

2ej
8-15



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO A
QUE SE REFIERE EL ARTICULO 258 FRACCION II
DEL CODIGO PENAL (JUEGOS PROHIBIDOS)**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
JOSE LUIS ZEPEDA SUAREZ**

MEXICO, D. F.

1986

SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
SECRETARIA DE CULTURA Y TURISMO
SECRETARIA DE ECONOMIA



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Página

Capítulo I

Del Delito en General	2
A) Las Escuelas Penales	12
B) Teorías que estudian al Delito	23
C) Clasificación de los Delitos	28

Capítulo II

La Conducta

A) Generalidades	34
B) Aspecto Negativo del Elemento	48
C) La Conducta en el Delito a Estudio	57

Capítulo III

La Tipicidad

A) El Tipo y La Tipicidad	61
B) Aspecto Negativo y Ausencia de Tipo	77
C) La Atipicidad y el Tipo en el Delito a - Estudio	79

Capítulo IV

La Antijuridicidad

A) Generalidades	84
B) Las Causas de Justificación.....	92
C) La Antijuridicidad en el Delito a Estu - dio.....	100

Capítulo V	Página
La Culpabilidad	
A) La Imputabilidad como Presupuesto de la Culpabilidad.....	102
B) La Culpabilidad	109
C) El Aspecto Negativo de la Culpabilidad	119
Conclusiones	127
Bibliografía	130

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL

Antes de entrar en el Estudio del Delito debemos dejar aclarada la diferencia entre los conceptos de la Ciencia del Derecho Penal y la dogmática Jurídico Penal; dichos conceptos muchas veces se han manejado de manera indistinta y en forma incorrecta ya que no es lo mismo ver al Derecho Penal desde esos tres puntos de vista, es decir como una Ciencia, como un conjunto de normas y como un Dogmá; a este respecto podemos establecer que se llama - - Ciencia (1) al conocimiento de las cosas por su principio y su causa, asegura el Maestro Ignacio Villalobos "En la actualidad existe además una Ciencia del Derecho Penal puesto que ha llegado a formar un sistema de principios que fijan la Naturaleza del Delito, las bases, la Naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la Naturaleza la educación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado (2).

De lo que podemos desprender que la Ciencia del Derecho Penal Estudia no solo al Derecho Penal sino a la Dogmática Jurídico Penal y la Historia --

- (1) Diccionario de la Real Academia de la -- Lengua Española. Editorial Espasa Calpe S. A. 19a. Edición, Madrid 1970 Pág. 299
- (2) Ignacio Villalobos Porrúa. 3a. Edición, - México 1975. Pág. 19.

del Derecho Penal, las fuentes del Derecho Penal etc. con un método específico que lo forman los principios que tiene toda Ciencia en General para determinar en el caso concreto del Derecho, el ámbito Jurídico de su desenvolvimiento y su Estudio, el Maestro Castellanos Tena al Hablar del tema establece "La Ciencia del Derecho Penal es esencialmente Normativa; su objeto lo constituye de modo esencial el estudio del Derecho Penal en forma ordenada, sistemática y racional.. "(3).

Por otro lado el Penalista Eugenio Cuelo establece que la Ciencia del Derecho Penal "El conjunto de principios relativo al Delito a la Pena y la medida de seguridad (4) para este último autor la Ciencia del Derecho Penal tiene un ámbito menos amplio -- pues solo estudia el Delito, Pena y medidas de seguridad; por otro lado el Maestro Porte Petit establece -- una diferencia más amplia al decir "Concluimos que -- son diferentes, Derecho Penal, Ciencia Penal y Ciencia del Derecho Penal.

(3) Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 11va. Edición México 1977, Pág. 25

(4) Eugenio Cuelo Calón. Derecho Penal, Tomo 1 (Parte General), 2a. Edición Editora, Barcelona 1963, Pág. 12.

El Primero es el Conjunto de Normas Jurídico Penales, La Segunda es el conjunto de principios que se refiere al Delito, Delincuente, Pena y Medidas - de Seguridad y la tercera es el Estudio de las Normas Jurídico Penales o sea la Dogmática Jurídico Penal" (5).

Al hablar de la Dogmática Jurídico Penal nos dice Castellano Tena "La disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, sistematizar los principios rectores del ordenamiento Penal Positivo" (6) por otro lado Maggiore habla al respecto "Literalmente, Dogmática se significa "Ciencia de los Dogmas" o sea de las Normas Jurídicas dadas Dogmáticamente, como verdades-ciertas e indiscutible" (7).

El Maestro Porte Petit nos dice "en verdad la - Dogmática Jurídico Penal, es la disciplina que estudia el contenido de las normas Jurídico Penales para extraer su voluntad, con base en la interpretación, - construcción y sistematización." (8)

(5) Celestino Porte Petit. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal I, Editorial Porrúa, Sa. México 1980, Pág. 28

(6) Op. Cit. Fernando Castellanos Tena Pág. 24

(7) Giuseppe Maggiore. Derecho Penal, Editorial Thémis, 4a. Edición Bogotá, 1945. Pág. 55

(8) Op. Cit. Porte Petit.- Págs. 31 y 32

En cambio el Derecho Penal desde el punto de vista personal es un conjunto de normas que se ocupan el análisis y el estudio del delincuente, de los delitos, de las penas y de las medidas de seguridad, que sirvan para mantener el orden social.

Por su parte el maestro Villalobos establece que el derecho penal "Es una rama del derecho público interno cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de la comunidad combatiendo por medio de las penas y otras medidas adecuadas, aquellas conductas que dañan o lo pongan en peligro" (9), osea que el Estado de una manera organizada trata de mantener el equilibrio social con un sentido proteccionista de aquella persona (Delincuente) que atente contra la misma sociedad en alguna de las mismas formas (Delitos)

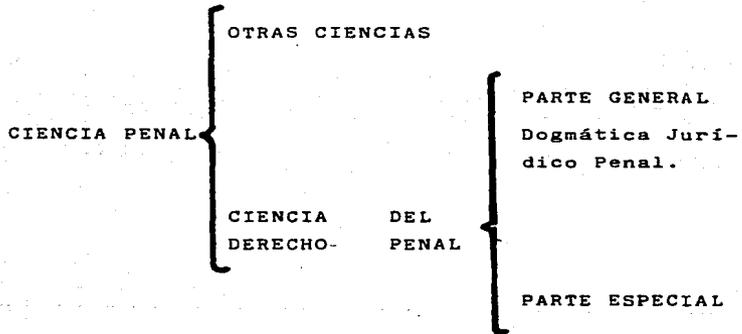
Castellanos Tena dice que el "Derecho Penal es la rama del Derecho interno relativa a los Delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social" (10), de lo que se desprende que los autores coinciden de que se trata de una rama del derecho público para mantener el orden social con la expedición de leyes que traen en su sentido interno una forma de decálogo,

(9) Op. Cit. Ignacio Villalobos Pág. 15

(10) Op. Cit. F. Castellanos Tena Pág. 19

ya que podríamos entender; por ejemplo: El Delito de Homicidio es el que priva de la vida a otro, - se considera que el interés de la norma es la protección de la vida diciendo en ese sentido intrínseco No Mates, pero si matas te condenaré a tantos años de prisión.

