

227



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

“LA SUPRESIÓN DEL ALLANAMIENTO DE MORADA COMO DELITO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

2230

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
DAVID JORDAN RIOS

ASESOR: LIC. JOSE HERNÁNDEZ RODRIGUEZ





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

POR EL APOYO DURANTE MI VIDA PROFESIONAL, HE IMPULSARME PARA SALIR ADELANTE EN TODOS AQUELLOS OBSTÁCULOS QUE SE PRESENTARON, AGRADECIÉNDOLES POR LA OPORTUNIDAD QUE ME DIERON PARA DEMOSTRARLES QUE PUEDO SER UNA BUENA PERSONA Y DESARROLLARME CONFORME A LOS PRINCIPIOS QUE ME INCULCARON DURANTE MI EDUCACIÓN POR LO QUE HOY AL TERMINAR CON MIS ESTUDIOS PROFESIONALES ME SIENTO ORGULLOSO DE HABERLES DADO LA SATISFACCIÓN DE VERME COMO UNA PERSONA UTIL A LA SOCIEDAD Y DIGNO HIJO SUYO, POR ESO AL CONCLUIR MI CARRERA QUIERO DEDICÁRSELAS, NO PUDIENDO PAGARLES CON NADA TODOS LOS SACRIFICIOS QUE ME BRINDARON, Y HACERLES VER QUE NO FUERON EN VANO.

ASIMISMO QUIERO HACERLES PARTICIPE DE LA ELABORACIÓN DE ESTE TRABAJO, YA QUE SIN SUS IMPULSOS Y PORQUE NO "REGAÑOS", NO HUBIERA PODIDO ELABORARLO Y DARLES LA TRANQUILIDAD Y EL ORGULLO DE SABER QUE HAN FORMADO UNA PERSONA PROFESIONISTA QUE ES PARTE DE USTEDES.

PERO SOBRE TODO GRACIAS A DIOS POR HABERME DADO UNOS PADRES COMO USTEDES Y CONSERVARLOS JUNTO A MI DURANTE TODO ESTE TIEMPO "LOS QUIERO MUCHO".

A MIS PROFESORES

DEDICO EL PRESENTE TRABAJO A USTEDES, YA QUE EL ESTAR DENTRO DE ESTA INSTITUCIÓN Y A NOSOTROS COMO ALUMNOS FORMAR PARTE DE LA MISMA Y ADQUIRIR LOS CONOCIMIENTOS QUE NOS PLASMAN DURANTE LA FORMACIÓN PROFESIONAL AUN SACRIFICANDO TIEMPO DE SUS VIDAS PARA DARNOSLO A NOSOTROS LOS ESTUDIANTES POR ESO ESTE TRABAJO DE TERMINACIÓN ES HECHO PRÁCTICAMENTE POR USTEDES Y POR ESO ES DIGNO DE OFRECÉRSELOS COMO UNA MUESTRA A SU DEDICACIÓN A NOSOTROS COMO ALUMNOS Y AGRADECERLES TAMBIÉN Y COMPARTIR CON NOSOTROS SUS ENSEÑANZAS Y SUS EXPERIENCIAS DURANTE LA VIDA PROFESIONAL, Y DEBEN DE ESTAR SEGUROS QUE LO QUE APRENDI EN ESTA INSTITUCIÓN GRACIAS A USTEDES SERA OCUPADO EN BIEN DE NUESTRA SOCIEDAD.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS

**YA QUE SON LAS PERSONAS
QUE TE ALIENTAN PARA
LOGRAR TUS METAS**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**POR BRINDARME UN LUGAR DENTRO
DE LA INSTITUCIÓN Y DEMOSTRAR
QUE PUEDO SER UN CIUDADANO
CON UNA EDUCACIÓN FIRME**

INTRODUCCIÓN

La finalidad del presente trabajo recepcional , estriba en proponer la derogación del artículo 285 del Código Penal para el Distrito Federal , que regula el allanamiento de morada , en virtud de que quien se introduce sin consentimiento sin orden de autoridad competente , de manera furtiva o con engaño o con violencia , o sin permiso de la persona autorizada para darlo , no lleva a cabo tal acto únicamente para introducirse en determinado departamento , vivienda , aposento o dependencia de una casa habitada; sino que lo hace para cometer o llevar a cabo uno o mas delitos , o se convierte en un medio para ejecutar otros a demás del allanamiento ; por ello consideramos que el ilícito en análisis , únicamente se convierte en un mecanismo para poder realizar otros actos delictivos ; por esta razón el delito en estudio , resulta un agravante de otras conductas delictivas, por delios mas graves , por ejemplo el robo de casa habitación .

Pretendemos dejar muy claro que nuestra propuesta no la hacemos con el fin de establecer que el allanamiento de morada sea una conducta correcta

por el contrario , lo que queremos considerar es que en principio, por su naturaleza legal , es un delito de peligro y como tal , tiene una penalidad relativamente atenuada , no obstante que , por su esencia sea contemplada como un delito , el cual , una vez cometido, permite la comisión de mas ilícitos ; situación diferente a otros delitos de peligro que si tiene razón de ser , como por ejemplo la protección del arma prohibida delito que nace desde el momento en que un individuo (valga la redundancia) porta un arma de las que las leyes tienes establecidas como prohibidas o de uso exclusivo del Ejercito o de las Fuerzas Armadas de la Nación , independientemente de que esta arma la porte quizá para defensa propia y no tenga pasado , dicho sujeto , en cometer algún ilícito en especial con el arma que porta de manera indebida .

LA SUPRESIÓN DEL ALLANAMIENTO DE MORADA COMO DELITO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPITULO I

EL ALLANAMIENTO DE MORADA

A) Definición	47
B) Naturaleza Jurídica	50
C) Fundamento Legal	53
D) Base Constitucional	56

CAPITULO II

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

A) Conducta	58
B) Antijuridicidad	65
C) Tipicidad	72
D) Imputabilidad	78
E) Culpabilidad	81

CAPITULO III

EL ALLANAMIENTO DE MORADA Y SU UBICACIÓN COMO DELITO

A) Delito de Daño	94
B) Delito de Peligro	103
C) Análisis Personal	104

CAPITULO IV

PROPUESTA DE LA SUPRESIÓN DEL ALLANAMIENTO DE MORADA COMO DELITO DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A) El allanamiento de morada como un medio para la comisión de otros delitos	106
B) El allanamiento de morada como agravante en diversos delitos.	108
C) El allanamiento de morada subsumido por delitos graves	113
CONCLUSIONES.	116
BIBLIOGRAFÍA.	118

CAPÍTULO I

EL ALLANAMIENTO DE MORADA.

A efecto de otorgarle el marco jurídico y doctrinario a la presente investigación, consideramos oportuno ofrecer un panorama integral de lo que debemos entender por Derecho Penal y por Delito.

Franz Von Liszt, Maestro alemán, en su “Tratado de Derecho de Derecho Penal” conceptúa a nuestra materia, de la siguiente manera:

“Es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”.¹

El autor en mención, igualmente nos explica que:

“El Derecho Penal, en sentido objetivo, se llama también Derecho Criminal. En sentido subjetivo, Derecho Penal significa el Derecho de castigar, el jus puniendi.

“Es de notar que un Derecho Penal Público, en sentido subjetivo, sólo se puede hablar bajo el supuesto de que el poder de castigar por parte del Estado, ilimitado en sí, haya fijado

¹ LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducido por Quintiliano Saldaña. Editorial Reus Madrid s/f. Pág. 5.

Recordamos que, al hablar de la Punibilidad como elemento del Delito algunos autores lo consideran como consecuencia, influenciados por el pensamiento alemán, postura entendible, si quien la asume, tiene marcada influencia por lo explicado en las corrientes germánicas, por cierto fundamentales en diversos tópicos del Derecho Penal.

Raúl Eugenio Zaffaroni nos explica que debemos entender como Derecho Penal lo siguiente

“Con la expresión “derecho penal” se designan conjunta o separadamente dos entidades diferentes: 1) el conjunto de leyes penales, es decir, la legislación penal, o 2) el sistema de interpretación de esa legislación, es decir, el saber del derecho penal.

“Teniendo en cuenta esa duplicidad y sin pretensiones de dar una definición sino una simple noción previa, podemos decir provisionalmente que el derecho penal (legislación penal) es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor. En el segundo sentido, derecho penal (saber del derecho penal es el sistema de comprensión) o de interpretación del derecho penal.

“Cabe aclarar que hablamos de “saber de derecho penal” debido a la equivocidad y discusión en torno del carácter “científico” del mismo. No pretendemos abordar la discusión respecto del carácter científico del saber jurídico en general, pues no nos parece fundamental en cuanto a los interrogantes concretos y a las soluciones prácticas que nos demanda el problema penal.

“Cuando decimos que el saber del derecho penal “interpretar” le estamos asignando un carácter interpretativo, pero no estamos señalando con ello una característica propia del derecho penal y ni siquiera de cualquier ciencia jurídica, sino que se trata de una característica que es inherente a cualquier ciencia; la física interpreta los hechos concernientes al mundo físico, la biología los concernientes al mundo biológico, etc. El saber del derecho penal (o ciencia jurídico-penal) interpreta lo concerniente a la legislación penal. Cuando una ciencia interpreta -y todas lo hacen-, da lugar a un sistema de comprensión de su objeto (de lo que se interpreta), que en nuestro caso es el sistema de comprensión del derecho penal.

La legislación penal se distingue de la restante legislación por la especial consecuencia que asocia a la infracción penal (delito): la coerción penal, que consiste casi exclusivamente en

la pena. La pena se distingue de las restantes sanciones jurídicas (distinguiéndose así a la legislación penal de las restantes legislaciones: civil, comercial, laboral, administrativa ,etc.) en que procura lograr, en forma directa e inmediata que el autor no cometa nuevos delitos, en tanto que las restantes sanciones jurídicas tienen una finalidad primordialmente resarcitoria o reparadora”³

Por lo que podemos apreciar, el Maestro Zaffaroni también es seguidor del alemán Franz Von Liszt, no obstante su explicación es mucho más comprensible que la ofrecida por el traductor de la obra del ilustre autor de referencia, resaltan de su amplio concepto la idea del saber del Derecho Penal.

Saber Derecho Penal, para quien elabora este trabajo de investigación, resulta fundamental, porque se debe dominar cabalmente ese rubro, es decir que no se trata de referirse a artículos del Código Penal o de Procedimientos Penales, sino que en principio se debe desarrollar una labor interpretativa de los aspectos básicos del Derecho Penal que según nuestro particular punto de vista, uno de ellos lo constituye la Teoría de referencia

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Editorial Cárdenas editores. México 1986. Págs. 41 y 42

Zaffaroni, nos sitúa en un campo muy interesante y trascendente, no solo del Derecho Penal, que es el objetivo de este análisis, sino de todas las Ciencias. la comprensión y justo por esa razón, nos motivamos a la realización de este trabajo terminal, porque, nos hemos dado cuenta que quienes tienen que ver con el Derecho Penal en su aspecto práctico, es decir, que litigan, no saben Derecho Penal en los aspectos básicos doctrinarios, por no dominar la Teoría del Delito, que resulta fundamental para quienes viven de esta rama jurídica, aplicando la teoría a la práctica; sosteniendo que son muy diferentes, lo cual pensamos es una falacia pues quien domina la Teoría en mención cabalmente, puede desempeñar cualquier función dentro de lo amplia gama que el Derecho Procesal Penal abarca, en virtud de manejar la interpretación de la ley penal.

Lo explicado, nos permite manifestar nuestro total acuerdo con lo expresado por Zaffaroni, el cual por otro lado, tiene la rara virtud de explicar con sencillez algo que para otros resulta muy complicado de dar a entender.

