Ed. SISTA S.A. de C.V. México, 1996. Pág 98.*

esclavitud (art. 8°); derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9°); trato humano a la persona privada de su libertad (art.10); prohibición de la prisión por deudas (art.11); libertad de locomoción (art. 12); no expulsión de extranjeros sin causa justa preestablecida en la ley (art.13); igualdad de las personas ante la ley y los tribunales (art. 14); irretroactividad de la ley penal (art.15); derecho al reconocimiento de personalidad jurídica (art. 16); derecho de la intimidad (art. 17); libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18); libertad de expresión (art. 19); prohibición de la propaganda en favor de la guerra (art. 20); derecho de reunión pacífica (art.21); derecho de asociación (art. 22); protección de la familia (art. 23); derechos del niño (art. 24); derecho al voto y a ocupar cargos públicos (art. 25); no discriminación en el otorgamiento de derechos (art. 26); y protección de minorías (art. 27).(64)

(64) MONROY CABRA, Marco Gerardo. LOS DERECHOS HUMANOS. Ed. TEMIS Librería Bogotá- Colombia. 1980 Págs. 74 y 75.

C) DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

El proyecto definitivo fue elaborado por el Comité Jurídico Interamericano, pero sufrió modificaciones, como agregarle el considerando y el preámbulo, modificar artículos y los 19 artículos del proyecto aumentaron a 38 en la Declaración. (65)

Artículo 4.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques

Artículo 8.- Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

Artículo 9.- Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia. abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada familiar.

(65) Documento CB-7 Unión, Washington, 1948. Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, formulado por el Comité Jurídico Interamericano para ser considerado por la Novena Conferencia Panamericana de Bogotá.

D) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.- Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene estos considerandos: a) reafirma el sistema democrático, el régimen de libertad personal y justicia social y el respeto a los derechos humanos; b) reconoce la dignidad de la persona humana y la inmanencia de los derechos humanos en los siguientes términos:

a) "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.

b) Considera que al respeto a los derechos humanos ha sido contemplado en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

c) Reitera que "con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, ni se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos"; y

d) Tuvo en cuenta que la Tercera conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación, a la propia Carta de la Organización, de normas más amplias sobre derechos económicos sociales culturales, y resolvió que en convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimientos de los órganos encargados de esa materia.(66)

Art. 11.- Protección de la honra y de la dignidad.

1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

(66) *IBIDEM*. Pág. 108 y 109.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

3.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Tiene su origen en el artículo 10 del proyecto de Chile, con enmiendas introducidas por la CIDH, y coincide con el art. 17 del pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas.

Establece el derecho a la intimidad o privacidad que envuelve la imposibilidad de injerencias no solo de las demás personas sino del Estado. Por esto, no es permitido la interceptación telefónica o la filmación de escenas familiares e incluye el derecho a la imagen general a la vida privada. La dignidad de la persona exige que su vida privada sea respetada, y por eso violan este derecho los periodistas que divulgan aspectos privados o familiares o atacan la honra sin ninguna consideración ni responsabilidad.(67)

(67) MONROY CABRA, Marco Gerardo Op. Cit.Pág. 130 y 131.

E) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento scrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que a de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de los testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose, en

estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley. (68)

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

(68) TENA RAMIREZ, Felipe, LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO, 1808-1995 DECIMONOVENO EDICION (actualizada) Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. Pág.822.

DIARIO OFICIAL DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993.

D E C R E T O por el que retoman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CARLOS SALINAS DE GORTARI,
Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, se hace servido dirigirme el siguiente:

DECRETO

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN USO DE LA FACULTAD QUE SE CONFIERE EL ARTICULO 135 CONSTITUCIONAL Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LAS CÁMARAS DE DIPUTADOS Y DE SENADORES DEL CONGRESO DE LA

UNIÓN ASI COMO DE LA MAYORÍA DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS DECLARA REFORMADOS LOS ARTÍCULOS 16, 19, 20 Y 119 Y DEROGADA LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTICULO 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ARTICULO UNICO.- Se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

ARTICULO 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale, como delito sancionado cuando menos con pena privativa de la

libertad y existen datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilatación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delitos flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delitos graves así como calificado por la ley ante al riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia, el Ministerio

Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundado y expresado los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencias o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas a de Ley. Ningún indiciado podrá ser retenido por Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; esté plazo podrá duplicarse en aquéllos casos que la Ley prevea como delincuencia organizada, Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. (69)

(69) IBIDEM. Pág. 1097 a 1099.

CAPÍTULO CUARTO

IV.- EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

A.- CONCEPTO DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y DOMICILIO.

B.- LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

C.- TIPO DE TIPICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

D.- ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

E.- IMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

F.- CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

G.- PUNIBILIDAD.

A.- CONCEPTO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

Allanamiento. Del latín *applanare*, del adverbio *ad* y *planus*, llano. Esta palabra recibe dos significados en las disciplinas jurídicas. Por una parte, en el campo procesal, como allanamiento a la demanda, y por otra en el derecho penal como allanamiento de morada.

Procesalmente hablando encontramos opiniones en el sentido de que el allanamiento a la demanda es una actitud que puede asumir el demandado capaz en una demanda judicial en la que se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la prestación que se le reclama.

Independientemente del allanamiento de morada, en materia penal se ha aludido al juicio penal troncado como una especie de allanamiento.

El ser humano, tan pronto como vio declinar al día, giró la vista alrededor suyo para buscar un refugio en donde descansar. Después el hábito, que fue siempre el supremo rector de su vida, le hizo que amara aquel sitio que le

proporcionaba abrigo contra la intemperie, protección contra los animales y las comunidades anheladas. Poco a poco depósito en dicho lugar sus más queridos e íntimos afectos, hasta estimarlo como parte de sí mismo y poder exclamar: *¡ Este es mi refugio! ¡ esta es mi casa! ¡Este es mi hogar!*. De esta forma los hombres llegaron lentamente a la idea de la morada, entendida como algo unido a su propia persona.