Para nuestro particular punto de vista diremos que la diferencia entre los conceptos vertidos se resuelve de la siguiente manera, para lo cual - podemos Ejemplificar.



Esto es, la Ciencia Penal es el marco donde se van a desenvolver las Ciencias Penales entre - las que se encuentra la Ciencia del Derecho Penal, que a su vez es el ámbito donde se estudiarán el - Derecho Penal en su parte General y Especial y es - la parte general donde se encuentra la Dogmática - Jurídico Penal.

Hay otros conceptos respecto del Derecho Penal que debemos dejar acentados que es el Derecho Penal en sentido objetivo y Subjetivo. El Maestro Porte Petit nos dice "El Derecho Penal se divide en Derecho Penal Subjetivo, y Derecho Penal objetivo debiendo entenderse por el primero la Facultad del Estado para determinar los Delitos, las Penas y las Medidas de Seguridad y la aplicación de estos correspondiendo al segundo el concepto Penal elaborado en líneas iniciales" esto es definiéndolo "El Conjunto de Normas Jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción" (11).

Existe también otros conceptos del tema, al afirmar el Maestro Pavon Vasconcelos que el Derecho Penal objetivo "es el conjunto de Normas Jurídicas que asocia al delito como presupuesto, la Pena como consecuencia Jurídica" y al subjetivo como la "Facultad del Estado para crear los Delitos, Las Penas y Medidas de Seguridad aplicables a quienes los cometan o a los sujetos peligrosos que puedan delinquir"(12).

(11) Op. Cit. Celestino Porte Petit. Págs 15, 19 y 20

(12) Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano Editorial-Porrúa 4a. Edición, México 1978, - - Pág. 17.

Por nuestra parte diremos que el Derecho Penal subjetivo es el conjunto de normas Jurídicas que el Estado establece para determinar los delitos, las penas y medidas de seguridad; y el Derecho Penal objetivo es el conjunto de normas que regulan el poder que tiene el Estado para la aplicación de las sanciones de los delitos.

Empezaremos ahora con el concepto del Delito, para lo cual nos referiremos un poco al propio vocablo delito (13) que se deriva del - Latín delictum; desde los tiempos de los Romanos el derecho se dividió en dos partes fundamentales como fué el derecho público y el derecho privado, de esta modo existió una dualidad, sin embargo podríamos preguntarnos en que rama de las anteriormente señaladas se encontraba - el derecho penal y éste no se ubica únicamente en el terreno del derecho público; al contrario existía un derecho penal privado y en este orden de ideas Mommsen ha señalado con razón que no es meramente un complemento necesario del derecho público del pueblo romano, sino que su conocimiento es también indispensable para explicar el derecho privado romano. El derecho penal se fundaba en la noción del delito o del delictum, la ley penal es una obligación ética prescrita por el estado como obligatoria, su infracción daba lugar al delictum y su consecuencia jurídica era la pena.

(13) Cfr.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI
Editorial Bibliográfica Argentina Pág.
181

De esta manera en la concepción Románistíca, existía Delitos Públicos y Delitos Privados, estos últimos eran una fuente de las obligaciones, así cuando se cometía el Delito de Robo, se obligaba a restituir al ladrón el doble de lo robado, así como en la concepción del Derecho Público se le denominaba Crímenes, en este caso -- era castigo por el Estado de acuerdo a la gravedad del mismo, estas ideas iban evolucionando y los Estudios del Derecho Penal los han agrupado en 4 etapas; El de la Venganza Privada, el de la venganza Divina, el de venganza Pública y el llamado Período Humanitario.

En el primer Período que se le ha denominado de las distintas maneras como la venganza de Sangre o Período Bárbaro en que por la falta de protección adecuada los grupos o las familias se protegen y hacen Justicia por sí mismos, al afirmar Ignacio Villalobos (14) desde luego no se pretende afirmar que estos constituya una etapa del Derecho Penal Refiriéndose a este período sino que se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hundieron sus raíces en las Instituciones Jurídicas -- que vinieron a sustituirla teniendo para comprobar su existencia, diversos datos y Documentos -- históricos a más del conocimiento de la Naturaleza Humana es cuando nace esta etapa la famosa -- Ley del Talión "Ojo por Ojo y Diente por Diente"

(14) Cfr.- Op. Cit. Ignacio Villalobos Pág. 25

De esta etapa se pasa a la venganza Divina en esta etapa el hombre ve en Dios al Juzgador y los Delincuentes son castigados en su nombre, el Maestro Castellanos Tena nos habla "Parece Natural que al revestir de los pueblos las características de la organización teocrática - todos los problemas se proyectan hacia la divinidad como eje fundamental de la constitución - misma del Estado así surge en el terreno de las ideas Penales el período de la venganza Divina; se estima al Delito una de las causas de descon-tento de los Dioses, por eso los Jueces y Tribu-nales Juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las Pe-nas para satisfacer su ira, logrando el desisti-miento de su justa indignación" (15).

En la tercera etapa llamada de la venganza Pública, se denomina así en virtud que la - colectividad es representada por los tribunales imponiendo Penas que verdaderamente eran inhumana-s, con un matiz pensamos que llegaba muchas - veces a la crueldad y todo esto para proteger a esa misma colectividad, el Maestro Castellanos-Tena (16) señala que en esta etapa donde el ingenio-del hombre para la crueldad se desarrolla tanto que inventa aparatos para tortura a los supues-tos Delincuentes ya que en esta etapa el Juzga-

(15) Op. Cit. Fernando Castellanos Tena
Pág. 33

(16) Cfr.- Idem página 34.

dor se vuelve un pequeño Dios, al sentirse omnipotente al grado de sacar un cadaver de su tumba para procesarlo y haciendo el uso de calaboso, celdas de hierro que eran propiamente una jaula, existía la decapitalización etc.

Y por último aparece el período Humanitario como producto del Cristianismo, tratando con sus Doctrinas encontrar la Fraternidad Universal y no es sino hasta mediados del siglo XVIII donde empieza a tomar forma con el impulso de Cesar Bonnesana conocido en su tiempo como el Márquez de Beccarea que a su vez había tenido como base a grandes pensadores como Rousseu, Voltaire, - - Marx, éste a su pensar del Maestro Villalobos establece "Por lo que ve a la Reforma Penal, fue acertadamente designado por el Destino y por algunos amigos suyos y compañeros de la Revista IL, Caffé, el joven Cesar Bonnesana, Márquez de Beccarea. Su síntesis admirable vio luz timidamente en el año de 1764 publicándose anónima y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividades del autor en Lornia, este Libro intitulado del Delito y de Pena se une la crítica demodadora de los sistemas empleados hasta en tonces a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas: se propone la certeza contra las atrocidades en las penas; suprimiendo los indultos y las gracias se orienta la represión hacia el porvenir..." (17) y una serie de medidas más tendientes a humanizar el Derecho Penal siendo en esta etapa donde empieza el verdadero sentir el propio Derecho Penal como una ver

(17) Op. Cit. Ignacio Villalobos Págs. 30

dadera Ciencia al servicio de los hombres y la sociedad.