Juan Bustos Ramírez, por su parte explica lo siguiente con relación al Derecho Penal:

“La historia del derecho penal no ha sido pacífica ni siquiera en lo referente a su denominación. Primitivamente se hablaba del *jus criminale* o *jus poenale*. Es así como en Alemania, al deslatinizar estos vocablos se emplearon las voces *Kriminalrecht* y *Penliches Recht*. Lo cual a su vez denotaba diferentes significaciones respecto del derecho penal. *Penliches* hacía referencia a la idea de expiación; en cambio *Kriminalrecht* tenía un sentido más descriptivo, pues englobaba todas las disposiciones referentes al crimen. En el fondo, desde un principio se ha puesto el acento en una u otra de las sustancialidades a las que está referido el derecho penal. En todo caso parece que fue un discípulo de Christian Wolff, Regnerus Engelhard, quien primero utilizó la expresión “derecho penal” (“*Strafrecht*”) en 1756, y que posteriormente se popularizó, especialmente con la promulgación del *Code Pénal* francés de 1810.

Haus hace resaltar el carácter eminentemente descriptivo que habría tenido la expresión “derecho criminal” pues su función habría sido englobar materias de diferente naturaleza referidas al crimen, esto es, tanto sustanciales como procesales. En lo cual no deja de tener razón, pues, por ejemplo, en la literatura francesa hasta nuestros días, cuando se quiere englobar ambos aspectos se utiliza la expresión *droit criminel* en

vez de *droit pénal* También en la historia del derecho penal español se observa esa tendencia. Es así como el “Plan de Código Criminal de 1787” recoge tanto cuestiones sustanciales como procesales, en tanto que el Código Penal de 1822 solo las primeras.”⁴

Juan Bustos Ramírez, al igual que Zaffaroni, es un seguidor fiel de la corriente alemana del Derecho Penal, por referirse a autores de dicha nacionalidad de manera continua, situación que completaremos al seguir revisando sus interesantes afirmaciones:

“Actualmente Maurach Zipf pretenden dar un contenido más profundo que el mero cambio descriptivo a este cambio de terminología de *derecho criminal* a *derecho penal*, en consonancia con el paso del Estado absoluto al Estado de Derecho. Sería la separación de lo regido exclusivamente por el arbitrio de lo soberano y lo que parece necesariamente ligado a la ley.

“Se trataría del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este planteamiento, que sin duda es seductor, no parece, sin embargo, tener una sustentación tan clara como el de

⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá Colombia, 1986. Págs. 3 y 4.

Haus, ya que, por ejemplo, el propio Feuerbach, que es quien da expresión al principio de legalidad utilizaba, no obstante, la denominación derecho criminal.

“En verdad lo que pareciera claro en este paso de derecho criminal a derecho penal, es la intencionalidad de poner el acento en el carácter sancionador de este derecho como su rasgo más distintivo y definitorio, superador entonces de una tendencia meramente descriptiva o fenomenológica (lo criminal). En tal sentido, el verdadero cambio importante es el abandono de la idea de la expiación (*penilich*) por la de castigo expresada por la voz “pena” que si entonces iría íntimamente ligada a la concepción de un Estado de derecho y al principio *nullun crimen nulla poena sine lege*. Hay que señalar, sin embargo, que últimamente de nuevo la voz criminal ha surgido como una forma de acentuar el carácter sancionatorio y básico del derecho penal tradicional, y por eso los autores hablan de derecho penal criminal y de derecho penal administrativo, lo cual , además parece ligado a una compleja y ya larga discusión sobre si hay una diferencia solo cuantitativa o también cualitativa entre ambos tipos de derecho penal. En definitiva, pues, las dos voces vuelven a aparecer, pero ahora unidas, con el objeto de dar claramente a entender la entidad o gravedad de la materia que se abarca.

“Pero, evidentemente, dentro de su corta historia, los problemas más hondos con los cuales se enfrentó la denominación derecho penal fueron los surgidos a raíz de la aparición de la escuela positiva italiana. Con ella entró en crisis la pena, ya que ésta se vio en la imposibilidad de abarcar las llamadas medidas de seguridad que propugnaban los positivistas. Por ésta razón, y con el objeto de salvar esa dificultad, se utilizó la voz *sanción*; así por ejemplo, claramente, el Código Penal colombiano de 1936, derogado en 1981, que bajo la influencia del positivismo incluyó en el Código las medidas de seguridad junto a las penas.

“Ahora bien, el triunfo del dualismo tendió a mitigar los efectos de esta problemática y a buscar más bien una solución práctica, en el sentido de colocar por vía especial y excepcional las medidas de seguridad dentro del Código Penal, con lo cual, como consecuencia directa, se evitaba el cuestionamiento del nombre, por ello, en modo alguno, silenciaba el hecho de que con la denominación de derecho penal, había una referencia explícita y directa a las penas y no a las medidas de seguridad, que sólo aparecían aludidas por oposición. En todo caso, así como “lo penal” y “lo criminal” surgieron como conceptos de contenido diverso que han terminado, sin embargo, juntándose, también el dualismo de pena y medida tiende a convertirse en un monismo conceptual, tanto porque la medida implica como la pena una

actividad represora, como porque a la pena se le da un contenido preventivo específico.

“De todos modos, los embates del positivismo y de las directrices conectadas a él, no sólo cuestionaron la pena como tal, sino la concepción misma del derecho penal. Ello llevó entonces a la búsqueda de denominaciones totalmente sustitutivas, una de ellas, la más difundida, fue la de defensa social. Consecuentes con tal línea de pensamiento los legisladores cubanos del año de 1936 denominaron a su Código “Código de Defensa Social”, el que sólo vino a ser derogado y sustituido por un “Código Penal” en 1979. En España, quien asume esos planteamientos, con consecuencia y originalidad es Dorado Montero, con su *Derecho Protector de los Criminales*.

“En verdad, la tendencia positivista pronto atempera su posición que iba dirigida tanto como contra lo penal, como lo jurídico y ello ya en sus orígenes; como en el caso de Ferri, que denomina su obra postrera *Principios de Derecho Criminal* en la que reconoce la importancia de lo que el llama la “anatomía jurídica”, como actividad propia de la escuela clásica. En ese mismo sentido, se manifiesta el movimiento positivista renovado más vigoroso del último tiempo, la “Nueva Defensa Social” y es así, como Marc Ancel parte de la aceptación del derecho penal, aún en su denominación, aunque sólo sea por lo habitual de ella,

a pesar de que se encuentre más apropiada, como es lógico, la de "derecho criminal".

En definitiva, pues, ha predominado, por una u otra causa, la denominación de derecho penal y las tendencias opuestas más recientes, no han propugnado su sustitución, sino más bien, una renovación de su contenido, una transformación desde dentro, así claramente en el caso de la nueva defensa social y de la política criminal en general" ⁵

Con toda la intención, transcribimos ésta larga cita de lo expresado por Juan Bustos Ramírez, en virtud de que las ideas explicadas por el importante estudioso del Derecho Penal nos motivan a las siguientes reflexiones:

En primer lugar, establece que el cambio de terminología de Derecho Criminal a Derecho Penal, es una consecuencia del paso del absolutismo al Estado de Derecho, en el cual si en un principio se hacía lo ordenado por la voluntad soberana, con posterioridad se aplicó lo señalado por la ley, es decir, surgió el imperio legal.

⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Op. Cit. Págs. 4 a 6.

Igualmente, es digno de observar que en lo explicado por el autor de referencia, cotidianamente, el término Derecho Penal, lo señala de manera común, es decir, derecho penal, sin darle la debida importancia que según nuestra opinión tiene ésta importante rama jurídica, porque consideramos que una cosa es la falta de definición o ubicación sistemática de un concepto, y otra muy diferente es no resaltar sin motivo alguno que se trata de una de las más importantes ramificaciones del Derecho y su referencia como si se tratase de algo común y corriente, la ubica dentro de un plano inferior que realmente no merece

Como afirmación reiterada de nuestra parte, sostenemos que cuando alguien se refiera a la ciencia objeto de éste apartado, lo haga con el respeto que la misma merece por la trascendencia y sus efectos, de manera tal que se diga con todas sus consecuencias académicas, Derecho Penal.

Sostenemos que la denominación Derecho Penal es la más conveniente para nuestra materia y que las otras denominaciones como Derecho Criminal o Derecho de Defensa Social, carecen de sustentación académico-jurídica, por ello pensamos que la nomenclatura real es la enunciada en primer término.

Ortolán, profesor de la Facultad de Derecho de París, en el siglo XIX, en su obra Tratado de Derecho Penal, al hablar de Derecho Penal, no explica lo siguiente respecto al concepto de Derecho Penal:

“Pero, la organización de las jurisdicciones y de los poderes públicos encargados de secundarlas no basta desgraciadamente para impedir que el derecho sea violado. Se cometen violaciones, y algunas veces son de tal naturaleza y gravedad que nuestra razón encuentra insuficiente la reparación del perjuicio ocasionado, y concibe además la facultad para el poder social de compeler al violador á sufrir cierto mal en castigo de la vejación que ha cometido. Ésta concepción generalizada es lo que se llama *derecho penal*. La noción puede reasumirse en éstos términos:

“El derecho penal es una concepción de la razón humana deducida de una relación del hombre en sociedad, en la que la sociedad tiene la facultad de hacer sufrir al hombre cierto mal en relación á la violación del derecho que ha cometido.

“El derecho penal constituye, pues, el último recurso contra ciertas violaciones del derecho, que interviene después que esas violaciones han tenido lugar y, que en todos los ramos del

derecho presta así apoyo al respeto. Por manera que todo derecho, además de las tres partes ya indicadas primera, el derecho propiamente dicho ó el precepto, segunda, las jurisdicciones y tercera, el procedimiento; contiene otra cuarta, la penalidad.

“Como éstas tres últimas partes tienen por objeto común el procurar la ejecución de la primera, algunos jurisconsultos han denominado *derechos determinadores* al derecho propiamente dicho ó el precepto en cualquier ramo del derecho, y *derechos sancionadores* á las otras tres partes, á saber: la organización de las jurisdicciones, el procedimiento y la penalidad.

“El derecho penal es, pues, un derecho eminentemente sancionador.

“Pero, no siendo por sí mismo, en sus preceptos, ya sean racionalmente formulados, ó ya legislativamente, más que una abstracción ó un mandamiento inerte, para que pueda ser aplicado, necesita un poder organizado al efecto y un procedimiento que haga obrar y funcionar ese poder.

“De ahí proviene para el derecho penal, como para cualquier otro ramo del derecho, la división en tres partes, que observaremos en esta obra, en la cual trataremos sucesivamente

1°. Del derecho penal, propiamente dicho ó, del precepto penal de la penalidad.

2°. De las jurisdicciones penales. Y

3°. Del procedimiento penal

“El derecho penal no pertenece más que al derecho privado, porque entre los hombres particulares puede haber derecho de defensa durante el peligro; derecho de reparación del perjuicio después del mal consumado, pero no derecho de castigar: el daño ocasionado por el ofendido ó lesionado al violador inmediatamente y como reacción, sería una venganza y no justicia penal. No es necesario demostrar que tampoco pertenece al derecho de gentes ó internacional, porque no creemos en él una relación de nación á nación. Las personas que figuran en la relación de donde se deduce la concepción del derecho penal, son siempre de una parte, la sociedad que castiga, y de otra, el violador del derecho que es castigado. Para cada Estado es una cuestión de poder interior.