La unión fue forjada por dos necesidades diversas: las materiales que suscitan los apetitos corporales; y las de afecto, suprema aspiración del espíritu, frecuentemente más poderosas que las mismas necesidades materiales. Esta penetración de nuestra personalidad en el lugar elegido como morada, determina que cuando se turba ésta se lesione al unísono el sentimiento de nuestra libertad, cual ofensa inferida a la propia persona.

"La habitación o apartamento en que se mora sirve de salvaguarda espiritual y material al ser humano, pues en su recinto haya reposo de su trabajo, descanso en sus fatigas, paz en sus tormentos, refugio en sus luchas, consuelo en sus aflicciones, protección para sus secretos y seguridad para sus

pertenencias. Y para proteger penalmente este interés vital, los Códigos se valen del delito de allanamiento de morada.

Toda vez que el interés jurídico en el allanamiento de morada no es la "paz sino la seguridad de las personas porque cuando se actúa con violencia o engaño y sin el permiso de la persona autorizada para darlo, se vulnera el bien jurídico tutelado.

Para FRANCISCO CARRARA, manifiesta que "el concepto de domicilio debe ser entendido en este lugar no con el sentido estricto del Derecho Civil, sino con el sentido amplísimo mediante el cual se designa cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada, aunque sea precaria, y, de este modo, sin distinguir si es elegido como morada continua o solamente de alguna horas del día o de la noche o también para un destino transitorio especial, como un laboratorio o un pabellón de caza, con tal que la invención se produzca durante la subsistencia de un destino". (70)

(70).- CARRARA, Francisco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Parte Especial Tomo IV. Editorial Temis. Bogotá, 1968. Pág. 289.

La mayor amplitud del concepto de domicilio en la Ley Penal, dice EUSEBIO GÓMEZ, No implica una arbitrariedad ni un capricho del legislador, a quien sin embargo, suele atribuírsele impropiedad por no haber guardado armonía con la Ley Civil o por no haber empleado, para designar los delitos previstos como violación de domicilio, una denominación que abarcando todos los hechos de que se trata, no modifique el significado que el Derecho Civil confiere a la palabra domicilio. La crítica no es justa. La autonomía indiscutible del Derecho penal le permite la adopción de conceptos propios con prescindencia de los que, con referencia a una expresión determinada pueda tener cualquier otra rama de la ciencia jurídica. (71)

Continuando con el citado autor, el domicilio amparado por la Ley Penal, es aquel cuya inviolabilidad consagra la Constitución como una de las garantías individuales que reconoce. Es indudable, entonces, que la tutela penal del domicilio reclama un campo de acción que no puede tener las limitaciones a que obligaría la adopción estricta del concepto puramente civil del domicilio.

(71).- GÓMEZ, Eusebio, TRATADO DE DERECHO PENAL, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aire, 1939. Tomo III. Pág. 372.

De ahí, que para evitar equívocos sea más aceptable el empleo del concepto morada, tal como lo hace la ley española, toda vez que utiliza la palabra morada.

Morada, concepto puramente material, reproduce con mayor precisión y exactitud la idea cardinal que guió al legislador. Morada, no es lugar de residencia como el domicilio, sino lugar de habitación. Puede entenderse la morada donde no se esté domiciliado y viceversa.

El rubro legal se refiere a la morada, en tanto que el artículo 285 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común hace una enumeración de lugares, y que son: UN DEPARTAMENTO, UNA VIVIENDA, APOSENTO O DEPENDENCIA DE UNA CASA HABITADA. En realidad lo que la ley tutela es el lugar que se habita, es decir morada, cualquiera que sea su naturaleza. Por consiguiente, los lugares enumerados son géneros de una misma especie: la casa habitada.

Las modalidades de violación del allanamiento de morada según el precepto mencionado son las siguientes:

- 1.- Introducción furtiva, mediante engaño, violencia y sin autorización...
- 2.- Sin causa justificada u orden de autoridad competente.
- 3.- Aun departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada...
- 4.- Realizada directa o indirectamente por una autoridad o servidor público...
- 5.- Indirectamente por un particular con anuencia o autorización de la autoridad.(72)

El concepto de morada no es, sin embargo, unánime. Muchos tratadistas especialmente Franz Von Liszt, lo circunscriben al lugar de reposo nocturno. Florian, Manzini y otros lo emplean a cualquier lugar habitado.(73).

(72) Cfr. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Pág. 78.

(73) Citados por Eugenio CUELLO CALON. DERECHO PENAL. Parte Especial. Pág. 215.

En nuestra legislación, el Código no nos ofrece ninguna duda: es la casa habitada, ¿ Y que se entiende por ésta ?.

El concepto respectivo se de establecer de acuerdo con un criterio subjetivo y no objetivo, no siendo la naturaleza del lugar, sino la voluntad del sujeto de habitarlo lo que lo define. La habitación define, consiguientemente, la morada.

CUELLO CALON, define a la morada, como aquélla donde tiene lugar el descanso nocturno, pero cree que también debe gozar de semejante consideración los locales que, aún no destinados a pernoctar, habitualmente sean habitados durante parte de la jornada. Así el lugar donde el hombre despliega su actividad profesional, aún cuando se encuentra separado del que destina a reposo nocturno, debe reputarse morada para los efectos de éste, el despacho del abogado, situado en el local distinto del de su casa habitación, a los locales destinados privadamente a su solaz y recreo. No es menester, para que en un lugar sea calificado de morada, que sirva de residencia permanente; también es indiferente que se resida en ella de modo temporal u ocasionalmente. No importa que se trate

de lugar cerrado o abierto, estable o móvil. Es indiferente, igualmente, que el lugar sea o no habitable. (74).