La mayoría de los autores agregan una etapa científica del Derecho Penal que abarca - desde el inicio de las ideas de Beccarea hasta - culminar con Francisco Carrara; y otros más opinan que termina hasta el positivismo de Ferrí, que veremos más adelante. Por nuestro lado establecemos que la etapa científica del Derecho Penal no ha terminado aún en nuestros días y - no va hacer hasta cuando se sistematice en forma General.

A) LAS ESCUELAS PENALES

Al llegar la etapa del humanismo al Derecho Penal y las ideas vertidas de Cesar Bonnesana, Márquez de Beccarea nacen las corrientes -- llamadas por todos los autores como "Escuelas" denominadas así por sus principios y concepciones del Derecho Penal. La primera de ellas fue la llamada Escuela Clásica que recibió el nombre dicen algunos autores por el propio exponente de la misma, Francisco Carrara en cambio -- otros aseguran que fue Enrique Ferrí quien la -- bautizó de esta manera para significar de manera contraria a lo que se podía imaginar, esto -- es, como lo máximo, sin embargo el citado Ferrí estima a esa escuela como lo decadente.

Antes de analizar la concepción del Delito - por la Escuela Clásica, debemos de señalar los au tores que dieron el marco a estas ideas Penales.

El primer Autor que podríamos citar es a Manuel Kant quien consideraba a la Pena como un impe rativo categórico, es decir una exigencia de la ra zón y de la Justicia y una consecuencia de Natura leza Jurídica del Delito cometido, la imposición - de esta Pena es con fines de Justicia, fundamentán dose en el principio de la retribución Jurídica, - esto es si tú cometes este Delito lo Justo es que tengas cierta Pena por el mismo, por otro lado esta Pena debe de ser de tal magnitud al Delito, notando como para el Autor en cierta manera regresa hacia el pasado, pues esto se puede tomar como si fuese la Ley del Talión que ya habíamos tratado.

En segundo término hablaremos de Giadoménico Romagnosi, quien no esta de acuerdo en que el fun damento del Derecho Penal se pueda encontrar en el contrato Social, sino como una necesidad Jurídica; un Derecho que se ejercita en forma de previsión, - castigando los Delitos pasados para conjurar los - Delitos futuros, es decir la Pena tiene como finalidad la prevención de los delitos por el medio in timidatorio.

Por otro lado tenemos a Federico Hegel, quien considera que el Delito es una expresión de la vo luntad animal por lo tanto irracional, debiendo a-

plicarse la pena que es una representación de la voluntad racional que la propia Ley interpreta - fundamentalmente piensa que el Delito es la negación del Derecho y la Pena es la negación del Delito.

Otro de los precursores de esta corriente - es Juan Anselmo Feuerbach: para este Autor el imponer una Pena debe existir forzosamente una Ley anterior, siguiendo el criterio (Nulla Poena Sine Lege) y para poder aplicar esta Pena es necesario que esa acción cometida sea considerada como Delito. (Nulla Poena sine Crimine) además la Ley es la que crea un vínculo necesario entre la violación de la Ley y la consecuencia que es propiamente la pena (Nullum Criminis sine Poena Legalis).

Pellegrino Rossi es uno de los tratadistas que fue un pilar sumamente importante a decir de los Doctos de la materia, puesto que consideraba que la Pena era una remuneración o pago del mal - realizado, hecha con peso y medida por un Juez legítimo, opinando que existe un orden de tipo moral que es obligatorio para todos los hombres, -- ese orden en cuanto se puede reflejar en las relaciones tanto políticas como Jurídicas de la convivencia humana, teniendo como finalidad la Pena, - la Justicia; y la Utilidad como un límite.

Por último diremos que para Giovanni Carmignani expone que el Derecho de castigar encuentra su origen en la necesidad política.

Francisco Carrara quien es el sustituto de Carmignani en la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Pisa, es el principal expositor de la Escuela Clásica, al decir de Villalobos "La Obra de Carrara consumó la fusión de los principios de utilidad y de Justicia como básicos del Derecho de castigar, señalando como un fundamento y aspiración suprema la tutela del orden Jurídico y haciendo notar que todo exceso no sería protección del Derecho sino violación del mismo, abuso de la fuerza, tiranía, en tanto que todo defecto en las Penas significaría traición del Estado a su propio cometido y continúa resumiendo el pensamiento de Carrara al decir como consecuencia de este fin esencial de protección de los Derechos, encuentra indispensable una atención esmerada en los ritmos y garantías procesales y puesto que su Escuela se inspira en los principios liberales, sostiene con ahínco la legalidad de los Delitos y de las Penas, define minuciosamente las circunstancias modificativas de la responsabilidad, principalmente de los agravantes, lo que a su vez orientará a los jueces de aquéllos datos importantes que deban buscar para la individualización de la condena y protesta ciudadano minucioso al examen del Delito en su aspecto interno definiendo detalladamente las figuras o tipos de los Delitos" (18).

Carrara tiene una definición del Delito, al que le denomina Delito Civil y encontraremos una similitud entre el concepto actual que tenemos - del Delito y que veremos más adelante, nos dice Carrara "El Delito Civil es una infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los Ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (19) de esta manera define Carrara al Delito el cual lo - demonina Civil, así mismo nos dice "La Palabra - Delito se deriva comúnmente de delinquir, abandonar y equivale al abandono de una Ley" (19) bis

Así mismo explica todos y cada uno de los elementos que encierra en esta definición, considerando que es una infracción de la Ley, por que no se puede reprochar a un hombre sino existe - una Ley prohibitiva, es del Estado Limitando el concepto a la violación de las Leyes dictadas -- por el hombre, promulgada para que una Ley sea - obligatoria debe haber sido promulgada para el - conocimiento de aquéllos que habrán de observarla, para proteger la seguridad, en tanto que está destinada a proteger la seguridad pública y - privada por otro lado dice que los Ciudadanos para expresar la idea de seguridad pública por el

(19) Francisco Carrara.- Programa del Curso de Derecho Criminal Editorial Bôgo tá 1956, Pág. 44

(19) bis Idempágina 44

hecho que perjudique a un solo ciudadano sin disminuir siquiera en la opinión, esto es la seguridad de los demás, que resulta de un acto exterior no para que solo estos actos puedan ser Penados, son del hombre ya que el sujeto activo a quien llama primario no puede ser más que el hombre ya que es el único que estaba dotado de su voluntad racional, positivo o negativo lo refiere que puede ser cuando el sujeto actúa (acción) o cuando deja de hacer algo que está obligado de acuerdo a la Ley que denomina inacción (omisión), moralmente imputable ya que afirma que el hombre está sometido a las Leyes Penales en virtud de su Naturaleza: moral y Políticamente ya que este se presenta como dato meditado e inmediato al turbarse la seguridad de los Ciudadanos.