Preciso es, pues, decir en resumen, que el derecho penal es una parte especial del derecho público interno que interviene como medio sancionador, en todos los ramos del derecho”⁶

Las ideas manifestadas por el autor de referencia, sin lugar a dudas, son muy importantes porque nos sirven de guía, a efecto de entender el concepto de ésta rama jurídica; no obstante que, como se puede colegir, el autor de mérito, no lleva a cabo la ubicación exacta del Derecho Penal; en virtud de que lo sitúa dentro de la rama del Derecho Privado y del Derecho Público Interno, afirmación con la cual no estamos de acuerdo, toda vez que según nuestro punto de vista, el Derecho Penal se ubica en el Derecho Público.

Por lo que hace a los autores mexicanos, el Maestro Gustavo Malo Camacho, en su libro “Derecho Penal Mexicano”, nos ofrece al concepto de Derecho Penal en éstos términos:

“El derecho penal puede ser entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo. En el primer caso, como derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada o *ius poneale* y que

⁶ ORTOLÁN, M. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Librería de Leocadio López. Madrid, España. 1878. Págs. 4 y 5.

aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad.

Se entiende por derecho penal subjetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva de donde emana, se hace alusión así, al *ius puniendi* del Estado o potestad punitiva del mismo. Uno y otro conceptos del derecho penal, en sentido objetivo y subjetivo, aparecen interrelacionados y exigen ser explicados”.⁷

Quien nos aclara los anteriores conceptos, es el libro del Maestro Fernando Castellanos Tena, el cual ofrece diversas opiniones de varios autores de Derecho Penal, en los siguientes términos:

“El Derecho Penal en sentido objetivo, dice Cuello Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

⁷ MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. Pág. 35.

“Para Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito

“Von Liszt lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia

Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectado en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica”.⁸

El Maestro Raúl Carrancá y Trujillo nos explica en qué consiste el Derecho Penal Objetivo:

“El Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de los mismos a los casos de incriminación”.⁹

⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1998. 39ª. Edición. Pág. 21.

⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1995. 18ª. Edición. Pág. 17.

Castellanos Tena, se encarga igualmente de hacernos saber lo que debemos concebir como Derecho Penal Subjetivo:

“En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el *jus puniendi*; es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón, es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. Difiere del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; el único deber ser que se contiene en la norma primaria penal.

En realidad, el Derecho Penal Subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad”.¹⁰

Leopoldo de la Cruz Agüero, en su obra “Procedimiento Penal Mexicano”, al tratar lo relacionado al Derecho Penal, trae a colación diversos conceptos de Derecho Penal, bajo éste tenor:

¹⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 21 y 22.

“Por lo que respecta a una definición concreta, precisa que abarque la ciencia o el significado de Derecho Penal, resulta difícil encontrarla, dado que existe una infinidad de autores y estudiosos de la materia que emiten la que consideran más adecuada a su criterio y conforme a su vasta experiencia en su estudio o práctica forense en el medio en que se han desarrollado, por lo que nos concretaremos a citar algunas que nos parecen importantes y que se apegan más a la realidad actual del tema que nos ocupa.

“Nuestro Maestro y Ministro de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Don Francisco Pavón Vasconcelos, manifiesta que:

“Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público Interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.”

“Sebastián Soler señala que: “El Derecho Penal es la parte del Derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanciones retributivas y que tal definición abarca a lo que suele

llamarse Derecho Penal Sustantivo o Material, por oposición a Derecho Penal Adjetivo o Formal, esto es, el conjunto de normas que regulan el procedimiento pena ”

Don Celestino Porte Petit considera al Derecho Penal como el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos, u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción en caso de violación a las mismas.”¹¹

En esencia, estamos de acuerdo con las definiciones que de Derecho Penal y de diversos autores nos da a conocer el autor en análisis, fundamentalmente porque uno de dichos conceptos, determina que esta rama jurídica, se ubica en el Derecho Público, consideración sustentada por el autor de este trabajo de investigación.

Con lo que estamos en absoluto desacuerdo es con la afirmación siguiente vertida por Leopoldo De la Cruz Argüero en este tenor:

¹¹ CRUZ ARGÜERO, Leopoldo De la. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996. 2ª. Edición. Págs. 1 y 2.

El Doctor Eduardo López Betancourt, en su libro *Introducción al Derecho Penal*, ofrece diferentes nociones de Derecho Penal, de diversos autores, de esta manera:

“Luis Jiménez de Asúa expone que el Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

“El alemán Reinhart Maurach, escribió el *Tratado de Derecho Penal*, donde dice que: “El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que asocian los efectos jurídicos exclusivos del Derecho Penal a un determinado comportamiento humano, el delito.

“Edmundo Mezger, también de origen alemán y autor del *Tratado de Derecho Penal*, indica que es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena como consecuencia jurídica, a un hecho cometido.

“Giuseppe Maggiore, italiano, define al Derecho Penal como el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito es sometido a una pérdida o una disminución de sus derechos personales.

Mir Puig, español, en su obra *Introducción a las bases del Derecho Penal*, define a este como el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, a la pena, como legítima consecuencia.”¹³

Observemos que en las definiciones que cita el Doctor López Betancourt, se asocian los conceptos de hecho, con la pena, situación que el importante Maestro Franz Von Liszt, ya lo había explicado al dar su concepción personal de Derecho Penal.

En cuanto al concepto de Derecho Penal, el Doctor Eduardo López Betancourt, señala:

“Por nuestra parte consideramos que el Derecho Penal consiste en un conjunto sistemático de conocimientos obtenidos del ordenamiento positivo, referente al delito, al delincuente, a las penas y a las medidas de seguridad.

¹³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México 1995. 3ª. Edición. Págs. 48 y 49.

“La principal característica del Derecho Penal, es que en casos de incumplimiento se aplica una sanción, es punitivo. Como ya mencionamos, la peculiaridad primordial es la punición, es decir, la pena, la sanción, el castigo al autor del delito, que infringe la norma impuesta por el Estado, para salvaguardar los intereses particulares.

“El titular del poder punitivo es solamente el Estado como representante de la comunidad jurídica; este poder lo ejerce a través de los órganos estatales de la administración de justicia penal.

“En este orden de ideas, el Derecho Penal constituye una parte integrante del Derecho Público, en el que se establecen las relaciones entre el Estado y los particulares, frente a la necesidad de salvaguardar el orden público; concretamente, el delito implica una relación de derecho entre el delincuente y el poder público, cuya misión es perseguirle y castigarle; esta relación implica que el Derecho Penal es una rama del “Derecho Público Interno” como lo considera Cuello Calón.

“La clasificación del Derecho en Público y Privado, es históricamente tradicional, el Derecho Privado regula las relaciones entre particulares, donde el Estado carece de un interés primordial; sin embargo, en el Derecho Público, como ya lo mencionamos, el Estado interviene en la relación jurídica tutelando la integridad, los bienes patrimoniales y la vida misma del hombre, traducidas en el interés del Estado reprimir la delincuencia.

Jiménez de Asúa, dice que: “El Derecho Penal de hoy es un Derecho Público, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma *liberal nullum crimen, nulla poena sine lege*”.¹⁴

El Maestro Celestino Porte Petit, señala que las características del Derecho Penal son:

- a) Positivo o jurídico.
- b) Público.
- c) Constitutivo o sancionador.
- d) Original.

¹⁴ Ibidem. Págs. 50 y 51.

- e) Autónomo
- f) Normativo
- g) Valorativo.
- h) Cultural.
- i) Finalista.
- j) Imperativo.
- k) Personal.
- l) Social.
- m) Político.
- n) Aflictivo.
- o) Preventivo.

El Derecho Penal, forma parte del Derecho Positivo Mexicano y es Derecho Vigente. Es de carácter público, porque las sanciones impuestas por el Estado son en razón de un interés público; el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado, el concepto de Derecho Penal y el de sanción, constituyen la ley penal; el Derecho Penal tiene como papel sancionar conductas o hechos ya regulados en otras ramas jurídicas.

El Derecho Penal es normativo, por constituir un conjunto de normas jurídico penales que se encuentran en el mundo del deber ser. Es valorativo, porque evalúa las conductas o hechos realizados por el hombre, tutelando los valores más importantes fundamentales de una sociedad.

El Derecho penal es imperativo, porque la norma penal obra siempre como un mandato, es personal, porque la pena se aplica al delincuente, por haber cometido el delito; es político porque es facultad del poder público, la aplicación de sanciones, en atención a que el Estado es el único titular del poder punitivo

El carácter aflictivo del Derecho Penal, se refiere concretamente a las penas, en virtud de que es una sanción aflictiva que causa daño, o molestia al autor del delito.

Al Derecho Penal no le interesa castigar, sino prevenir que no se cometan delitos al transgredir las normas impuestas por el Estado; en este orden de ideas, la pena sirve como amenaza dirigida a la colectividad para evitar que delincan, en protección a la sociedad y para impedir también la reincidencia.¹⁵

¹⁵ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de Derecho Penal. Editorial Trillas. México 1990. 2ª. Edición. Págs. 25 a 28.

El concepto unitario del Delito, aspira a establecer que éste es una infracción punible, no obstante que es cierto, lo que nos interesa es saber qué caracteres debe tener una conducta para ser considerada una acción punible.

Con el Delito acontece lo mismo, lo que habremos de enunciar serán sus caracteres analíticamente obtenidos, formando diversos planos, niveles o estratos conceptuales, pero el Delito es una unidad y no una suma de componentes.

Francisco Carrara, respecto a la noción del Delito, lleva a efecto las siguientes reflexiones:

“¿Es posible dar una definición del Delito? Acaso todo lo que pueda decirse es que éste es una negación del Derecho, un ataque al orden jurídico. Pero, en realidad, esto no es una definición, sino un verdadero círculo vicioso. Acaso, todas las definiciones lo son y nada hay tan extenso ni tan superfluo, como definir. Dar pues, una definición del Delito que abarque todos los conceptos y que cristalice todas las tendencias, es imposible; el concepto que se de no será más que la expresión del punto de vista de quien lo forma y será tan variable como este punto de vista.

“Para unos, como Rossi y Proal, el Delito es la violación de un deber exigible, para otros como Franck es la violación de un derecho; para Carrara, es la infracción de la ley del Estado

“Ya en nuestros días, Gabriel Tardé trata de solucionar las discrepancias encontrando el carácter esencial del crimen en la violación de un derecho o de un deber, y Wulffen, refiriéndose a Wundt, define al delito en función de la moral y del derecho: el crimen, abstracción hecha de ciertas prescripciones de policía es, según el psicólogo alemán, no solamente la oposición a la voluntad colectiva, cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber.

“Cuando la escuela positivista comenzaba a desenvolverse y cuando ya su notoriedad iba trascendiendo más allá de las fronteras de su patria nativa, sus partidarios se encontraron con que no habían dado un concepto del Delito, íntegro y acabado, a pesar de ocuparse sin descanso en el estudio de sus causas y de sus remedios. Habían estado entendiendo por Delito, poco más o menos lo que la escuela clásica, a pesar de combatirla constantemente.

“Garófalo llena el vacío con su teoría del Delito Natural, que, aproximadamente, repiten después los demás representantes de la escuela, aunque pretendan rectificarla o completarla, y hasta combatirla.

“Sin desechar esta doctrina criticada por muchos edifica Beling una certera concepción jurídica del Delito, partiendo del principio de que la construcción debe tomar sus elementos de la legislación positiva, y como los hechos concretos son la piedra fundamental de los modernos códigos, sobre ellos, por lo tanto, se debe operar técnicamente.

“De los diversos hechos que son objeto del articulado de la parte especial de los códigos, puede formarse, por abstracción, un concepto formal que los comprenda todos. De los hechos - muerte de un hombre, sustracción de una cosa- se forma el concepto del hecho abstracto o tipo.