Por casa no se ha entendido un inmueble, también algunos muebles pueden serlo, siempre que se destinen a habitación. Pueden ser morada para los efectos penales, los camarotes de los buques y los compartimientos de los coches, camas de los ferrocarriles, y en general, cualquier vehículo acondicionado para habitación de personas. La entrada a un automóvil, aún cuando no se encuentre especialmente acondicionado para habitación puede reputarse igualmente como allanamiento de morada, pues no cabe duda de que en multitud de ocasiones el hombre expresa su voluntad de habitar el vehículo; en el que se come e incluso se duerme, y se ocupa durante viajes de larga duración.

(74) El concepto de bien mueble lo referimos exclusivamente a la remobilia, que es aceptado por el Derecho Penal. Los inmuebles por disposición de la ley, especialmente los buques y el material rodante de los ferrocarriles, que pueden servir de habitación, son muebles para los efectos penales.

La doctrina y la legislación plantean el problema relativo a las denominadas casas de negocios, las cuales fueron incluidas por los Códigos: Alemán, Húngaro y Argentino. Se entienden por tales casas, los locales destinados al desarrollo de una actividad determinada, de naturaleza comercial, científica o artística.

Tal protección parece, a todas luces, desorbitada. Las casas de negocios son lugares, por su misma naturaleza, abiertos al público y, por ende, puede no existir un derecho individualizado en una persona determinada, que sea la titular de la paz doméstica perturbada por el allanamiento.

Ahora bien en el desarrollo del presente trabajo de investigación lo traté utilizando la teoría Hexatómica, la cual fue aplicada al tema en tratamiento.

B.- LA CONDUCTA EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

El artículo 285 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en

materia Federal señala: El elemento objetivo es siempre una conducta y nunca un hecho, porque la prohibición típica no precisa de la producción de un resultado material; basta el solo comportamiento del hombre: introducirse. En consecuencia, en esta figura la casualidad es puramente jurídica y no material.

Por otra parte, indiscutiblemente es un ilícito penal de los llamados formales o de mera actividad, en oposición a los materiales o de resultado.

Es un delito unisubsistente. Al respecto debemos aclarar que no hay uniformidad de criterio con relación a los delitos unisubsistentes al de un solo acto y plurisubsistentes, al de varios. De acuerdo con esto, es posible que el allanamiento de morada revista, según el caso, ambas formas. Con esta manera de entender la plurisubsistencia, la acción en algunas hipótesis puede fraccionarse en varios actos, en cuyo caso los empleos de los medios comisivos implicará la realización de actos ejecutivos: el engaño, la furtividad, etc. Ahora bien, nosotros creemos como el autor penalista argentino Sebastián Soler, que los plurisubsistentes constan de varios actos homogéneos, como el caso del ejercicio ilegal de la medicina en el Código Penal Argentino, el cual requiere para la integración del tipo, de varias

conductas similares repetidas y no del fraccionamiento del acto. En otra palabras, el delito es plurisubsistente cuando la ley exige la repetición de varios comportamientos idénticos (sean no fraccionables).

Entendido así el delito plurisubsistente, indudablemente no puede revestir tal carácter el de ALLANAMIENTO DE MORADA, sino sólo la forma unisubsistente con el de acto único y el plurisubsistente con el de varios actos, a veces el allanamiento de morada tendrá un carácter y en ocasiones el otro. Como nosotros seguimos a Sebastián Soler, desde este punto de vista deben entenderse las cosas, nunca será plurisubsistente el ilícito a estudio.

Siempre será de acción el ALLANAMIENTO DE MORADA y nunca de omisión, por requerir la ley de un comportamiento positivo, de una actividad; en consecuencia, queda descartada la forma omisiva.

En el delito de ALLANAMIENTO DE MORADA, necesariamente es instantáneo; consumándose con el hecho mismo de la penetración del sujeto a los sitios especificados en la descripción típica. Por otra parte, el Código

Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal de 1931, no capta la figura del delito continuado; solo se refiere al permanente en el artículo 19: "... Se considera, para los efectos legales, delito común aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen". La simple redacción permite apreciar que la disposición alude al permanente y no al continuado, aun cuando utilice el vocablo "continuo".

En un terreno puramente doctrinario, es posible admitir la continuidad del allanamiento de morada, si el mismo sujeto realiza varias veces el mismo comportamiento típico, por existir entonces unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica. Debe descartarse la forma permanente; aun cuando el intruso permanezca en el ajeno hogar, con ello el ilícito no pierde su carácter de instantáneo, a virtud de que la permanencia no es consumación, sino efecto de ella.

No es el allanamiento de morada un delito de peligro, sino de lesión; al realizarse vulnera el bien tutelado por la tipicidad prohibitiva: la seguridad, estabilidad y tranquilidad del del hogar.

Podemos clasificarlo como el acto único unas veces y de varios actos otras, según el medio comisitivo. La sola introducción, sin motivo justificado a una casa ajena, entrañara un acto único; en cambio, empleándose, por ejemplo, la furtividad, el engaño. etc., se darán varios actos.

Es el ilícito de naturaleza unisubjetiva, por no exigir el tipo del curso necesario e varios individuos, más puede operar el llamado "concurso eventual" o participación; esto no hace variar la clasificación de unisubjetividad.

Como la ley no precisa calidades especiales en los sujetos activo y pasivo, es un ilícito de sujetos comunes o indiferentes.