La Escuela Clásica termina su Ciclo con Enrique Pessina notable autor Italiano quien no se apartó por cierto de los Postulados básicos de la ya citada Escuela, pero consideró el aspecto social del Derecho, sostuvo que el Derecho Penal se encuentra en relación con todas las ramas del Derecho que a su vez se unen a la vida individual y social del hombre.

Podemos resumir los principios fundamentales de la Escuela Clásica en los siguientes.

- 1.- El Delito es un Ente Jurídico
- 2.- La Ciencia del Derecho Penal (Criminal) es un orden de razones emanado de la Ley moral Jurídica.

- 3.- La Tutela Jurídica es el fundamento legítimo de la represión que también es su finalidad.
- 4.- La Pena debe ser proporcional al daño que ocasiona con la comisión del Delito.
- 5.- La Responsabilidad se funda en la Imputabilidad moral.
- 6.- El libre albedrío como Dogma.
- 7.- Igualdad de Derechos.

La escuela positiva nace con los estudios realizados por Cesar Lombroso a quien se le atribuye el nacimiento de esta Escuela; estos estudios se refieren al Delincuente y al Delito de un modo experimental, es el creador de la Antropología Criminal en su Obra El Hombre Delincuente; La Escuela positiva podemos manifestar es la faz antropológica de la nueva corriente científica y la demostración de la eficacia del método de observación y experiencia para el estudio de los problemas de Criminalidad. Poco después aparece la Obra de Enrique Ferri "La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío, en el cual sostiene - que el método positivo debe ser aplicado a la Ciencia Penal. Por último aparece Rafael Garófalo con un criterio netamente Jurídico en sus Obras "Criterio Positivo de la Penalidad" y -- "Criminología".

Del esfuerzo de estos tres pensadores -- surgieron los principios fundamentales de la -- Escuela Positiva, podríamos decir que las diferencias que existen entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva es que mientras Ferri se propone como objeto en el campo práctico la diminución de los Delitos y en el campo teórico para alcanzar precisamente ese objeto práctico, se propone el Estudio concreto del Delito no -- como atracción Jurídica sino como acción Humana como hecho natural y Social.

Eusebio Gómez comenta "La Escuela Positiva adapta el criterio de que el Delito a de -- ser estudiado no solamente como relación Jurídica sino además y ante todo en quien lo comete. Figura poco, en su programa, La consideración del Hombre Delincuente.

"Para la Escuela Positiva el Derecho Penal es derecho de defensa Social a las necesidades de esa defensa es que ella encuentra su legítimo fundamento.

"La responsabilidad no finca según la Escuela Positiva, en la voluntad inteligente y -- libre atribuida al autor del Delito por la Escuela Clásica.- El libre albedrío para ella es solo una ilusión de cualquier modo, la sanción debe ser impuesta al Delincuente presedida -- de toda actuación y medida la culpa moral.

"El Delito es el resultado de causas superiores a la libre voluntad del individuo y ese -- por el hecho de formar parte del cuerpo social". (20).

Como ya habia dicho de los tres exponentes el jurista es sin duda alguna Rafael Garófalo - - quien de su propia definición del Delito como "La violación de los sentimientos altruista de piedad y de probidad en la medida media que es indispensable para la adaptación de los individuos a la sociedad" es definición es de las llamadas Socio--lógica.

Podriamos resumir las principales diferencias entre las dos tendencias de la siguiente manera:

- 1.- La Escuela Clásica sigue un método deductivo
La Escuela Positiva " " " Inductivo
- 2.- La Escuela Clásica el Delito es un ente Jurídico.
La Escuela Positiva " " es un hecho Humano.
- 3.- El Delito es producto de la voluntad (Clásica)
El Delito es producto de causas antropológicas físicas y sociales

(20) Eusebio Gómez.- Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires 1939, Pág. 70

- 4.- Se basa la responsabilidad en el libre albedrío.
Niega al libre albedrío.
- 5.- La Escuela Clásica no estudia al Delincuente.
La Escuela Positiva estudia al Delincuente.
- 6.- La Escuela Clásica la Pena es retributiva
La Escuela Positiva la Sanksión es un medio de defensa.
- 7.- La Escuela Clásica proporcional Pena al Delito.
La Escuela Positiva la Pena de acuerdo a la peligrosidad del Delincuente.

LA TERSA SCUOLA

A raíz del nacimiento de las Escuelas Penales nace una posición ecléctica (como sucede en muchas ocasiones) derivada principalmente de la Escuela Positiva ya que ésta también se le conoce por algunos autores como el positivismo crítico y cuyos exponentes son Alimena y Carnevale de la Escuela Positiva adopta la negación del libre albedrío, concibiendo el Delito como fenómeno individual y social, aceptando el estudio del Delincuente de un modo científico y apoya el método inductivo y por otro lado acepta el principio de la Escuela Clásica, de la responsabilidad moral, distingue entre Delincentes imputables e inimputables, aun cuando niega al Delito el carácter de -

un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.

El tratadista Eugenio Cuello Calón (21) se hala que la imputabilidad deriva de la humana voluntad, la cual se haya determinada por su serie de motivos y tiene su base en la dirigibilidad - del sujeto, es decir en su aptitud para percibir-coacción psicológica; de ahí que solo imputables de sentir la amenaza de la Pena.

Son principios básicos de la Terna Scoula, en opinión del Maestro Penalista Cuello Calón (12) los siguientes:

- a) La imputabilidad basada dedigibilidad de los actos del Hombre.
- b) La Naturaleza de la Pena radica en la coacción Psicológica.
- c) La Pena tiene como fin la defensa Social.

Otra corriente derivada de esta Escuela o tendencia es la llamada Escuela Sociológica enca bezado por Von Lizst según el Juspenalista Jiménez de Asúa al afirmar "Por su dualismo al utilizar metodos Jurídicos de un lado y experimentos por otro, por su concepción del Delito como autoridad Jurídica y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del Estado peligroso y en concecuencia de las Penas y de las me

(21) Cfr.-Op. Cit. Eugenio Cuello Calón Pág. 46

didadas de seguridad" (22).