El tipo, es pues, el contenido íntegro de un hecho de los definidos por el código, prescindiendo de las condiciones subjetivas y objetivas que le acompañen en su realización; es todo lo que cabe dentro de las palabras con que está expresado. La introducción, en el concepto del Delito, de la tipicidad (*typicität*) es lo que caracteriza, principalmente, la definición de Beling: “Delito es una acción típica, contraria al Derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad”. Ésta noción del Delito, satisface, en nuestro sentir, las exigencias jurídicas”.¹⁶

¹⁶ CARRARA, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo primero. Volumen I. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus. Madrid, España. 1925. Págs. 75 a 77.

El Maestro M. Ortolán, considera que el Delito es un hecho complejo: descomponiéndole por el análisis, y colocándole según la sucesión de los acontecimientos y el encadenamiento natural de las ideas, que le componen y las consecuencias que de ellas se derivan, se ve que el orden metódico para tratar de él es éste.

1°. De la gente ó motivo activo del Delito (*qui facit*).

2°. Del paciente ó motivo pasivo del Delito (*qui passus est*).

3°. Del Delito, producto, en cierto modo, de esos dos factores.

4°. De las reparaciones y de las penas, consecuencias jurídicas del delito.¹⁷

En opinión del reconocido estudioso del Derecho Penal, Constancio Bernaldo de Quirós, como el Delito es el hecho que determina la penalidad, la definición del mismo es el primero y más importante de los temas o tópicos, que componen el conjunto del Derecho Penal.

¹⁷ Cfr. ORTOLÁN, M. Op. Cit. Pág. 10.

Debemos ahora mostrarle al Delito como un ente jurídico, lo que hace que las fórmulas antiguas no sean aprovechables, por ser de carácter material, obedeciendo a su propia naturaleza, y las definiciones jurídicas, en cambio, han de tener carácter formal; más aún, de formas no coloidales, ambiguas, curvas, sino cristalinas, en que los planos, las aristas y los vértices estén perfectamente definidos.

El Derecho Romano nos legó admirables definiciones de algunos delitos en particular. Recuérdese la del hurto, trazada por manos de Paulo "Apoderamiento abusivo de cosa ajena, tanto en si misma, como de su simple posesión o uso"¹⁸, palabras que todavía hoy siguen repitiéndose, tal es su maestría.

En cambio, el propio Derecho Romano, si esto lo supo hacer tan bien, no logró jamás, acaso por no habérselo propuesto nunca, la noción general, común, a todas las especies jurídicas, o sea, la definición del Delito en toda su universalidad.

Las definiciones legales del Delito sufren una detención de desarrollo: pues, desde la segunda mitad del siglo XIX, y salvo raras excepciones, como la del Código Portugués y la de los códigos de algunos cantones suizos, cual Neuchatel y Vaud, los códigos rehuyen ésta definición, éste gran escollo peligroso,

¹⁸ Véase . BERNALDO DE QUIRÓS, Constanco Derecho Penal. Editorial José M. Cajica Jr. México 1949. Pág. 65

abandonando a la cátedra la elaboración del Delito que en foro se da por adquirida

El mismo Maestro Bernaldo de Quirós nos explica lo siguiente:

“El Delito según la doctrina jurídica, seguida por Carrancá y Soler, de México y Argentina respectivamente, es.

“La acción típica, antijurídica, imputable y culpable sancionada bajo una pena, según las condiciones objetivas de punibilidad.

Por la trascendencia de la obra del citado Maestro, es preciso retomarla, respecto a la definición de Delito, en la misma, el Maestro en cita, nos explica que la primera definición de Delito se halla en el Código castellano de las Siete Partidas formado no solamente en pleno desarrollo del renacimiento del Derecho Romano, sino además, en pleno desarrollo de la filosofía escolástica habituada a manejar los conceptos más sutiles”.¹⁹

¹⁹ *Ibidem* Págs. 65 a 67.

Medio milenio más y llega la revolución francesa, precedida de un nuevo gran avance de la filosofía, el Código de Tres de Brumario del año 4º. (25 de octubre de 1795) nos trae nuevas palabras que dicen: "Es Delito hacer lo que prohíben o no hacer lo que mandan las leyes que tienen por objeto el mantenimiento del orden social y la conservación de la paz pública".

Un nuevo paso en el sentido de comprender el Delito, la da el Código Penal Español de 1822 hecho en un momento feliz de restablecimiento de la constitucionalidad española, por hombres eminentes, desdobra desde el punto de vista de la imputabilidad y la culpabilidad, la noción general de la infracción penal en dos especies distintas: el Delito y la culpa, dando para cada cual una definición, a propósito de la primera, que es la que más nos importa, dice: "Comete Delito el que libre, voluntariamente y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo una pena".

En su última parte, la definición es un eco de la del Código de Tres de Brumario del año 4º, empero, la primera parte del todo original, es una tentativa interesante para añadir a la definición del Delito los elementos subjetivos, psicológicos que aún faltaba añadir a los puramente jurídicos.

Concluyendo con lo expresado por el Maestro Constancio Bernaldo de Quirós, dicho autor considera que el concepto de

tomar ésta última como verdadero elemento del Delito, a reserva de desarrollar por su análisis todos sus aspectos o especies".²²

Para Eugenio Cuello Calón, Delito es la acción antijurídica, típica, culpable y punible.

Por su parte, Jiménez de Asúa considera que: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".²³

Francisco Pavón Vasconcelos, define al delito como la conducta o el hecho típico antijurídico, culpable y punible.

Raúl Carrancá y Trujillo define al Delito como la acción antijurídica, típica y culpable. Considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y a la punibilidad como una consecuencia y no elemento esencial del Delito.

Celestino Porte Petit Candaudap define al Delito como conducta punible. Los elementos constitutivos del Delito son una conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad y a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad.²⁴

²² *Ibidem*. Págs 131 y 132.

²³ Autores citados por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 133.

²⁴ Autores citados por MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. Editorial Porrúa. México 1994. 2ª. Edición. Págs. 39, 43 y 45.

Con el triunfo del positivismo, se pretendió demostrar que el Delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

Rafael Garófalo²⁵, el sabio jurista del positivismo, define el Delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad

Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición, y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos, no obstante ser esa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos; aunque claro está, que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo es exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en la variabilidad de los sentimientos afectados.

Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas, y, procediendo a priori, sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseidos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

²⁵ Autor citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 126

Al respecto, el referido Maestro Fernando Castellanos Tena, nos manifiesta:

“De haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el Delito como hecho natural, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales.

“Y no podía ser de otra manera, ya que la conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos, pero el Delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aún cuando luego su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por el mismo se haya formado como tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de éstas apreciaciones un fenómeno natural.

“La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza, pero la esencia del Delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, y de necesidad en la convivencia humana; por tanto no se puede investigar que es en la naturaleza el Delito,

porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa

Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza, la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza”²⁶

El Maestro Ignacio Villalobos, nos explica lo siguiente.

“Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos.

En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve consigo

²⁶ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 126 a 128

El autor de referencia, nos manifiesta, que las características principales de la escuela clásica fueron las siguientes:

- 1.- Igualdad en derechos.
- 2 - Libre albedrío (capacidad de elección)
- 3.- Entidad delito. (con independencia del aspecto interno de hombre)
- 4 - Responsabilidad moral. (consecuencia del libre albedrío)
- 5.- Pena proporcional al delito. (retribución señalada en forma fija)
- 6.- Método deductivo, teleológico o especulativo. (propio de las ciencias culturales)²⁹

Aún cuando en su momento la escuela clásica fue criticada por obsoleta, por nuestra parte podemos afirmar, que dicha escuela formó la base toral para el desarrollo de las demás y permitió el desarrollo del Derecho Penal moderno.

²⁹ Ibidem. Pág. 58.

A) DEFINICIÓN.

El Maestro Álvaro Bunster, en la Voz Allanamiento de Morada, en el Diccionario Jurídico Mexicano, nos explica que:

“Como una invasión de la intimidad, una de las expresiones del concepto jurídico de libertad, castiga el CP en su a. 285 (sic) el allanamiento de morada.

“La referencia a la morada y no al domicilio, que en el derecho posee otras connotaciones, muestra que se trata de un atentado contra la intimidad, y en ningún caso contra la paz y la seguridad de las personas, como parecería mostrarlo el enclavamiento sistemático de este delito en el tít. XVIII del libro II, bajo tal epígrafe.

“La idea de morada parece referida por la ley a los conceptos de departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada.

“La acción consiste en introducirse a aquellos lugares, esto es, penetrar la persona plenamente en ellos. No queda pues abarcada por el tipo según acontece en otras legislaciones, la negativa de quien se halla en morada ajena a abandonarla a instancias de su morador.

“Pese a la formulación innecesariamente recargada de la ley, que habla de que la introducción se efectúe “furtivamente, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo”, la verdad es que esta falta de autorización de quien puede jurídicamente concederla es lo que basta para constituir el delito.

“El carácter furtivo, el engaño y la violencia no son sino expresiones ilustrativas de la ausencia del permiso del morador, y no motivos de agravación del delito.

“Lo de furtivo, alude a la penetración hecha a escondidas u ocultamente. El engaño es cualquier ardid desplegado para lograr un permiso que, de no mediar aquél, habría sido denegado. La violencia puede ejercerse sobre las personas y las cosas y, en el primer caso, revestir la forma de fuerza física o fuerza moral.

“También ha incurrido la ley en excesos al prescribir que la conducta de efectuarse “sin motivo justificado, sin orden de la autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita”. Tales exigencias son superfluas tratándose no sólo de éste sino de cualquier tipo, puesto que la orden de autoridad, el permiso de la ley y el motivo *justificado* son causales de exclusión de la ilicitud que la ley prevé en la parte general.

El delito se consuma al producirse la introducción plena del agente en la morada ajena. Es, pues, concebible la tentativa. Proceden también las reglas del concurso si el allanamiento de morada especialmente en su forma violenta, origina otros hechos punibles, como lesiones o daños”³⁰

El análisis y concepto ofrecidos por el reconocido autor, nos permiten afirmar que el mismo se refiere al allanamiento de morada, de manera muy amplia, no obstante que en los capítulos subsecuentes se ampliarán algunos aspectos, a efecto de integrar debidamente los mismos, en cuanto el desarrollo de la presente investigación lo requiera.

³⁰ BUNSTER, Álvaro. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM. Porrúa Tomo A-Ch. México 1996. 9ª. Edición. Págs. 147 y 148.

B) NATURALEZA JURÍDICA

Por naturaleza jurídica, entendemos el conjunto de caracteres fundamentales propios de una figura legal o institución de Derecho determinada.

Conforme al Título Décimo octavo del Código Penal para el Distrito Federal, en su Capítulo II, el Allanamiento de Morada, se sitúa en los Delitos contra la paz y la seguridad de las personas.

En el caso que nos ocupa, a decir del Doctor Sergio García Ramírez, se trata en estos casos, de agravio a derechos de las personas, con los que se turba la seguridad jurídica.

El título décimo octavo establece los tipos de amenazas, allanamiento de morada y asalto. En aquél, se distinguen dos supuestos, a saber: las amenazas simples y las cumplidas.

En el primer caso, se intimida al sujeto pasivo, previniéndole que se le causará un daño en sus bienes, o en los

de otra persona con la que se halla vinculado: o bien, se le intimida para que ejerza su derecho.