C.- TIPO Y TIPICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

Ahora bien, el tipo en el delito a estudio, se encuentra plasmado en el Título Décimo octavo, Delitos contra la paz y la seguridad de las personas, concretamente en el capítulo II del artículo 285 de nuestro Código Penal vigente que

establece: "Se impondrá de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o por engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada".(75)

Esta es la descripción que hace el legislador de la conducta que es considerada como delictuosa en el delito a estudio, o sea, el tipo de delito de ALLANAMIENTO DE MORADA, es uno de los llamados tipos completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos con engaños, furtivamente, etc.

(75) *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit. Pág 78.*

En relación al tipo en general, es pertinente agregar que no debe confundirse con la tipicidad; el tipo es la descripción de la norma en sí, en cambio la tipicidad es el encuadramiento de la acción o de la inacción al tipo descrito en la ley.

Los tipos se clasifican de distintas maneras, según los diversos criterios de los autores; nosotros trataremos de hacer la clasificación del tipo a estudio siguiendo el criterio de FERNANDO CASTELLANOS TENA.

Por su composición el delito de ALLANAMIENTO DE MORADA, es un tipo anormal, dado que se necesita interpretar algunos de sus conceptos; esto es, la descripción contiene no sólo elementos objetivos, tales como "engaño furtivamente".

Por su ordenación metodológica no es un tipo fundamental o básico, toda vez que no sirve de fundamento o otros tipos, tampoco lo encontramos agregado o subsumido a alguna otra figura; pero ello no descarta que pueda ser esencia o base de otros tipos penales que se lleguen a crear.

En función a su autonomía, es una figura independiente, pues tiene vida por sí, sin necesidad de depender de otro tipo.

Por su formulación es casuístico, dado que prevé varias posibilidades respecto a la forma de introducción y también respecto de las moradas que pueden allanarse.

En cuanto al resultado, indiscutiblemente estamos frente a un tipo de daño, pues la intención es atentar contra el bien jurídico que es precisamente la inviolabilidad del domicilio, la seguridad que debe tener todo sujeto en su habitación, que se menoscaba con el allanamiento.

Por otra parte, el tipo está compuesto por varios elementos que se desprenden de la descripción legislativa, tales como el bien jurídicamente protegido, el objeto material, los sujetos activo y pasivo, los medios de comisión, referencias temporales o especiales, así como los elementos subjetivos del injusto. Vamos a hacer referencia a ellos, desprendiéndonos de la redacción del artículo 285 de nuestro Código Penal vigente.

Desde luego el bien jurídicamente protegido es la libertad y la seguridad de las personas; se funda, según la generalidad de los autores en este concepto: inviolabilidad del domicilio, y en este sentido, sólo lo cometen los que invaden contra la voluntad del morador, sin proponerse ningún otro objeto que modifique dicho concepto y sea determinante de delito distinto, especialmente previsto en la ley penal.

Afirmamos que es el bien jurídicamente protegido la seguridad de las personas, en virtud de quien ve allanado su domicilio, se ve mermado en su seguridad y aún en su libertad; consideramos que es correcta la ubicación del artículo 285 en el Título Décimo octavo de nuestro Código Penal vigente que se denomina Delitos Contra la paz y la Seguridad de las personas, pues tal rubro hace referencia a los bienes tutelados jurídicamente.

Ha quedado asentado el objeto de la tutela jurídica; ahora bien; el tipo en cuestión no requiere alguna calidad específica respecto de los sujetos activo y pasivo, por lo que consideramos que es de los llamados tipos de sujeto común o indiferente.

La disposición que hace el legislador en el artículo 285 no exige referencias temporales, pero sí requiere especiales, dado que tiene que cometerse en un lugar determinado, o sea en un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada; igual exige el tipo medios comisivos específicos, señala de que la introducción sea furtiva o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo; en consecuencia, sí existe referencia a medios masivos específicos en el artículo 285. El tipo alude a una especial antijuricidad al emplear los términos: sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuere de los casos en que la ley permita.

Entre ausencia de tipo y atipicidad existe una diferencia, la ausencia de tipo se da cuando el legislador no describe una conducta y por tanto no se considera como delito; en cambio la atipicidad se presenta cuando habiendo tipo, la conducta no se acomoda a él. Las causas de atipicidad para CASTELLANOS TENA, son:

- a) "Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley;
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos;
- f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad "especial".(76).

En ocasiones el legislador, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo o en ambos; por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (artículo 220 del Código Penal de 1931).

(76) CASTELLANOS TENA, *Fernando*, *LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL*, *Op. Cit.* Pág. 175.

Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en el delito patrimonial. Representará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico). El artículo 302, dice: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". (77).

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica: por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho "en despoblado"; "con violencia", etc. (por ejemplo: el tipo del delito de asalto, a que se refiere el artículo 286). Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, están han de verificarse para la integración del ilícito; verbigracia "por medio de la violencia física o moral".. como en el caso de la violación (artículo 265).

(77) Código Penal. Op. Cit. Pág. 80.

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas de la voluntad de la gente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc.

En cuanto al ASPECTO NEGATIVO, ya antes hemos indicado que sino se realiza de un modo plenario en la vida práctica la hipótesis descrita en el artículo 285, estaremos frente a la atipicidad. La atipicidad puede presentarse en el caso en la misma morada, cuya tutela o seguridad constituye el objeto jurídico.

En el caso a estudio no opera la atipicidad por ausencia de calidades en los sujetos activo o pasivo, por no requerirse en el artículo 285; en cambio, puede presentarse este aspecto negativo si no se da la exigencia relativa a la referencia espacial que incluye el precepto en cuestión, o sea, que la introducción se efectúe no en un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada, sino en otro lugar.

Asimismo, existirá atipicidad si no se efectúa la introducción o el allanamiento por los medios

expresamente señalados por el legislador, o sea furtivamente con engaño, violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo.