Existen otras teorías derivadas de estos - como las teorías de Gassand en Francia y Sebas- - tian en Intalia pero que no tiene caso para nues- - tro punto de vista personal por que es una suma - de todas en general al igual que la llamada Direc- - ción Técnico Jurídica sostenida por Rocco, Maurin, - etc. que el objeto en el estudio del Derecho Posi- - tivo con una visión técnica de sus principios fun- - damentales de sus propias Instituciones.

B) TEORIAS QUE ESTUDIAN AL DELITO

Hemos dejado asentado el origen del propio voca- - blo del cual se deriva la palabra Delito,, asi co- - mo su evolución atravez del tiempo y la defini- - ción de algunas Escuelas como la Clásica y la Po- - sitiva, esta concepción y los elementos que para - esas corrientes debería contener para ser conside- - rados como tales.

Atinada es pues la observación hecha por - el Maestro Porte Petti (23) señala que asi como - hay una teoría general del Delito que esta com- - prendida en aquellas y recibe la luz y a la vez - la ilumina.

(22) Luis Jiménez de Asúa.- La Ley y el De- - lito.- Editorial Hermes 2a. Edición,
Buenos Aires 1954, Pág. 71

(23) Cfr.-Op. Cit. Celestino Porte Petit. pag

La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos y aspectos negativos y las formas de manifestarse. Consecuentemente la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: Existencia del delito, su inexistencia, y su aparición del mismo.

El delito puede ser visto desde diferentes puntos de vista, aquí tenemos que el maestro Ignacio Villalobos dice "La palabra delito deriva del sufijo Delictum del verbo linquere a su vez compuesto de linquere, que significa dejar y el prefijo de, en la connotación peyorativa se toma como delinquere viam o rectum viam: dejar de abandonar al buen camino"(24).

Pero existe el concepto que a la mayoría de los autores han bautizado como concepto jurídico del delito, esto es, una noción que tiene su origen en el propio derecho sin agregar elementos causales o explicativos y de esta clasificación se han elaborado a su vez dos conceptos fundamentales que son la noción jurídico formal del delito y la noción jurídico substancial del delito.

En la noción jurídico formal del delito la propia ley establece lo que se debe entender -- por delito, por ejemplo en nuestro código penal

en su Artículo 7o. que establece que "El Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales" (25) esta definición no escapa a la crítica por que en ella encierra a un solo elemento que es la conducta en sus 2 formas, la acción y omisión que veremos más adelante con más profundidad.

Dentro de la segunda acepción del Delito, que es la Jurídico substancial, es como su nombre lo indica los elementos o substancias que contiene el Delito que a su vez se divide en 2 grandes corrientes.

La concepción totalizadora también llamada Unitaria del Delito, es la primera la cual -- considera al Delito como un bloque monolítico, -- es decir que es imposible ser dividido en elemento, el Delito es considerado como un todo orgánico y como tal se debe estudiar para poder -- comprender su significado.

La segunda es la Analítica o Atomizadora la cual estudia al Delito através de sus elementos constitutivos pero sin perder la conexión -- que existe entre los mismos de tal manera que no se niegue su unidad; es de aquí que los diversos actos señalados como elementos del Delito dando origen a las llamadas concepciones y que son Bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas etc. de acuerdo al número de elementos.

(25) Código Penal, Editorial Porrúa, 33a. Edición, México 1980 Pág. 9

Como ejemplo tenemos varias definiciones del Delito para Franz Von Lizst es "El acto humano culpable antijurídico y sancionado con una Pena" (26), para Edmundo Mezger "La acción típicamente antijurídica y culpable" - (27) para Jiménez de Asúa "es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones abjetivas de Penalidad a un hombre y sometido a una sanción" (28), para Eugenio Cuello Calón "Es la acción humana antijurídica típica culpable y punible". (29)

Como se puede observar de las definiciones anteriores los diversos autores enumeran varios elementos que deben contener el Delito.

Desde nuestro particular punto de vista diremos que los elementos del Delito son: La Conducta, La Tipicidad, Antijuridicidad y la Culpabilidad (teoría tetratómica) sin considerarle elemento del Delito la Imputabilidad que es un presupuesto de la culpabilidad y que veremos en su oportunidad y la punibilidad que es una consecuencia necesaria por el Delito cometido y que veremos brevemente al -

(26) Franz Von Lizst. Tratdo de Derecho Penal Tomo II Editorial Reus, madrid 1927 Traducido por Luis Jiménez de Asúa Pág. 254

(27) Edmundo Mezger Tratado de Derecho Penal Tomo I Editorial Revista de Derecho Privado madrid 1955 Trad por José Antonio Rodríguez Muñoz Pág. 156

(28) Op. Cit. Luis Jiménez de Asúa Pág. 233

(29) Op. Cit. Eugenio Cuello Calón Pág. 156

terminar el estudio de los elementos.

Cabe hacer notar que cada elemento tiene un factor negativo o aspecto negativo los cuales si aparecen borran el carácter delictivo del Delito así pues tenemos.

ELEMENTOS

ASPECTOS NEGATIVOS

- | | |
|--------------------|----------------------------|
| a) La conducta | a) Ausencia de Conducta |
| b) La Tipicidad | b) La Atipicidad |
| c) Antijuridicidad | c) Causas de Justificación |
| d) Culpabilidad | d) Inculpabilidad |

Una vez dejado acentado las bases de nuestro estudio pasaremos al Análisis de todos y cada uno de ellos junto con su aspecto negativo, así como la aplicación de los mismo en nuestro Delito a estudio, no sin antes ver la clasificación de los Delitos desde diverso- - punto de vista, así como la adecuación de - - nuestro Delito a estudio a cada una de estas.

C) CLASIFICACION DE LOS DELITOS

A) En Función de su Gravedad.- Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones los Delitos se dividen en:

- | | | |
|-------------|---|---------------------------|
| 1.- Delitos | } | Clasificación Bipartita |
| 2.- Faltas | | |
| 1.- Crimen | } | Clasificación tripartita. |
| 2.- Delito | | |
| 3.- Faltas | | |

La clasificación aceptada por nuestro Derecho es la Bipartita ya que nuestro Código Regula al Delito en General y las faltas las deja a Leyes Administrativas. La figura estudiada es un Delito por estar precisamente tipificados en nuestro Código Penal como tal.

B) Según la conducta del Agente.- Se divide en Delito de acción y de Omisión, son Delitos de acción cuando se comete mediante una actividad positiva (un hacer) y de omisión cuando el Delito se comete por un dejar de hacer el sujeto cuando en la norma se le obliga a realizar un acto. (omisión simple) o cuando por la inactividad del sujeto produce un resultado material (omisión por comisión). Nuestro Delito - eminentemente es un Delito de acción, ya que se requiere una actividad positiva - para la comisión del mismo.

C) Por el resultado que produzca se dividen en: Delitos formales y materiales. Llamase formales en los cuales el tipo se agota con la sola actividad del sujeto activo sin la necesidad de un resultado material en cambio en los Delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado material, - nuestro ilícito analizado es de los -- llamados formales.