El capítulo II trata lo referente al allanamiento de morada, el cual apareja pena de un mes a dos años de prisión y multa, requiere que el sujeto activo se introduzca en un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada, sin motivo justificado, permiso de la persona facultada para autorizar el acceso, u orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley permita el allanamiento, los medios comisivos son la furtividad, el engaño o la violencia. Nótese que esta figura protege tanto la propiedad como la simple posesión; esto último, inclusive frente al dueño del inmueble, que bajo cualquier título jurídico debe abstenerse de ingresar en aquél, por ejemplo, porque se haya dado en arrendamiento o comodato.”³¹

Estamos de acuerdo con el criterio sustentado por el Doctor García Ramírez, respecto a la esencia legal del delito de allanamiento de morada, al considerar que este ilícito al cometerse, puede violar la posesión o la propiedad de las personas y más aún, siguiendo con lo apuntado por Álvaro Bunster, quien afirma que este hecho delictivo atenta contra la intimidad de las personas, intimidad esta, que se percibe por cada uno de nosotros, en el sitio que escogimos para vivir; por lo

³¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano Derecho Penal Mc Graw Hill. México 1998. Págs. 141 y 142

explicado, sostenemos que el allanamiento de morada tiene una naturaleza jurídica compleja y por ello es difícil situarlo únicamente en el terreno de determinada especie de delitos; por estos motivos, afirmamos que para comprender la naturaleza jurídica del delito en cuestión, se debe asumir una posición ecléctica, es decir tomar lo mejor de los criterios de diversos estudiosos del Derecho Penal, sin asumir una postura radical y absolutista en relación con este asunto

Lo anterior, en virtud que al asumir una posición definida en figuras que su propia naturaleza determina una indefinición propia, se estaría tomando una decisión carente de fundamentos que llevaría a incurrir en errores de apreciación jurídica en el plano teórico

Esto representa un proceso teórico de definición, aunque en la realidad en el momento en que se plasma un texto jurídico en un cuerpo legal, se estaría ubicando una figura tipo en un lugar inadecuado y en las decisiones judiciales, se terminaría creando una controversia judicial en el tiempo en vez de estar dando una solución pronta al problema planteado. Siendo que la Ley debe ser el cuerpo jurídico que dicte por sí misma la solución a los problemas que surgen en el interior de una sociedad y no crear controversias en donde el ciudadano o el estudioso, en lugar de encontrar una vía, se halle frente a un muro infranqueable de dudas

C) FUNDAMENTO LEGAL

Por fundamento legal, entendemos la base sobre la cual descansa la consideración jurídica de diversas conductas o actos y en el caso que nos ocupa, lo encontramos en el Artículo 285 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, que a la letra dispone:

“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 con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada.”

Los elementos estructurales de este tipo penal son los siguientes:

- 1.- Falta de motivo.
- 2.- Ausencia de orden de autoridad competente.

3.- Introducción de manera furtiva

4.- Introducción con engaño o violencia.

5.- Introducción sin permiso de la persona autorizada.

6.- Introducción a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa HABITADA.

Desde nuestra particular óptica, un elemento fundamental de este tipo penal, es decir un requisito sine qua non para que se presente el allanamiento de morada, es que el lugar se encuentre habitado, pues de lo contrario faltaría el elemento subjetivo del ilícito, es decir la persona o personas que vivan en el sitio donde lleva a efecto la introducción el sujeto activo del allanamiento de morada.

Es decir para la configuración del delito de allanamiento de morada es necesario como requisito indispensable que la casa allanada se encuentra habitada y no solo se presenten en ella personas circunstancialmente, puesto que la connotación de habitar precisamente vivir o morar

D) BASE CONSTITUCIONAL.

El artículo 16 Constitucional, en su parte conducente, establece:

“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...”

Evidentemente, el allanamiento de morada, se constituye en una molestia en la propiedad o la posesión del sujeto pasivo del delito y en el artículo Constitucional citado, encontramos el fundamento del delito objeto de esta investigación, en nuestra máxima ley.

Emilio O. Rabasa, en la obra Mexicano: ésta es tu Constitución; sostiene que:

“Durante siglos, el capricho del gobernante fue la medida de las molestias causadas a los particulares. En otras épocas bastaba la simple orden verbal de alguna autoridad para perturbar

e incluso encarcelar a las personas, sin existir ningún motivo fundado.

“Los atentados a la familia, las violaciones de domicilios, las agresiones a las posesiones, sin haber una causa legítima, se sucedieron por mucho tiempo.

“Con el fin de evitar el abuso del poder público, la Constitución de 1917 recogió y ratificó alguna de las disposiciones establecidas por las anteriores - decreto constitucional de Apatzingán y las constituciones de 1824 y 1857- e introdujo otras que pueden considerarse verdaderos triunfos de la Revolución mexicana.

La garantía consignada en la primera parte de este artículo, así como la que establece el 14, son la base sobre la que descansa el procedimiento judicial protector de los derechos del hombre (juicio de amparo). Es absoluta la prohibición de ocasionar molestias a las personas, a sus familias, papeles o posesiones, si no es con una orden escrita, fundada y motivada en una disposición legal y expedida por una autoridad que de acuerdo con una ley en vigor tenga facultades expresas para realizar esos actos.”³³

³³ RABASA, Emilio O. y otra. Mexicano: esta es tu Constitución Editorial Miguel Ángel Porrúa. México 1996. Primera Reimpresión. Pág. 68

CAPÍTULO II
ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO DE
ALLANAMIENTO DE MORADA.

A) CONDUCTA.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. Algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad.

“La conducta es un comportamiento humano voluntario, (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial), activo, (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer), que produce el resultado.

“Como antes se precisó, sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; por tanto, se descartan todas las creencias respecto a si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

Ante el Derecho Penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: Acción u Omisión”.³⁴

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

“La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios, por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa, y con la última le da a beber el brebaje mortal”.³⁵

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

“OMISION SIMPLE. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito,

³⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Harla. México, 1990. 2a. Edición. Pág. 89

³⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 154 y 155.

aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida

“COMISION POR OMISION. También conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de éstos.

“Los elementos de la omisión son la voluntad, la inactividad, el resultado y el nexo causal.

En la comisión por omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobar el nexo causal, por ejemplo, la madre que con el fin de procurar su aborto, deja de tomar alimento, suero o medicamento indicado por el médico, para proteger la vida del producto, comete el delito de aborto. En este caso deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas de laboratorio que establezcan que la causa de la muerte del producto fue el no alimentar o la no administración del suero o medicamento”.³⁶

³⁶ Ibidem. Pág. 156.

Es un delito de omisión simple, a virtud de que con una inactividad consistente en no hacer el deber legal, viola una norma preceptiva que da origen al ilícito de abandono de personas. El agente no realiza la acción esperada o exigida por la ley.

El Doctor Gustavo Malo Camacho une a la conducta y a la tipicidad, al hablar de la conducta típica en los siguientes términos:

“Conducta entendida como manifestación de voluntad finalísticamente determinada. La teoría se ha desarrollado principalmente en dos vertientes: una, que realiza la conducta antes de la tipicidad, como el elemento lógico natural primario, y la segunda, que la estudia dentro de aquella, como conducta encuadrable en el tipo penal. A su vez, la tipicidad supone la presencia de elementos que son objetivos, uno de los cuales es la conducta, subjetivos y normativos.

“Base del modelo es la afirmación de que la voluntad en cuanto a contenido esencial de la conducta, no puede ser separada de su finalidad. Es decir, toda conducta es voluntaria y la voluntad está determinada por el fin.

Sobre esta base general se desarrolla el esquema finalista, base de una parte importante de la doctrina penal europea y

también latinoamericana. Es también el punto de partida de otros modelos sistemáticos que a su vez, han impugnado ciertos aspectos más satisfactorios o insuficientes del finalismo, frente al objetivo planteado por otras orientaciones de diversos autores alemanes, que hablan del funcionalismo y de la orientación de la acción social”³⁷

Para el Maestro Marco Antonio Díaz de León, la conducta en el allanamiento de morada es de acción, porque para entrar o introducirse de manera furtiva o con engaño o violencia o sin permiso de quien pueda otorgarlo, requiere de un movimiento corporal.³⁸

Para nosotros, la forma de conducta que se presenta en el delito de allanamiento de morada, es la de acción, porque la omisión únicamente se presentaría si una persona no hace algo para evitar la introducción de una persona ajena al lugar que está cuidando, sabiendo que no tiene derecho para hacerlo.

- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Fernando Castellanos Tena, al hablar de la ausencia de conducta dice: “Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las

³⁷ MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. Págs. 253 y 254.

apariencias...Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal”.³⁹

Las principales causas que motivaron la ausencia de conducta, son la *vis maior* y *vis absoluta*.

“La *vis maior* es la fuerza mayor que, a diferencia de la *vis absoluta*, proviene de la naturaleza.

“Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor existe el aspecto negativo de la conducta, o sea hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto “agente”, ni conducta, propiamente dicha; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

“La *vis absoluta* consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

“Matar por *vis absoluta* coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento del cual se vale el auténtico sujeto activo.

Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico, puede ser responsable quién es “usado” como medio para

³⁹Cfr. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio: Código Penal Federal con comentarios. Editorial Porrúa. México 1997 2ª. Edición. Pág. 501

cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de alguien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona”⁴⁰

El Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, actualmente dispone: “El delito se excluye cuando:

1.- El hecho se realice sin la voluntad del agente ..”

Una especie de ausencia de conducta en el delito de allanamiento de morada, se presentaría, por ejemplo, si una persona va caminando junto a otra y la empuja para que se introduzca en una vivienda, aposento o departamento que se encuentre habitado; en el ejemplo que ponemos, se puede establecer como ausencia de conducta la vis absoluta, en virtud de que una fuerza física humana exterior e irresistible se aplica sobre un individuo, quien carece de voluntad para cometer el ilícito, dado que es convertido en un instrumento de quien lo empuja a introducirse a un lugar habitado, en donde él no tiene derecho a hacerlo aun al haberlo hecho sin autorización de la persona que deba darla , encontrando en este caso como a se menciono ausencia de conducta ..

³⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 301

⁴⁰ Ibidem. Pág. 302

B) ANTIJURIDICIDAD.

Hemos visto en el estudio de antijuridicidad que ésta es única, no obstante ello, posee un doble contenido: formal y material. Enfocando los dos aspectos al delito en estudio, podemos afirmar que el primero se integra cuando el sujeto activo del ilícito violenta, el artículo de nuestro ordenamiento represivo mediante su actividad; el segundo aspecto de la antijuridicidad mencionado, o sea el material, se presenta cuando se lesionan los bienes jurídicos protegidos por el derecho.

La antijuridicidad se clasifica en formal y material. La formal está constituida por la relación de oposición entre el hecho o la conducta y la norma; la antijuridicidad material se encuentra en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado.

Eduardo Villarreal Moro, en su Cátedra de Derecho Penal Primer Curso, consideraba indebido e incorrecto, utilizar la denominación Elementos Positivos del Delito, pues afirmaba con razón que resultaba absurdo referirse a un elemento positivo; con el prefijo anti, razón por la cual sostenemos que la antijuridicidad es un elemento estructural muy importante del

delito y además proponemos que para evitar confusiones y malos manejos del lenguaje técnico jurídico, que este sea denominado antijuridicidad y no antijuricidad, pues lo contrario a Derecho es antijurídico y no antijurico.⁴¹

Una vez explicado lo anterior, cabe decir en consecuencia, que la conducta será antijurídica por ir en contra de los bienes que protege o tutela en el Derecho Penal, bienes que pueden ser la vida, la propiedad y la libertad entre otros.

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo", y agrega: "Jurídico es lo que está conforme a derecho".⁴²

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra al delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.

"La tipicidad opera como un inicio de la antijuridicidad, como un valor provisorio, que debe ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación, por

⁴¹ VILLARREAL MORO, Eduardo Curso de Derecho Penal I. Facultad de Derecho. U.N.A.M. México 1971

⁴² Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 136.

ello, la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa: se acepta como antijurídico lo contrario al derecho que no esté protegido por una causa de justificación.