Hay que hacer mención especial al tipo del delito de allanamiento de morada, que en su descripción capta como antes dijimos, una especial antijuricidad, al señalar que la conducta, o sea, la introducción se efectúe sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, lo que nos lleva a concluir que al obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y estas causas que en otros delitos serían de justificación, en el delito de allanamiento de morada se tornan en atipicidades.

ILICITUD Y JUSTIFICACIÓN. Si es en la ley en donde el Estado establece los requisitos indispensables para que la vida comunitaria sea posible, indudablemente todo comportamiento típico es antijurídico, dado que en los tipos penales el legislador establece las prohibiciones y mandatos para que pueda desarrollarse la vida en sociedad; cuando un individuo realiza el comportamiento que los tipos respectivos establecen, efectúa algo contrario al orden jurídico; pero a veces la misma ley tiene interés en que el sujeto efectúe la conducta típica, por

no existir otro medio o por que de no hacerlo se acarrearían males mayores y es entonces cuando faculta o permite efectuar la conducta típica; por ello es indispensable, al definir el delito añadir la nota de antijuricidad; si el Estado no permitiera, por excepción, efectuar comportamientos típicos, bastaría decir que el delito es una conducta típica y culpable, mas por lo que hemos expuesto, conviene agregar el factor de antijuricidad, esto es, de oposiciones concreta del hecho realizado con el valor tutelado en el tipo correspondiente. Entonces la antijuricidad puede distinguirse como la oposición de la conducta a los valores concretos que el tipo relativo protege o ampara. El PROFESOR ARGENTINO SEBASTIAN SOLER, indica que nadie ha expresado con más elegancia que CARRARA ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, al afirmar que el delito es una disonancia armónica pues en la frase se señala, de modo preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora.

El penalista mexicano CELESTINO PORTE PETIT, considera que una conducta es antijurídica, cuando siendo típica, no ésta protegida por una causa de justificación. (78).

D.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

Debemos hacer notar que el tipo del delito de ALLANAMIENTO DE MORADA es muy especial, en cuanto contiene elementos subjetivos del injusto y hasta una antijuridicidad especial. En efecto, las expresiones SIN MOTIVO JUSTIFICADO, fuera de los casos en que la ley lo permita", "sin permiso", etc., son demostrativas de una especial antijuridicidad; lo cual significa que la conducta descrita es en general permitida y solo se vuelve ilícita al matizarse con el contenido de tales frases; en consecuencia, en este delito, las causas de justificación

(78) PORTE PETIT CANDAUDAP, *Celestino, PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL México, 1959 . Pág 160.*

no operan como eliminatorias de la antijuridicidad, según sucede comunmente en casi todos los delitos, sino como causas de atipicidad.

En efecto examinemos por ejemplo la legítima defensa en el delito a estudio. Por ejemplo un sujeto, con el fin de librarse de un peligro real y efectivo que se cierne sobre su vida, se introduce en una morada ajena sin permiso del morador.

Si para colmar el tipo precisa de un actuar "sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita", y en la legítima defensa sin duda algunas se efectúa siempre con motivo justificado, podemos afirmar que en consecuencia que su presencia impide la integración al tipo.

Tomando en cuenta que no pretendemos negar la posible existencia de la legítima defensa en el estudio, sino que diferencia de lo que ocurre comúnmente con otros delitos, por ser el allanamiento de morada tan sui géneris, no obra como eliminatoria de la antijuridicidad sino que actúa como verdadera causa de atipicidad.

En síntesis podemos afirmar que toda conducta típica es antijurídica, a menos que se encuentre amparada o protegida por una causa de justificación. Por tanto en términos generales, siempre será ilícita la introducción en un lugar de los señalados. Por excepción, las conductas típicas, carecen de ilicitud frente a una justificante. En nuestro delito se da una antijuridicidad en el ALLANAMIENTO DE MORADA, por necesitar el tipo de una ejecución sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, por medio de furtividad, engaño o violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo.

Al sumarse al tipo, lleva ya implícita la antijuridicidad, agregando que hoy en día como ya quedo asentado en páginas anteriores las causas de justificación siguen siendo tratadas por la doctrina; sin embargo el Código Penal en su artículo 15 señala como causas de exclusión del delito.

LEGITIMA DEFENSA.- La defensa legítima radica en repeler una agresión antijurídica y actual, sin traspasar los límites necesarios para la protección. Según VON LISZT, la defensa legítima consiste en la defensa necesaria para

repeler un ataque actual y contrario a Derecho, mediante una agresión contra el atacante. (79)

Sería inútil, transcribir diversas definiciones, dado que todas ellas coinciden en que obra en legítima defensa quien repele una agresión actual e inminente contraria a Derecho, sin traspasar los límites indispensables para la protección.

La Ley Mexicana considera que se puede obrar no sólo en defensa de la persona, del honor o de los bienes, sino de las personas, honor y bienes de terceros, repeliendo una agresión con las características que señala la fracción IV del artículo 15 del Código Penal vigente. Esta causa de justificación se fundamenta debidamente como expresa CASTELLANOS TENA , ya que ha sido reconocido inclusive en el Derecho Canónico; este autor, considera que aún se discute el verdadero fundamento de esta causa de justificación y alude a la ESCUELA CLÁSICA, para la cual la defensa legítima descansa en la necesidad, ante la imposibilidad de que en un momento dado el

(79) VON LISZT, Franz, TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO II, Madrid 1927, Pág. 332

Estado acuda en auxilio del injustamente atacado para evitar la consumación de la agresión, siendo lícito y justo que él se defienda; o sea, que la defensa privada es substitutiva de la pública. Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, será lícito cuando se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

ESTADO DE NECESIDAD.-

SEBASTIAN SOLER, indica que el estado de necesidad es una situación de peligro para bien jurídicamente protegido que sólo es salvable mediante la violación de otro bien jurídico.(80)

El legislador mexicano reglamenta el estado de necesidad en la fracción V del artículo 15, justamente con el miedo grave y el fundado temor. Desde luego la fórmula es censurable por incluir en una fracción eximente de naturaleza diversa; por otra parte, respecto del estado de necesidad no hace distinción alguna en cuanto al valor de los bienes en conflicto, limitándose a expresar que es circunstancia excluyente de

(80) Cfr. CASTELLANOS TENA, *Fernando Op Cit*, Pág. 203

responsabilidad la necesidad de salvar la propia persona o los bienes o las personas o bienes de otro, de un peligro real, grave inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

Es interesante hacer hincapié en que en la doctrina se distingue el valor de los bienes en conflicto, estimándose causa de justificación únicamente en el caso en el cual se sacrifica un bien menor para salvaguardar otro de mayor entidad, pues sólo entonces cobra vigor el principio de interés preponderante.