D) Por el daño que Causan se dividen en: Lesión y peligro, los de lesión son -- cuando causan un daño directo y efectivo en intereses Jurídicamente tutelados por la norma y los peligro son los que no causan daño directo al bien Jurídicamente protegido, si no que solo ponen en peligro, es decir la posibilidad de causar un daño. El Delito contemplado en la fracc. II de Art. 258 - del Código Penal puede ser de las 2 hipótesis ya que dice "Los jugadores o - espectadores" cuando se trate de jugadores se estara en presencia de un Delito de Lesión, ya que va en contra -- del menoscabo del patrimonio Nacional puesto que es un Delito contra la Economía Pública y cuando se trata de espectadores en presencia de un Delito de peligro.

E) Por su Duración puede ser: Instantáneo, permanente, instantáneo con efectos permanentes y continuado. Es instantáneo cuando la acción que los consume se perfecciona en un solo acto como el ilícito que estudiamos en el cual en el momento de la aprehensión de los espectadores o jugadores, ya que cuando el sujeto entra en el local en el cualquiera de las 2 calidades esta cometiendo el ilícito; instantáneo con efecto permanente cuando destruye o disminuye el bien Jurídico en forma instantánea pero los efectos duran a lo largo del tiempo como el Homicidio; es continuado cuando existen varias acciones y una sola lesión jurídica, un sujeto que va a robar se una caja de joyas y todos los días - va sacando una hasta completar la caja; y por último es permanente cuando por su propia Naturaleza puede prolongarse en el tiempo de duración a voluntad del sujeto activo como el caso de raptó.

F) Por el elemento Interno o de culpabilidad de los Delitos se dividen en: Dolosos, culposo y preterintencionales, es - Doloso cuando el sujeto decide llevar a cabo un ilícito y lo hace, en cambio se dice que un delito es culposo cuando el sujeto no quiere hacer ninguna conducta ilícita pero esta llega por su negligen

cia, impericia etc., es decir el sujeto actúa sin la cautela y precauciones exigidas por la Ley y por último la preterintencionalidad es cuando el sujeto se propone una conducta pero el resultado va más allá de lo que el sujeto se propuso realizar. Nuestro delito que se analiza es de los llamados dolosos.

- G) En función de su Estructura, existen delitos simples y delitos complejos. Llámese simples a los delitos en los que la acción que los determina es única e inesindible, como el homicidio, en cambio los delitos complejos son aquellos que los forma la suma de dos infracciones penales, dando nacimiento a un delito de mayor gravedad como por ejemplo el infanticidio. Por lo que respecta a nuestro ilícito es de los llamados simples.
- H) Por el número de actos que integran la acción típica, los delitos se dividen en: Unisubsistentes y Plurisubsistentes, los primeros se forman con un solo acto en cambio los segundos se encuentran formados por varios actos; como ejemplo de los delitos Unisubsistentes se encuentra el robo, el cual se perfecciona en un solo acto que es el apoderamiento, en cambio los delitos Unisubsistentes señalan varias acciones como el caso del delito previsto por el artículo 171 fracción I del Código Penal que señala que al que viole dos veces o más el reglamento de tránsito. Respecto a nuestro ilícito contemplado con la fracción II del artículo 258 del Código Penal es Unisubsistente, ya que se perfecciona en un solo acto.

- I) Por el Número de Sujetos, que interviene en la acción típica se dividen en: Unisubjetivos y Plurisubjetivos.- En el primer caso solo requiere un solo sujeto que es el caso de nuestro Delito estudiado, en cambio Purisubjetivos - se requiere de dos o más sujetos como ejemplo el Adulterio, nuestro ilícito estudiado es unisubjetivo.
- J) En cuando a su Persecución, puede ser de querrela y de Oficio.- en los primeros interesa el ofendido y solo el puede pedir la intervención de la máquina Jurídica, en cambio en los segundos la autoridad se ve obligada a intervenir por Ministerio de Ley, en nuestro Delito es de los llamados de Oficio.
- K) En función de la Materia son Comunes, Federales, Oficiales, Militares y Políticos.- Los comunes son aquéllos que --formulan las Legislaturas locales, los Federales se establecen en Leyes dictadas por el Congreso de la Unión, los -- Oficiales son aquéllos que comete un empleado o funcionario público en el mal ejercicio de sus funciones, los militares los que afectan la disciplina militar y por último los Políticos son aquéllos que lesionan los intereses del Es-

tado ya sea en si misma, en sus organismos o representantes. Nuestro Delito es común.

- L) Clasificación Legal se encuentra en el propio Código Penal que divide a los Delitos en 23 titulos, el Delito estudiado se encuentra en los Delitos contra la Economía Pública en el titulo Décimo cuarto.

C A P I T U L O I I

LA CONDUCTA

A).- GENERALIDADES.

Como lo analizamos anteriormente el primero de los elementos del Delito es la conducta, es pertinente señalar que anteriormente la mayoría de los autores no consideraban a la conducta como un elemento del delito, sino que señalaban a la acción como un elemento primario del delito, de esta manera la acción tenía un doble significado, - primero como elemento del Delito y segundo como un elemento de la propia acción; así tenemos que para el tratadista Sebastián Soler (30), el elemento primario tal como estaba concebido para la legislación y la técnica jurídica era la acción - y ésta era un el hecho humano voluntario positivo o negativo con un fin determinado; siendo que dicho concepto es lo que conocemos como la conducta, como veremos más adelante, en cuanto a la acción - como elemento de la misma, la diferencia conceptuándola como acción y nos dice "Es el acontecimiento exterior causado por el hombre tal como la Ley lo describe y delimita..." (31), misma acción adopta Fontán Balestra (32), al señalar que la acción es un hecho humano.

(30) Cfr.- Sebastián Soler.-Derecho Penal Argentino, Tomo I, Editora Tipográfica, - Buenos Aires 1956, pág. 292.

(31) Idem, pág. 300

(32) Cfr.- Carlos Fontana Balestra.- Manual de Derecho Penal.- Parte General.- Editorial de Palma, Buenos Aires 1949.-pág. 203.

Cabe señalar que dichos autores se refieren al concepto acción como elemento del delito y elementos de la propia acción, sin embargo consideramos que la denominación correcta es conducta, ya que dicho concepto evita la -- confusión de la acción en sus dos acepciones y puede además darnos un concepto más genérico, y encierra a dos elementos esenciales que son la acción y la omisión.

El maestro Pavón Vasconcelos al referirse al tema señala "AL citado elemento objetivo se se ha denominado de diversas maneras; unos hablan de acción, término genérico comprensivo de la acción, en sentido estricto y de la omisión, otros autores adoptan el término conducta y dentro de ésta incluye tanto la acción, - omisión, y el resultado. Entre nosotros Porte Petit prefiere hablar de conducta o hecho" - - (33), siendo de esta manera que dicho autor -- adopta el término de conducta y hechos por - - otra parte la clasificación que señala el Maestro Porte Petit tiene su sustentación en los Delitos de mera conducta y de resultado material, en los cuales los Delitos que tienen un resultado material se les debe denominar "Hecho", y a los de mera conducta cuando no sea necesaria para tipificación de un Delito de ese resultado material.