Lo antijurídico implica un desvalor; es la negación del orden jurídico: aquello que, según los ideales éticos del hombre deber ser y sin embargo no es, por el triunfo de la conducta delictuosa sobre la norma penal".⁴³

A decir del Maestro Raúl Carrancá y Rivas, la antijuridicidad en el delito de allanamiento de morada existe porque se viola el lugar en que se habita, toda vez que el sitio destinado a la habitación, hace posible el desenvolvimiento de la libertad por personal en lo que atañe a las exigencias de la vida privada de una o más personas.⁴⁴

-CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Dentro del sistema que nos hemos impuesto, de señalar los aspectos positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad.

Cuando en un hecho de apariencia delictuosa falta el elemento antijuridicidad, no hay delito. Así lo expresa Cuello

⁴³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 137.

Calón y agrega: "En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al derecho; la situación especial en que se cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues el que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos".⁴⁵

Porte Petit dice: "es causa de justificación aquella, que permite actuar conforme a derecho, ya que de otro modo sería antijurídica".⁴⁶

Para Fernando Castellanos Tena, son causas de justificación "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, porque en presencia de alguna de ellas faltará uno de los elementos esenciales del ilícito penal, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas

⁴⁴ Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro. Código Penal anotado. Editorial Porrúa. México 1998. 21ª. Edición. Págs 740 y 741.

⁴⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág 121.

⁴⁶ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit Pág. 219.

de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad".⁴⁷

Estas son el aspecto negativo de la antijuridicidad, consisten en aquellas que eliminan lo antijurídico a la conducta, es decir, que en las causas de justificación no hay delito.

La antijuridicidad es lo contrario al Derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es ilícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

El artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, en sus fracciones III a VI nos señalan las causas de justificación las cuales se ubican de la siguiente forma: consentimiento (III), legítima defensa (IV), estado de

⁴⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op Cit Pág. 235

necesidad (V), cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio de un derecho (VI).

Las fracciones en mención, señalan lo siguiente:

“III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundamentalmente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

“IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de los bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, si derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en algunos de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

“V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

“VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro”.

Las dos causas de justificación típicamente aplicables al delito de allanamiento de morada serían el ejercicio de un derecho, y el cumplimiento de un deber, llevado a cabo por

agentes de la Policía Judicial, quienes se introducen de la manera ya aludida a una morada, a efecto de cumplimentar una orden de aprehensión.

C) TIPICIDAD.

Fernando Castellanos dice que "no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".⁴⁸

Es decir, la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; es la coincidencia de una conducta con la formulada por el legislador.

Porte Petit estima que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.⁴⁹

Nosotros creemos también que la tipicidad es un elemento esencial del delito, pero independientemente de la antijuridicidad dado que en la práctica existen conductas típicas que no son antijurídicas. Estamos de acuerdo con Mayer en que la tipicidad es indiciaria de antijuridicidad, si el legislador elabora sus tipos,

⁴⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 108

es porque estima a las conductas en ellos descritas seguramente contrarias al derecho (a menos que exista una causa de justificación, sin que por ello desaparezca la tipicidad).⁴⁹

Con relación al concepto de tipo, Jiménez de Asúa dice que es “la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”; y por lo que respecta a la tipicidad, opina que es “Función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además, funcionamiento indiciario de su existencia”.⁵¹

Mezger define al tipo legal como “el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica”. El tipo significa, al decir del mismo autor, “el total de los elementos del delito”.⁵²

Esta concepción de Mezger, que involucra los elementos del delito en el tipo, interpretando dogmáticamente su conducta, no deja de ser novedosa y se aparta, un tanto, de ese esquema que ve en el tipo la descripción de un hecho con independencia de sus

⁴⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos a la parte general de Derecho Penal Editorial Regina. México, 1973. Pág. 372.

⁵⁰ Autor citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 189.

⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La Ley y el Delito Principios de Derecho Penal, Editorial Sudamericana. 10a. Edición. Buenos Aires, Argentina 1980. Pag. 163.

⁵² Autor citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 205.

elementos valorativos de naturaleza subjetiva. Por ello, el mismo autor agrega que en propio sentido jurídico-penal resulta (el tipo) más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos; y a cuya realización va ligada la sanción penal”.⁵³

Con el objeto de entender cabalmente lo que es la tipicidad, consideramos imprescindible definir el concepto tipo, mismo que debe ser entendido como lo que crea el legislador y lo plasma en la ley, en el presente caso, tipo es lo que el Código Penal dispone.

La citada Maestra Irma Griselda Amuchátegui Requena, nos explica lo siguiente:

“La Ley Penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente los tipos, los cuales toman “vida real” cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

“De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, porque no lo es, y, sobre todo no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

⁵³ CASTELLANOS TENA, Fernando Op. Cit. Pág 190.

La criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción u otros”.⁵⁴

Sergio García Ramírez nos manifiesta en relación con la tipicidad lo siguiente:

“La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

“Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponda, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales.

“Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo, el artículo 395, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal señala, entre otros elementos del delito de despojo, que el medio con el cual deberá

⁵⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Gnselda. Op. Cit. Pág. 85.

llevarse a cabo dicho delito sea cualquier de los siguientes violencia, amenaza, furtividad o engaño. Si en agente emplease un medio distinto, aún cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno o dos de ellos".⁵⁵

Dicho de otra forma, la tipicidad es la concretización en el terreno de la vida real de aquello que en abstracto plasma el legislador en un Código Penal.

En el delito de allanamiento de morada, la tipicidad se observa en el instante en que una persona se introduce furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada.

-ATIPICIDAD.

Según García Ramírez, para la exclusión de la tipicidad hay que distinguir entre la falta del tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción.⁵⁶

⁵⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal Editorial UNAM. México, 1981. Pág. 97.

⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio Op. Cit. Pág. 296.

En opinión de Castellanos Tena, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.⁵⁷

El artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, dispone:

“El delito se excluye cuando:

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal de delito de que se trate:...”

Para nosotros, la atipicidad es el no encuadramiento de la conducta con lo previsto en el Código Penal.

- 1) Ausencia de calidad exigida por la ley, en cuanto a los sujetos activos.
- 2) Ausencia de calidad en el sujeto pasivo.
- 3) Falta de objeto material.- Cuando falte el sujeto pasivo no habrá tipicidad.
- 4) Falta de objeto jurídico.

⁵⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit Pág 306

neutralizar, ya sea el desarrollo o salud mentales, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad”.⁶⁰

El fundamento jurídico de la inimputabilidad, lo encontramos en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice:

“El delito se excluye cuando:

“VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter de ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado un trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de éste Código”.

No vemos causa de inimputabilidad alguna en el delito objeto del presente trabajo de investigación.

⁶⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit Pág. 326.

Ya se dijo que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica; ahora se estudiará el otro elemento necesario para integrarse en su totalidad el delito: la culpabilidad.

E) CULPABILIDAD.

Para que la culpabilidad se dé, es indispensable que el sujeto sea capaz de entender y querer, a lo que se le da el nombre de imputabilidad y creemos igual que Castellanos Tena, que es un presupuesto de la culpabilidad como “La capacidad de cometer culpablemente hechos punibles”.⁶¹

Cuello Calón⁶² define a la culpabilidad diciendo que es: “El juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley”, Jiménez de Asúa⁶³ establece: “Es el conjunto de presupuestos que fundamenta la responsabilidad personal de la conducta antijurídica”. Porte Petit⁶⁴ considera que es: “El nexo intelectual que liga al sujeto con el resultado de un acto”.

Cuello Calón refiriéndose a la culpabilidad afirma: El agente antes de ser culpable debe ser imputable y responsable.

⁶¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 146.

⁶² CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 187.

⁶³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 96.

⁶⁴ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. Pág. 279.

Por tanto, imputabilidad y responsabilidad son supuestos previos de la culpabilidad.

El mismo autor sigue afirmando de la culpabilidad. Se refiere a un modo de ser del agente o un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. No exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino condiciones mínimas, aquellas que son absolutamente necesarias para que una persona pueda responder de los actos propios y es la capacidad de conocer y de querer.⁶⁵

Se presentan dos formas de culpabilidad, a saber: dolo y culpa.

Cuello Calón establece: “entre el dolo y la culpa no existe una separación tajante; de una u otra forma de culpabilidad se pasa por grados intermedios, del dolo directo el eventual, de este a la culpa consciente de éste, a la culpa inconsciente”.⁶⁶

Los elementos constitutivos del dolo son: La representación o conocimiento del hecho y su violación; la primera requiere del conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictivo y el conocimiento.

⁶⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 281

⁶⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 283.

Existen varias especies de dolo, pero las que tienen mayor importancia práctica son las siguientes: dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual y dolo indeterminado.

El dolo directo, es aquel coincidente con el propósito del sujeto, es decir, el resultado que se verifica corresponde al que se quería; el dolo indirecto, surge cuando el sujeto se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos, excediendo el resultado de la intención del sujeto siendo éste la base del delito preterintencional; el dolo eventual es aquel en el que se prevé un resultado delictivo como posible, más sin embargo no se hace por evitarlo, y el dolo indeterminado es cuando la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados, sin proponerse una conducta delictiva especial.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Para 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".⁶⁷

⁶⁷ VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito. Editorial Trillas. México, 1985. Pág. 137.

De acuerdo con los lineamientos del Código Penal vigente, los grados o tipos de culpabilidad son: dolo y culpa.

-DOLO.

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

-CULPA

La culpa es la segunda especie de este elemento, hay culpa cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasionan sólo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible o evitable.

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁶⁸

En opinión de Ignacio Villalobos, la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones, que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o de

⁶⁸ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit Pág. 79

desatención nacida del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa⁶⁹

La forma de culpabilidad que se presenta en el allanamiento de morada, es el dolo, porque quien ejecuta la conducta típica de este hecho delictivo, lo hace con la plena intención de cometerlo.

-INCULPABILIDAD

“La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; 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 quien nos es imputable.

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable”.⁷⁰

Según Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en:

“La absolución del sujeto en el juicio de reproche”.⁷¹

Castellanos Tena dice que: “La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad”.⁷²

⁶⁹ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1985. Pág. 231.

⁷⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 273.

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción VIII dispone:

“El delito se excluye cuando:

“VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A). Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código”.

No vemos causa legal de inculpabilidad en el delito objeto de esta investigación.

⁷¹ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 89.

⁷² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 278.

-PUNIBILIDAD.

Se entiende por punibilidad, el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta considerada delictuosa. Respecto a este punto mucho se ha discutido si es o no elemento esencial del delito, Porte Petit con fundamento en lo dispuesto por el Artículo 14 Constitucional la consideraba como elemento esencial del delito y establecía:

“Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales contraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El Artículo 7o. del Código Penal que define el delito como acto u omisión sancionado por las leyes penales, que exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal “*nulla poena sine lege*”, pues tal afirmación es innecesaria ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el Artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase es típica, antijurídica y culpable, y por tanto constitutiva del delito y no es penada por

-EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

El Maestro Castellanos Tena opina: " En el caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coautores en virtud de su

participación en la comisión de un delito, pero si a quienes intervienen en alguna forma en la realización del acto, y esto es así necesariamente, porque cooperan en un delito de lo contrario sería imposible sancionarlos. Por otra parte al hacer el estudio de nuestra definición legal del delito, dijimos que hay infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo como ocurre en las infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Adviértase, además que la definición del delito es innecesaria en los códigos".⁷⁷

Por otro lado, pensamos que la punibilidad, es una consecuencia del delito y no un elemento, porque si esta fuera un elemento del delito no sería posible aplicar pena a quienes intervienen en alguna forma en la realización en un acto en la que participa un sujeto amparado por una excusa absoluta, y siendo pues posible la aplicación de la pena a quienes no gozan de la excusa del delito (tipicidad, anti-juridicidad y culpabilidad),

⁷⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit Pág. 286.

de las que se desprende que la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia

La excusa absolutoria aunque deja subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena, estas sólo son las que señala el derecho positivo, por lo que no podemos hablar de excusas absolutorias supralegales ya que no favorecen a todos sino aquellos que reúnan las cualidades exigidas por la ley en el delito de cohecho, nuestro código penal no señala ninguna excusa absolutoria en relación con este delito, por lo que al hacer análisis de una conducta considerada como el delito de cohecho una vez que se encuentra que la acción o la omisión es típica, antijurídica y culpable, concluiremos que necesariamente se tendrá que aplicar la pena.