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. la fracción VI del Artículo 15 establece como causas de exclusión del delito (o causa de justificación), obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, manifiesta que el deber puede ser resultante de un empleo o cargo, autoridad o función pública del agente, o bien de una obligación general como en el caso de que un particular aprehenda a un delincuente infraganti o impida la consumación de un delito. El

ejercicio de un derecho reconocido legalmente, no es en general dice el mismo penalista, sino el aspecto positivo del problema.

IMPEDIMENTO LEGITIMO.- Antes de las reformas del 10 de enero de 1994, nuestra ley penal establecía el impedimento legítimo como una excluyente de la responsabilidad, señalándose como tal, contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda.

Este justificante radica en abstenerse de actuar, aún cuando ello se llene el tipo penal, teniéndose la obligación de realizar el hecho, mas por impedirlo otra disposición normativa de carácter superior, ocurre la abstención. Indudablemente, en este caso también impera el principio del interés preponderante a virtud de la jerarquía de normas.

Debe decirse que en el delito a estudio se presenta un fenómeno curioso, toda vez que no podemos admitir las causas de justificación respecto del delito de allanamiento de morada. En efecto, tomando en cuenta que el tipo descrito en el artículo 285 establece que se aplicarán las sanciones al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o

con engaño o con violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, A UN DEPARTAMENTO, VIVIENDA, O APOSENTO O DEPENDENCIA DE UNA CASA HABITADA, estamos en presencia de una antijuricidad plasmada expresante en la descripción típica, y si se presenta el caso de que algún sujeto allane o se introduzca con un motivo justificado, con el permiso legal, o bien con orden de autoridad competente, no se puede hablar de causa de justificación, o sea del aspecto negativo del elemento antijuricidad, si no de una causa de atipicidad; en efecto, no se está eliminando la oposición al Derecho sino lo que se elimina es la atipicidad, ya que no se está a lo dispuesto por el artículo 285 del Código Penal pues no se efectúa el amoldamiento de la conducta a la descripción legal. Es por eso que no encuentran aplicación en la especie la legítima defensa, además de que no es dable pensar que sea un medio para reaccionar contra un ataque injusto la introducción furtiva, violenta o engañosa alguna morada aunque sea posible pensar en que por una reacción a un ataque injusto, se produjera la introducción violenta a una morada, pero como la causa sería justificada, no sería justificada, no sería una causa de justificación, sino de atipicidad. Asimismo en el estado de necesidad no pueden operar como causas de justificación, el impedimento legítimo, el cumplimiento de un deber, el ejercicio

de un derecho, la obediencia jerárquica, por las razones que hemos apuntado.

De vital importancia es resaltar las características importantísimas en el delito de estudio, o sea, que las causas de justificación que en otros delitos se pueden presentar, en el delito a estudio son causas de atipicidad.

E.- IMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.- La imputabilidad es la capacidad de entender y querer. Al respecto debemos señalar que algunos autores piensan que la imputabilidad es un elemento autónomo del delito; nosotros consideramos la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; CASTELLANOS TENA, dice:

"Para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo

conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretende algunos especialistas". (81).

CARRANCA Y TRUJILLO, señala que "será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente, por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (82).

(81) CASTELLANOS TENA , *Fernando*, *Op Cit.* Pág 217 y 218.

(82) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, *Raúl*, *DERECHO PENAL MEXICANO*, Tomo I, *Op Cit.* 1195.

Pág. 222

Se ha dicho que la imputabilidad está representada por la edad y por la salud mental, así pues, los menores de edad no pueden ser imputables, ni tampoco los que estén afectados de la mente.

JIMÉNEZ DE ASUA, cuando de refiere a la imputabilidad, también la considera un presupuesto de la culpabilidad y señala: "Al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad, como requisito del crimen, a fin poder mejor la base de la culpabilidad." (83).

FRANZ VON LISZT, ha definido la imputabilidad como "la capacidad de comportarse socialmente; como la facultad de determinación moral y por cuya razón es punible el hombre con desarrollo mental y mentalmente sano".(84).

Es pues, la imputabilidad la capacidad de ser culpable, o sea la aptitud para delinquir. Esa capacidad para delinquir presupone que el sujeto debe tener las necesarias facultades de entender y de querer en el campo jurídico penal.

.....
(83) Cfr. LÓPEZ BETANCOURT , Eduardo, *Op Cit.* Pág.170, 171, 172 y 173.

(84) Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Op Cit.* Pág 192.

Si en el Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, también en el campo jurídico penal todos los sujetos son imputables, excepto los que la ley de modo expreso señala como carentes de la necesaria capacidad de entender y de querer.

En el delito de allanamiento de morada, la imputabilidad consistirá en la capacidad del sujeto para entender y querer su conducta, actuando como lo provee el artículo 285 del Código Penal; todos pueden cometer el ilícito, excepto los inimputables.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad; son inimputables todos aquellos que no tengan capacidad de querer y entender su conducta. Y las causas son las siguientes:

- a) Trastorno Mental
- b) Desarrollo Intelectual Retardado.
- c) Miedo Grave.
- d) Minoría de Edad. (85)

(85) AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. DERECHO PENAL, Op Cit.
Pág.81.