Por último, el Maestro Castellanos Tena - define la conducta como "...El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminando a un propósito." (34) analizando dicha definición podríamos encontrar los siguientes elementos que forman a la conducta:

a).- Comportamiento Humano.- Señala que - la conducta es un comportamiento humano porque, únicamente es el actuar humano el reelevante - para el Derecho, es decir, para nuestro estudio el que tiene trascendencia Penal, hallándose se el problema de las personas morales o también llamadas colectivas, en cuyo caso el Delito que cometan estas será a través de una persona física y es a ésta última a quién se atribuye el Delito.

b).- Voluntario.- Esto es, la voluntad es un elemento fundamental de la conducta, puesto que los movimientos corporales deben de ser encaminados a un fin delictivo para que puedan - tener trascendencia dentro del campo Penal, ya que nos encontramos que existen conductas involuntarias en cuanto no quiere llevar a cabo un Delito, pero éste se presta de manera culposa, como por ejemplo, el supuesto de que una persona maneja su automóvil y al atravesar, un cruce no se fija y arrolla a otra persona produciéndole la muerte; en este caso es evidente -

que la persona tenía voluntad en cuanto a manejar, es decir sus movimientos corporales estaban encaminados a la conducción del vehículo, no así a producir el resultado muerte (lo que se denomina doctrinalmente delito culposo que veremos más adelante en el capítulo respectivo)

c).- Positivo.- Se refiere a que el comportamiento del sujeto sea un hacer, lo que se entiende como la acción, en otras palabras el actuar del sujeto; esta acción tiene a su vez tres elementos:

- 1.- El movimiento corporal
- 2.- El resultado (de actuar)
- 3.- El nexo casual (La relación que existe entre el movimiento y el resultado).

d).- Negativo.- Hay casos en los que el estado obliga al sujeto a actuar en determinado sentido y cuando ello sucede y el sujeto no -- lleva a cabo lo que jurídicamente estaba obligado, estaremos en presencia de esa inactividad, y se presenta una violación al deber jurídico de obrar, lo que algunos tratadistas denominan omisión simple; existe también la llamada comisión por omisión u omisión impropia en la cual por la inactividad del sujeto trae como consecuencia un resultado material, en cuyo caso han señalado los estudiosos del Derecho, que existe una doble violación; una que es la violación al deber jurídico de obrar y otra de abstenerse a la producción del resultado causado por esa inactividad, esta inactivi-

dad tiene también sus elementos que son:

OMISION

- 1.- Voluntad (de no actuar)
- 2.- Inactividad
- 3.- Deber Jurídico de Obrar
- 4.- Nexo casual entre la inactividad y el deber jurídico de obrar

COMISION POR OMISION

- 1.- Voluntad (de no actuar)
- 2.- Inactividad
- 3.- Resultado Material
- 4.- Nexo Casual (entre el resultado y la inactividad).

e).- Encaminado a un propósito. En cuanto a la finalidad de la conducta, ya sea para la comisión de un delito o bien como actividad de la propia vida (Que no tiene trascendencia dentro del ámbito Jurídico), por lo que se refiere a la comisión del delito, ya señalamos que se puede presentar en forma dolosa y culposa, o bien puede ser delito preterintencional que es aquél en el que el sujeto quiere cometer una Delito pero su conducta va más allá de lo que esperaba (también se vera más ampliamente en capitulos posteriores).

Estos son, desde nuestro particular punto de vista los elementos de la conducta y sus dos formas que son la acción y la omisión para dejar aclarado en forma breve por lo que respecta a los delitos de omisión en los cuales existe un deber Jurídico de Obrar, podemos decir que son aquellos en que la Norma Penal señala ese deber de actuar por parte de los sujetos, sin embargo algunos autores consideran que ese debe Jurídico de obrar,

Siempre deriva de una norma penal, entre ellos el maestro Porte Petit (35) que señala que en cual ordenamiento debe de estar contenido el deber jurídico de obrar, señalando que es muy diferente y complicado la naturaleza jurídica del deber jurídico de obrar en los delitos de comisión por omisión o también llamados de resultado material por omisión.

Explica el citado tratadista que el deber jurídico de obrar consiste en una acción esperada y exigida, la cual debe de estar contemplada en una norma de carácter penal, es decir - debe de estar debidamente tipificada, ya que de otra manera su no realización, es decir el no cumplimiento de dicha obligación sería irrelevante dentro del campo penal; pero este deber jurídico no solamente tendrá su origen en la norma penal, sino además en otras dos hipótesis, señalando el mencionado tratadista (36) que el deber jurídico de obrar y cuya violación a la norma sea de dos tipos:

- a) De naturaleza penal
- b) De otra rama del derecho sea público o privado (norma extrapenal).

En el caso del deber jurídico de obrar -- puede ser derivado también de una anterior aceptación donde existe una obligación de realizar la acción esperada, en virtud de un negocio jurídico y especialmente sobre la base de un contrato y --

(35) Cfr.- Celestino Porte Petit pág. 308

(36) Idem págs 316 y 317

también ese deber jurídico, puede ser derivado de un actuar o acción precedente no doloso. De esta manera cuando el deber de obrar se deriva de un actuar precedente no doloso, pueden presentarse - dos hipótesis; cuando una acción puede lesionar - intereses jurídicos de terceros, o bien, aumentar el peligro en que ya se encontraban; casos en los que el sujeto está obligado o tiene el deber de - adoptar las medidas necesarias para evitar infortunios.

De esta manera vemos que el citado tratadista señala que el deber jurídico de obrar deriva de tres fuentes:

- 1.- De una norma penal
- 2.- De una anterior aceptación (contrato)
- 3.- De un actuar precedente no doloso

Por otra parte y respecto de la acción, - encontramos que uno de los problemas que existe - es el llamado nexo causal. Es decir, entre la -- conducta (acción y el resultado material, habiamos mencionado que era necesario que existiera en - tre ambos un nexo, al cual en la doctrina se le - ha denominado nexo causal, este tiene importancia, en virtud de que un sujeto puede llevar a cabo - una conducta y aparentemente pueda producir un re - sultado, como ejemplo cuando un sujeto le dispara a una persona y ésta cae muerta, situación que en - un principio se podría pensar que el disparo fué

TEORIAS DE LA
CASUALIDAD -
SEGUN LA DOC_
TRINA.

A) TEORIA GENERALIZADORA

{ Teoría de la equivalencia
de las condiciones.
(V. Bari.)

B) TEORIAS INDIVI
DUALIZADORAS.