Luis Jiménez de Asúa define las excusas absolutorias en los siguientes términos: “ Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública; es decir que son motivos de impunidad”.⁷⁸

⁷⁸ JIMENEZ DE ASÚA, Luis Op. Cit. Pág. 57.

Fernando Castellanos dice que: "en función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena. constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena y -agrega- El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición".⁷⁹

Debemos entender por excusas absolutorias aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

El Derecho Penal, habla en la actualidad únicamente de dos especies de excusas absolutorias, la nueva edición del libro del reconocido Maestro Fernando Castellanos Tena nos menciona entre otras:

⁷⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 284.

- a) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que excede de 10 veces el salario mínimo y sea restituido por el sujeto activo el bien robado y pague los daños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto en conocimiento del Ministerio Público

- b) Excusa en razón de la maternidad consciente, por ejemplo: el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de una violación.⁸⁰

No existe en el Código Penal para el Distrito Federal excusa absolutoria señalada en dicho ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III. EL ALLANAMIENTO DE MORADA Y SU UBICACIÓN COMO DELITO.

A) DELITO DE DAÑO.

Al respecto, el Maestro Fernando Castellanos Tena, ubica esta situación en el rubro correspondiente a la clasificación del delito, en los siguientes términos:

“Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de *daño* y de *peligro*.

Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude ...”⁸¹

La Maestra Carmen García Mendieta, en el Diccionario Jurídico Mexicano por daño entiende:

⁸¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 137.

“Daño es el deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien.

“Un principio general del derecho, de secular origen, establece que todo aquel que cause un daño a otro, tiene obligación de repararlo.

“... En materia penal, se entiende por daño el detrimento causado *dolosamente* en cosa ajena o en cosa propia, en este caso, siempre que se configure perjuicio a un tercero.

El CP establece la sinonimia entre daño, destrucción o deterioro. En cuanto al elemento material, es indiferente el medio elegido para infligir el daño.”⁸²

Francesco Carnelutti, nos explica que:

“ Daño es la lesión o, dicho de otra forma, el menoscabo de un interés, de donde se excluye o disminuye la posibilidad del goce de un bien...el delito no es un daño solamente, sino un daño que tiene una causa exterior a la cosa que lo experimenta, si un hombre muere por una causa interior, ello no es un homicidio...no basta, pues para constituir el delito, una cosa que experimente el menoscabo, sino que se necesita otra cosa que lo

⁸² GARCÍA MENDIETA, Carmen. Diccionario Jurídico Mexicano Editorial Porrúa- Unam. Tomo D-H Mexico 1995. 8ª. Edición. Pág. 812 y 813.

produzca. Esta necesidad del concurso de dos cosas para constituir el delito es uno de los fundamentos de la teoría penal.”⁸³

El mismo autor, sostiene que.

“También el peligro es un daño, en cuanto la probabilidad de lesión de un interés lesiona ya ese mismo interés, precisamente *peligro y daño son dos grados diversos de lesión del mismo interés*, el peligro de daño es una menor lesión del interés al que el daño se refiere.

“De la distinción así planteada entre peligro y daño se desprende que a veces, para el castigo del acto, puede la ley exigir la lesión mayor y a veces sólo la lesión menor del interés; a la primera hipótesis corresponde la figura del *delito de daño*; a la segunda, la del *delito de peligro*; hay delito de daño cuando el evento previsto por la ley está constituido por la *lesión efectiva*; y en cambio hay delito de peligro cuando está constituido por *la lesión probable de un interés*.

“Se comprende que el castigo del evento peligroso y, por tanto, la constitución de un delito de peligro, supone un empeño del Estado (en la protección de un interés) mayor que el que se

⁸³ CARNELUTTI, Francesco. El Delito. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires Argentina 1952. Pág. 37.

manifiesta en el castigo del acto dañoso, y, por tanto, en la constitución del delito de daño.

La distinción entre los delitos de daño y de peligro, aunque esta fórmula sea reciente, ha sido intuita desde la primeras elaboraciones científicas de la escuela clásica italiana, cuya contraposición entre *delito material* y *delito formal*, con diversas y no tan claras palabras, quería decir lo mismo, aunque no tenga yo aquí la posibilidad de aludir siquiera a la historia de las doctrinas, hago esta observación porque la antigua terminología corre todavía en la práctica y pudiera ocasionar cierta sorpresa al alumno, si no la tuviera en cuenta.”⁸⁴

Por nuestra parte, consideramos que el delito de daño, es aquel que causa un deterioro o menoscabo real, evidente o cuantificable económicamente, en la persona o bienes de quien lo sufre.

Recordando la definición de delitos de daño, proporcionada por el Maestro Castellanos Tena, ubica a esta especie de delito con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, creemos pertinente ofrecer diversos criterios respecto a lo que debemos entender por bien jurídico en el ámbito del Derecho Penal.

⁸⁴ Ibidem. Págs 154 y 155.

El autor Juan Bustos Ramírez, considera que:

“Estimamos que .. una conceptualización del bien jurídico ha de partir del punto en que la dejara *Von List*, es decir, no de un planteamiento abstracto, sino concreto, no desde un punto de vista funcional o bien conformista con el sistema, sino de constante revisión crítica, con el fin de una mayor garantía para el ciudadano. En tal medida hay que partir del hombre como ser social, pero evitando determinar esa sociabilidad mediante abstracciones como las de ser *igual y libre*, sino justamente destacando el aspecto relacional de la actividad del hombre.

“Por eso hemos definido el bien jurídico como una fórmula normativa sintética concreta de una relación social dinámica determinada. Ello implica entonces que el bien jurídico tiene como base la posición que ocupan los individuos en una relación determinada (concretada históricamente) la intermediación que se da entre ellos (además los objetos y otros entes en el medio social) y la interacción social que opera entre estos sujetos y entes.

“Pero, además, por ser una fórmula normativa sintética, quiere decir que sobre esa relación opera la ideología y en especial *la ideología jurídica*, seleccionando, transformando y sintetizando los elementos básicos de esa relación.

El bien jurídico surge así como un límite material claro a la actividad del Estado. Este solo puede señalar injustos penales que tengan como base un bien jurídico, que debe estar de tal manera precisado que permita la participación crítica de los ciudadanos en su fijación y revisión. De este modo se puede impedir una legislación penal arbitraria o bien autoritaria por parte del Estado.⁸⁵

Samuel Antonio González Ruiz, en el Diccionario Jurídico Mexicano, en la voz bien jurídico, explica.

“Objeto de protección de las normas de derecho. El concepto bien jurídico fue utilizado por Ihering, tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo en cuya concepción individualista no cabía la nueva del derecho penal como protector de la sociedad y no sólo del individuo.

“Algunos juristas como Nawiasky, indican que en vez de bien jurídico se puede hablar de fin jurídico o interés jurídicamente protegido, pues en el concepto positivista de derecho subjetivo cabe perfectamente.

⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Págs. 29 y 30.

“El bien jurídico en la teoría iusnaturalista, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad de Dios o de la racionalidad humana.

“En una teoría positivista (en el sentido de no tomar en cuenta el derecho natural) el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador de acuerdo a su propio criterio.

“En la teoría kelseniana, determinar el bien jurídico es labor del legislador, más no del científico del derecho.

“El juez observa la realidad social y dependiendo de la ideología determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.

“La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal.

“Así, el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la seguridad, etc.) le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.)

“El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuáles tienen más valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación.

“Doctrinalmente esta jerarquización es utilizada en algunas figuras jurídicas, especialmente en el derecho penal.

“La Constitución mexicana consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos.

“Así el a. 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia Constitución prescribe.

El artículo 16 también consigna bienes jurídicos que hay que proteger. En realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el Código Penal protege un bien jurídico.⁸⁶

⁸⁶ GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. Tomo a-ch. México 1996. 9ª. Edición. Pág. 338

B) DELITO DE PELIGRO.

Los delitos de peligro, son aquellos que crean un riesgo para la población; el ejemplo típico sería la portación de arma prohibida y, según nuestra óptica, un caso similar, de delito de peligro es el allanamiento de morada.

El Maestro Fernando Castellanos Tena, al clasificar a los delitos por la lesión que causan, señala:

“Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea, en razón del bien jurídico, los delitos se clasifican en delitos de daño y de peligro.

Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc., los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.”⁸⁷

⁸⁷ Cfr CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 137

C) ANÁLISIS PERSONAL.

La historia nos demuestra que más de un individuo se ha introducido de manera furtiva, sin permiso ni autorización de quien lo deba otorgar, a sitios habitados; recordemos el caso de un trastornado mental que se introdujo en Inglaterra al palacio de Buckingham para únicamente saludar a la Reina Isabel, burlando la vigilancia de los encargados de cuidarla; no obstante, como ya lo afirmamos con anterioridad, la introducción en esos términos, genera un riesgo o peligro para quienes viven en determinada morada; por esta razón, asimilamos al allanamiento de morada como una especie particular del delito de peligro.

Desde el punto de vista gramatical, allanar significa vencer o superar alguna dificultad o inconveniente, y entrar a la fuerza en casa ajena.

Evidentemente, quien comete el delito de allanamiento de morada vence el obstáculo, consistente en el cuidado que hace la persona del sitio donde vive.

Sin lugar a dudas, el allanamiento de morada se comete cuando una persona, de propia voluntad y sin el permiso de la persona autorizada, entra a la fuerza o de manera violenta a un sitio que se encuentra habitado.

El introducirse de manera furtiva, con violencia y sin derecho, causa entre los habitantes de una determinada morada, el peligro de que quien se introdujo de esa manera lleve a cabo actos delictivos.

Lo anterior, se establece en virtud de que quien traspasa los umbrales de una vivienda destinada a morada, no lo hace específicamente para estar dentro del perímetro de ésta sino que su voluntad va encaminada a realizar actos, que la Ley determina como delitos, en agravio de las personas que habitan o co-habitan en dicho lugar o en los bienes que se encuentran en el interior de esta vivienda.

Por esto la acción de introducirse se establece, por sí misma, como un medio para realizar otro tipo de conducta distinta a la primeramente desplegada y siempre, dichos actos posteriores son de los que la Ley establece como delictivos. Aunque esta no es la regla, suele ocurrir que en la realidad el noventa y cinco por ciento de estas conductas o hechos, son de los tipifica el ordenamiento legal penal vigente.

CAPÍTULO IV
PROPUESTA DE SUPRESIÓN DEL ALLANAMIENTO DE
MORADA COMO DELITO DEL CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL.

A) EL ALLANAMIENTO DE MORADA COMO UN MEDIO PARA
COMETER OTROS DELITOS.

Como ya lo señalamos en su momento, han existido en la historia acontecimientos de personas cuyas facultades mentales se encuentran atrofiadas, en los cuales se introdujeron a sitios habitados por personajes públicos y con toda seguridad, quien llevó a cabo el acto de referencia, pudiera argumentar que únicamente se introdujo burlando la vigilancia de quien debía cuidar la introducción de cualquier persona; para el efecto de saludar al personaje famoso o reconocido.