F.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA.

Para entender el tipo de ALLANAMIENTO DE MORADA hay elementos subjetivos del injusto tales como son las expresiones: furtivamente, con engaño, violencia, el solo tipo agota todo el delito, pues esas formas comisivas implican, necesariamente, la culpabilidad a título doloso; ello significa que en este delito, a la inversa de lo ocurrido en la mayoría, la ejecución del típico comportamiento configura, en plenitud, el delito mismo.

Cuando se ejecuta por otra vía, sin furtividad, ni engaño, ni coacción moral, sino simplemente con ausencia del consentimiento de la persona autorizada para darlo, la realización de la conducta no basta para integrar la culpabilidad, en dicho caso es preciso constatar si el agente obró con dolo o culpa, formas que reviste la culpabilidad.

CUELLO CALON, afirma: "dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso". (86)

Por lo general las definiciones dadas en torno al dolo por los diferentes autores coinciden en señalar o hacer referencia a lo que es esencial en el dolo, sus dos elementos: conocimiento o elemento intelectual y voluntad o elemento volitivo.

(86) *CUELLO CALON, Eugenio, DERECHO PENAL, Novena edición, editora Nacional, 1961. Pág. 441.*

En el delito de allanamiento de morada el elemento volitivo consiste en el propósito de introducirse en la morada ajena y, el elemento intelectual, radica en el conocimiento de que se actúa contra la voluntad del morador.

En lo relativo a las diferentes especies de dolo, los tratadistas no se han logrado poner de acuerdo. Así se habla en la doctrina de dolo indirecto, dolo directo, eventual, indeterminado, específico, calificado, alternativo, genérico, etc.

Por lo general el delito de allanamiento de morada viene a ser con dolo, especialmente si se ejecuta mediante furtisIÓN es sinónimo de clandestinidad y si nos referimos al delito a estudio abarca la introducción oculta, secreta, sigilosa o a hurtadillas, a un departamento o vivienda, aposento de la casa que se esta habitando.

También la violencia constituye un medio de ejecución de este delito, en virtud que el artículo 285 lo estatuye expresamente en los siguientes términos: "al que... se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia."

La violencia puede ser física o moral, es decir, el agente puede emplear la intimidación o amenaza sobre la persona que tiene derecho a oponerse a que se allane su domicilio, aposento o morada, o bien puede emplear la fuerza material, o sea ocurrir las dos formas.

a) Un estado de trastorno mental transitorio o permanente.

b) Así mismo, no son imputables los que padezcan desalineación mental.

c) Los menores de dieciocho años También son reconocidos como sujetos privados de capacidad de culpabilidad, o sea, inimputables. Igualmente los sordomudos.

d) Por miedo grave.

El delito de allanamiento de morada tal como ya lo hemos precisado, debe ser ejecutado por personas que tengan la capacidad jurídica para ser culpables; claro está pueden presentarse en la figura a estudio cualquiera de las

circunstancias que se han señalado como causas de inimputabilidad en cuya situación no se podrá presentar el delito, debido a la ausencia del presupuesto substancial de la culpabilidad.

Es fácil ejemplificar, de modo que no es difícil pensar en que una persona se introduzca furtiva, engañosa o violentamente a una morada por sobrevenirle un trastorno mental de carácter transitorio, no producido dolosa o culposamente; igual situación puede ocurrir respecto de un loco, de un sordomudo o de alguien que sufra un miedo grave.

G.- PUNIBILIDAD

Para GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ, hay identidad entre las llamadas "cuestiones prejudiciales" y las "condiciones objetivas de punibilidad", así como con los "requisitos de procedibilidad", indica el autor que quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad, lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista

procesal. (87).

Por su parte CASTELLANOS TENA, después de insistir que las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito, expresa que si la contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan, constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Indica que es suficiente la existencia de un delito en tales condiciones, para demostrar que las mismas no adquieren el rango de elementos esenciales. También enseña que no existe delimitada con claridad en la doctrina, la naturaleza jurídica de la condicionalidad objetiva, pues frecuentemente se le confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los llamados delitos privados; o bien, con el de fuero previo de determinados casos. Dice que generalmente define las condiciones objetivas de punibilidad como aquéllas exigencias ocasionalmente establecidas

(87) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*, Décima Primera Edición, Ed. Porrúa S.A. México 1989.

por el legislador, para que la pena tenga aplicación; pone como ejemplo la previa declaración judicial de quiebra por estar en condiciones de proceder por el delito de quiebra fraudulenta.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como se puede apreciar desde el Derecho Romano el Domicilio ha sido una institución que ha estado protegida en un principio con un carácter religioso.

SEGUNDA.- En los demás países como en Alemania, España y Francia concretamente en este último, le dio una protección al domicilio como se puede observar en la declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789.

TERCERA.- La teoría del delito tratada magistralmente por diversos autores expertos en materia penal, ha realizado una función transcendente en la práctica, dado que el juzgador podrá emitir resoluciones conforme a derecho si toma en cuenta sus elementos esenciales.

CUARTA.- La conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad y la culpabilidad, para mí son los elementos indispensables para integrar el delito de allanamiento de morada de parte del órgano investigador representado por el Ministerio Público.

QUINTO.- El juzgador una vez que se le pone a su disposición una consignación y concretamente al delito de Allanamiento de Morada, este debe analizarse y revisar minuciosamente si los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado se encuentran integrados para así determinar dentro del término constitucional.

SEXTA.- Ahora bien los instrumentos jurídicos de carácter internacional han influido en nuestro derecho, tanto es así, que en nuestra Constitución se han incorporado partes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U., Asamblea General de 1948.