No obstante lo anotado, resulta obvio que aquella persona que se introduce en una morada, cubriendo los extremos que para el efecto dispone el artículo 285 del Código Penal para el Distrito federal, lleva a cabo el acto con el afán de cometer más ilícitos, pues una vez introducido en el sitio por él escogido, tiene la opción de cometer una amplia gama de delitos, lógicamente los patrimoniales, pues la vieja conseja señala que

B) EL ALLANAMIENTO DE MORADA COMO AGRAVANTE EN DIVERSOS DELITOS.

Carlos Vidal Riveroll, considera que las circunstancias agravantes nos ubican en el principio general de que la medida de la sanción destinada a un obrar delictivo, deriva de la gravedad del hecho, la que se valora conforme a diversos criterios: primero, tendencia del daño social; segundo, la sprinta criminosa, y tercero, el deber violado.

Para saber cómo se llevó a cabo la conducta delictuosa, es importante tomar en cuenta las circunstancias del propio obrar, y que el arbitrio judicial haga su aparición para individualizar en forma concreta la sanción destinada al infractor, porque, concluir que alguien obró en el extremo de una agravante, y que es merecedor de una mayor penalidad, sólo redundaría en perjuicio de él y en nada afecta a la sociedad.

Como ejemplos, pueden mencionarse el robo ejecutado con violencia en las personas o en las cosas, que es motivo de aumento en la sanción y equivale a un agravante, el fraude

maquinado que origina mayor castigo respecto al simple, pero es pertinente señalar que las agravantes funcionan con más objetividad, tratándose de las lesiones y del homicidio.

Las circunstancias agravantes que se manejan en torno a las lesiones y el homicidio, son la premeditación, la ventaja, la alevosía y la traición.

Como dichas circunstancias, también se aplican en el delito objeto de nuestra tesis, haremos una breve mención de cada una de ellas.

La premeditación significa la reflexión para cometer un delito.

La ventaja es la superioridad del agente en parangón con la víctima y la invulnerabilidad que guarda frente a ella.

La alevosía es toda cautela empleada para asegurar la comisión de un delito.

La traición es considerada como una alevosía específicamente cualificada, porque concurre la perfidia que es la de lealtad o el quebrantamiento de la fe y seguridad debidas,

que expresa o tácitamente se promete, o debe por las relaciones de parentesco, gratitud u otro vínculo que inspire confianza.⁸⁸

Quien se introduce cumpliendo los extremos previstos por el artículo 285 del Código Penal para el Distrito Federal, principalmente lo hace de manera premeditada

El Código Penal de aplicable en el Distrito Federal, en su artículo 381 bis, dispone:

“Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse se aplicarán de tres días a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación, no sólo los que están fijos en la tierra, sino también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos.

“En los mismos términos, se sancionará al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías.

⁸⁸ Cfr. VIDAL RIVEROLL, Carlos. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. Tomo a-ch México 1996 9ª. Edición. Págs. 462 y 463.

Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo.”

Notemos que en el caso que nos ocupa, el allanamiento de morada es un agravante del delito de robo, definido éste como el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley.

Por lo explicado, sostenemos que el delito objeto de análisis en este trabajo de investigación, si se constituye en agravante para diversos delitos.

Así también podemos decir lo contrario que este delito en algunas ocasiones es considerado como tal pero esto ocurre solo en casos especiales como lo citamos en la siguiente jurisprudencia :

séptima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 181-186 Segunda Parte
Página: 107

VIOLACIÓN Y ALLANAMIENTO DE MORADA. NO ABSORBE AQUEL A ESTE. El delito de allanamiento de morada no queda inmerso en el de violación si a través de aquél se pretende consumar o se consuma el segundo.

No existe incompatibilidad de la norma que establece el delito primeramente enunciado, aun cuando se incurra en su comisión para lograr la consumación del de violación, en razón de que no se enfrentan disposiciones en las que una queda comprendida en la otra; ni se exige para la violación un proceder que, en forma autónoma, constituye allanamiento de morada. Estimar lo contrario obligaría a dejar impune cualquier comportamiento típico perpetrado por el agente y sólo sancionarlo por el originalmente propuesto

Amparo directo 84/83. Andrés Jiménez Fragoso. 6 de febrero de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Miguel Olea Rodríguez.

Séptima Época, Segunda Parte:

Volúmenes 157-162, pág. 105. Amparo directo 1490/81. José Luis López Sigueros o José Luis López Sigero. 4 de junio de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

C) EL ALLANAMIENTO DE MORADA. SUBSUMIDO POR DELITOS MÁS GRAVES.

Subsumir significa incluir algo en un conjunto más amplio, y, verbigracia, diversos delitos sexuales, actualmente denominados contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, se cometen una vez que el sujeto activo del ilícito allanó un domicilio, no obstante la gravedad de la violación, por ejemplo, subsume al allanamiento de morada, lo cual nos da fundamento para determinar que el ilícito en mención no es tomado en consideración en el momento de individualizar la pena.

Lógicamente, criticamos el hecho de que un delito aparentemente grave, subsuma al allanamiento de morada, crítica que fundamenta nuestra postura en el sentido de considerar que el allanamiento de morada debe ser suprimido de los tipos penales contemplados por el Código Penal para el Distrito Federal.

Apoyamos nuestra postura en el hecho de que el Agente del Ministerio Público, en su función de órgano investigador, no le concede importancia alguna si el delito fue cometido en el

departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada por el sujeto pasivo del delito

Igualmente, el órgano jurisdiccional no le concede importancia alguna a las circunstancias apuntadas, motivo por el cual reiteramos que existen causas suficientes para proponer que el allanamiento de morada, deje de ser considerado como delito por el Código Penal para el Distrito Federal.

Ya que la interpretación del Poder Judicial Federal es clara y precisa en este aspecto por lo que citamos la siguiente jurisprudencia respecto al robo a casa habitación .

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, CXVIII

Página: 36

ROBO EN CASA HABITADA. La calificativa de haberse perpetrado el robo en casa habitada, subsiste aún en los casos en que el reo se valga del engaño para introducirse en dichos recintos, ya que es indiferente para los efectos de la existencia de dicha calificativa, el medio de comisión por furtividad, engaño o violencia de que se valga el agente para entrar a la casa habitada, habida cuenta de que al través de dicha calificativa, se está reprimiendo también la lesión inferida al bien jurídico de la incolumidad o inviolabilidad de la morada, bien jurídico que se vulnera también cuando el agente, por medio del engaño, obtiene el consentimiento viciado de la víctima, para introducirse a su morada.

Amparo directo 7731/66. Benjamín Granados Campos. 21 de abril de 1967. Cinco votos Ponente. Abel Hutrón y A.

Así también podemos citar una referente a el delito de homicidio en su artículo 315 bis párrafo segundo del Código Penal Vigente Para el Distrito Federal la letra dice :

”También se aplicara ala pena a que se refiere e artículo320 de este Código cuando el homicidio se cometiera intencionalmente en casa -habitación habiéndose penetrado en la misma de manera furtiva con engaño o con violencia , o sin permiso de la persona autorizada para darlo “

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El allanamiento de morada debe desaparecer de los tipos penales contenidos por el Código Penal para el Distrito Federal .

SEGUNDA .-El allanamiento de Morada, generalmente es un medio para cometer otros ilícitos en virtud de que quien se introduce en las condiciones previstas por el artículo 285 del Código Penal para el Distrito Federal , se ubica para llevar a cabo otras conductas ilícitas , empero principalmente delitos patrimoniales como el robo.

TERCERA .-Proponemos que sea derogado del Código Penal para el Distrito Federal el allanamiento de Morada como delito , por tratarse mas justamente de un agravante de diversos ilícitos por lo explicado en el cuerpo del presente trabajo de investigación .

CUARTA .-El allanamiento de Morada , por regla general , es subsumido por otros ilícitos , sin considerarlos como agravante de los mismos , por no dársele la importancia que debería tener, ello nos sirve de base para considerar la posibilidad de que el mismo sea derogado del Código Penal para el Distrito Federal .

QUINTA .-Este trabajo no debe ser considerado como una apología del Allanamiento de Morada o como un reconocimiento a la licitud de la conducta para considerar que quien se introduce a un inmueble en los extremos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal , lo hace de manera legal , lo que que tratamos de resaltar es el criterio que se aplica al valorarlo . porque según nuestra óptica es considerado como algo intrascendente en otros ilícitos o en el mejor de los casos , un agravante del delito.

SEXTA.-El Allanamiento de Morada se trata de una conducta delictiva de peligro fundamental y es por ello que consideramos que el sujeto activo de este ilícito esta en total y plena aptitud para realizar otros ilícitos y en esas condiciones , la primera acción se convierte en el medio idóneo para realizar otros hechos delictivos realmente graves , los cuales ya lo dijimos por su naturaleza subsume el ilícito objeto de nuestro trabajo de investigación.

SÉPTIMA.-Lo señalado en las presentes conclusiones , sin lugar a dudas confirma nuestra postura inicial en la investigación en el sentido de proponer la supresión del Allanamiento de Morada como delito del Código Penal para el Distrito Federal.

BIBLIOGRAFÍA

AMACHÁTEGUI REQUENA , IRMA GRISELDA, DERECHO PENAL EDITORIAL HARLA . MÉXICO 1990 2ª EDICIÓN .

BERNALDO DE QUIROS, CONSTANCIO . DERECHO PENAL. EDITORIAL CAJICA . MÉXICO 1949.

CARNELUTI, FRANCESCO . EL DELITO. TRADUCCIÓN DE SANTIAGO SENTÍS .MELENDO . EDITORIAL EJE A . BUENOS AIRES, ARGENTINA 1952.

CARRANCA Y TRUJILLO , RAÚL Y OTRO. DERECHO PENAL MEXICANO EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1995 15ª EDICIÓN .

CASTELLANOS TENA , FERNANDO . LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL . EDITORIAL PORRÚA . MÉXICO 1999 37ª EDICIÓN .

DÍAZ DE LEÓN . MARCO ANTONIO . CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS EDITORIAL PORRÚA . MÉXICO 1997 2ª EDICIÓN .

GARCÍA RAMÍREZ , SERGIO. DERECHO PENAL . EDITORIAL MC GRAW HILL. MÉXICO 1997

JIMÉNEZ DE ASÚA , LUIS. LA LEY Y EL DELITO . EDITORIAL SUDAMERICANA . BUENOS AIRES ARGENTINA 1988.

LISZT , FRANZ VON . TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO I
TRADUCIDO POR QUINTILIANO SALDAÑA .EDITORIAL REUS
MADRID S/F

LÓPEZ BETANCOURT , EDUARDO . INTRODUCCIÓN AL DERECHO
PENAL .EDITORIAL PORRÚA . MÉXICO 1995 3ª EDICIÓN .

ORTOLAN M. TRATADO DE DERECHO PENAL . TOMO I .
TRADUCCIÓN DE MELQUIADES PÉREZ RIVAS LIBRERÍA DE
LEOCADIO LÓPEZ MADRID ESPAÑA 1878

PORTE PETIT CANDAUDAP , CELESTINO . APUNTAMIENTOS PARA
LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL . EDITORIAL REGINA .
MÉXICO 1973.

VELA TREVIÑO, SERGIO. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD .
EDITORIAL TRILLAS MÉXICO.1985

VILLALOBOS IGNACIO . DERECHO PENAL MEXICANO .
EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1985.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL . MANUEL DE DERECHO PENAL.
CÁRDENAS EDITORES . MÉXICO 1986.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

DIVERSOS

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. CUATRO TOMOS . EDITORIAL
PORRÚA UNAN MÉXICO 1996 9ª EDICIÓN .