SEPTIMA.- En el Distrito Federal, considero que al igual que otras entidades federativas

tendrán que reformar su legislación penal dado que su punibilidad es reducida.

OCTAVA.- Hay que apreciar que en el Código Penal para el estado libre y soberano de México, la sanción es superior al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común.

NOVENA.- En la actualidad se detecta que la delincuencia día a día se va incrementando concretamente los robos a casa habitación y por lo general se hace furtivamente y con violencia.

DECIMA.- Por esta razón mi preocupación ha ido en incremento por que si es bien cierto que el domicilio ha sido considerado como una lugar sagrado y como tal inviolable en la realidad no sucede.

PROPUESTA .

Una vez concluida la investigación sobre el **DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA**, hago la siguiente propuesta consistente en reformar el **Artículo 285 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.**

1.- Se impondrán de ocho meses a seis años de prisión y de 10 a 180 días - multa - al que sin causa justificada, sin mandamiento de autoridad competente, empleando engaños, fuera de los casos en que la ley lo permita, o sin el consentimiento de la persona que lo deba otorgar, se introduzca en casa habitación ajena, o permanezca en ella, sin la anuencia de quien tenga facultad de darla.

2.- También se impondrán de tres a ocho años de prisión y de veinte a doscientos días -multa, si el allanamiento se realiza furtivamente;

3.- De seis a doce años de prisión y de treinta a cuatrocientos treinta días - multa, si el medio empleado fuere la violencia en cualquier grado;

4.- Y de ocho a quince años de prisión y de cuarenta a quinientos días - multa, si lo comenten dos o más personas, que deba de imponerse al que se introduzca a un domicilio sin previo permiso de la persona autorizada para ello.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

CONSULTADA

DOCTRINA

- 1) **AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G.,**
"DERECHO PENAL", Curso 1º y
2º, Ed. Harla, 1995.

- 2) **BAUMAN Jurgüen, Derecho Penal,**
"CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y SISTEMAS",
Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

- 3) **BONNECASE, Julien,**
"TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO
CIVIL",
Colección Clásicos del Derecho, Ed. Harla, México
1993.

- 4) **CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Raúl**
CARRANCA Y RIVAS,
"DERECHO PENAL MEXICANO",
Ed. Porrúa, S.A., México, 1995.

- 5) **CARRARA, Francisco.**
"PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL".
Parte Especial, Tomo IV., Ed. Temis. Bogotá. 1968.

- 6) **CASTELLANOS TENA, Fernando,**
"LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL
DERECHO PENAL", Parte General,
Trigésima quinta edición,
Ed. Porrúa S.A., México 1995.

- 7) **COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO,**
"DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES",
Décima Primera Edición,
Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

- 8) **"CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS**
UNIDOS MEXICANOS",
Ed. Sista S.A. DE C.V., México, 1996.

- 9) **"CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**
EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA
REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL",
Ed. Sista S.A. de C.V. Tomo I , 1987.

- 10) **CUELLO CALON, Eugenio.**
"DERECHO PENAL",
Parte Especial.

- 11) **"DECLARACIÓN FRANCESA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL CIUDADANO" (1789),**
Ed. Sista S.A. de C.V. México, 1996.

- 12) **"DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS",**
(O.N.U.), Asamblea General 1948,
Ed. Sista S.A de C.V., México, 1996.

- 13) **"DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO",**
Ed. Porrúa, México 1995.

- 14) **FLORIS MARGADANT, S. Guillermo,**
"EL DERECHO PRIVADO ROMANO",
Décima quinta edición, Ed. Esfinge S.A. DE C.V.
México 1988

- 15) **GARCÍA BAUER, Carlos,**
Los Derecho Humanos,
"PREOCUPACIÓN UNIVERSAL",
Guatemala, Ed. Universitaria, 1960.

- 16) **GÓMEZ, Eusebio,**
"TRATADO DE DERECHO PENAL",
Tomo III.

- 17) **GUTIÉRREZ- ALVIZ Y Armando, Faustino,**
"DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO",
Tercera edición, Ed. Reus S.A., Madrid, 1982.

- 18) **JIMÉNEZ DE ASUA, Luis,**
"PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL", La
Ley y el Delito, Tercera edición,
Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

- 19) **LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo,**
"TEORÍA DEL DELITO",
Segunda edición, Ed. Porrúa S.A. México 1995.

- 20) MAGGIORE, Giuseppe,**
El Derecho Penal, "EL DELITO",
12ª edición, Ed. Temis Bogotá, 1989.
- 21) MEZGER, Edmundo,**
"DERECHO PENAL",
Ed. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1995.
- 22) PORTE PETIT, Celestino ,**
"APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL
DE DERECHO PENAL",
Ed. Porrúa, S.A., México, 1994.
- 23) SEBASTIAN SOLER "La estructura del concepto de**
culpabilidad versión Castellana" .
Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile,
1966".
- 24) TENA RAMÍREZ, Felipe,**
"LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO",
1808-1995, Décimo novena
Edición (actualizada), Ed. Porrúa S.A., México, 1995.

- 25) VELA TREVIÑO, Sergio,**
"CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD, TEORÍA
DEL DELITO",
Ed Trillas, México.
- 26) VON LISZT, Franz,**
"TRATADO DE DERECHO PENAL", Tomo I,
Tercera edición, Instituto,
Ed. Reus S.A., Madrid S.A.
- 26) ZAFFARONI, Eugenio Raúl,**
"TRATADO DE DERECHO PENAL", Parte
General, Tomo IV,
Ed. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988.

LEGISLACIÓN

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS,
Editorial Sista, S.A. de C.V. 1996.**

- **CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA
REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL,
Editorial Sista, S.A. de C.V., 1996.**