CRITERIO
TEMPORAL

{ Teoría de la Última condi_
ción (Ortman.)

CRITERIO
CUANTITATIVO

{ a) T. de la condición más -
eficaz. (Biker Mayer)
b) T. de la prevalencia
(Binding)

CRITERIO
CUALITATIVO

{ a) T. de la tipicidad con -
dicionada (Ranieri)
b) T. de la causalidad ade_
cuada (V. Bar)
c) T. de la causalidad efi_
ciente (Stoppato)
d) T. de la causalidad huma
na exclusiva (Antolisei.)
e) T. de la cond. cualifica_
da (Ernesbegui)
f) T. de la causalidad Jurí_
dica (Maggiore)

De todas las teorías señaladas en el cuadro sinóptico nada más hablaremos de las más comunes y que más tratan los jurispensalistas, no sin esto decir que todas son importantes, sino consideramos que sería muy profundo el tema para poderlo agotarlo en su totalidad.

De tal suerte hablaremos primeramente de la teoría de la equivalencia de las condiciones, también llamada *Conditio Sine Quan Non* en esta teoría todas las condiciones son causa del resultado y todas son equivalentes entre sí, -- por tener el valor causal, pero esta teoría que aparentemente sería la correcta tiene sus deficiencias pues en el caso de aquella persona que dispara y mata, cual sería el resultado (muerte) de acuerdo con la teoría, sería el momento de -- jalar el gatillo del arma, la causa propiamente y hasta el armero que vendió esa arma y el fabricante de la misma pues serían como autores -- de homicidio; en vista de lo mencionado se le -- crearon algunos correctivos que limiten los excesos de su aplicación; de esta manera Castellanos Tena opina "Así, algunos autores, como Anto
lisei bucan en la culpabilidad, el correctivo de la Teoría de la Equivalencia de los condiciones, -- pues para ser un sujeto responsable no basta la

comprobación del Nexo de Causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa. Para otros, en el caso de una acción dolosa - no se requiere retrocederle en busca de otras acciones, que existir en la Ley una prohibición del retroceso en la investigación de los antecedentes" (37).

La solución de este problema se encuentra en la propia teoría según los diversos tratadistas ya que todos coinciden que el sujeto sea culpable o no hasta el nexo naturalístico, es decir, una relación causal entre la conducta y el resultado, y además una relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad.

La segunda teoría es la última condición o de las causa proxima (Ortman): para esta teoría el conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, solo tiene carácter - de causa, la última de ellas, por lo que desecha el valor causal a las demás condiciones mediatas para darle el valor de causa del resultado a la inmediata, la teoría que en apariencia resolvía toda la problemática del nexo causal se le ha criticado, ya que dejaría fuera al problema de participación, ya que deja fuera concusas mediatas. La teoría de la Adecuación (Von-Bar) conforme a esta teoría la causa del resultado aquéllas en la producción del resultado -- aquélla que es apropiada para producirlo siguiendo un criterio cualitativo, la causa es --

normalmente adecuada cuando el resultado es producto de lo normal de la vida. Si el resultado no es común no puede haber relación de causalidad entre él y la conducta, distinguiéndose en esta teoría la condición y la causa, diciendo que la causa que produce es la idónea regularmente para el resultado esta teoría se basa en mucho en la estadística para determinar cual es la causa del resultado por ser idónea.

La teoría de la condición más eficaz. (Biker Mayer), esta teoría se funda en un -- criterio cuantitativo, en esta teoría el valor de causa del resultado se encuentra en -- aquella condición que tiene una eficiencia -- preponderante en un conflicto de fuerzas antagónicas; esta teoría tampoco nos ayuda a -- resolver el problema de la participación ya que de aceptarse que causa es la eficaz solo puede ser una tendencia que suprime las causas concurrentes.

Con respecto al problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión Pavón Vasconcelos (39) dice que la solución al problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión esta en la propia --

(38) Cfr. Op. Cit. F. Pavón Vasconcelos.- pág. 216.

omisión y es la propia omisión la que constituye la condición causal por ser *coditio sine qua non* del evento; esto quiere decir que si se suprime - la omisión y la supuesta hipotéticamente acción - esperada, el resultado no se hubiera verificado.

Ahora hablaremos de el sujeto activo es a - qué l que realiza la conducta delictiva reelevant para el Derecho Penal, en cambio el sujeto pasivo es la persona quien es el titular del Derecho vio lado y Jurídicamente protegido por la Ley y el ofendido es la persona que reciente el daño causado por la infracción Penal; muchas veces podremos encontrar que el sujeto pasivo y el ofendido coiciden en una misma persona.

Asimismo, también se ha hablado acerca de - los Objetos del Delito, así tenemos que existe el objeto material y el objeto Jurídico. El objeto-material es la persona o cosa sobre la que recae la acción delictiva Mezger dice: " Aquel objeto - corporal sobre el que la acción típica se realiza" (39) Por otro lado el objeto Jurídico es el bien- protegido por la Ley y que el delincuente lesiona, al respecto el citado tratadista señala "El objeto Jurídico como el bien protegido por cada uno de los diversos tipos Penales" (40).

(39) Op. Cit. Edmundo Mezger Pág. 316

(40) Idem.-pág. 161

Nada más nos queda señalar el problema del lugar y tiempo de la comisión del delito. Muchas veces, más bien en su inmensa mayoría coinciden - el lugar donde se produce el resultado y la acción o la omisión pero hay ocasiones en que no coinciden a ésto se le ha denominado Delito a distancia, el Maestro Castellanos Tena dice "... se esta en presencia de los llamados Delitos, a distancia, quedan lugar no solo a problemas sobre aplicación de la Ley Penal en función de dos o más Países soberanos, sino también dentro del Derecho interno, a cuestiones sobre determinación de la regulación aplicable..." (41) de esta manera se puede presentar el caso de las bombas por correo, sofisticados sistemas del llamado terrorismo en el cual se puede mandar una carta de un país a otro en el que el problema es de aplicación del Derecho. El propio Castellanos Tena dice (42) que existen 3 teorías para resolver este problema: a) Teoría de la Actividad según la cual el Delito se comete en el lugar y tiempo de la acción o la omisión b) Teoría del resultado; de acuerdo con ella el Delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado; y c) Teoría del conjunto o de la ubicuidad, para la cual el Delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta como en donde y cuando se produce el resultado

(41) Ob. Cit. Fernando Castellanos Tena Pág. 160

(42) Cfr.- Idem pág 161

Además de los criterios anteriores, se han elaborado algunos otros como el de la intención, según el cual el Delito debe tenerse por realizado en el tiempo y lugar en donde subjetivamente comete el delito; y el de la actividad preponderante, que ve en el acto de mayor trascendencia dentro de la actividad, el medio de determinar el lugar y tiempo de ejecución del Delito.

B) ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO

Como se había dejado asentado anteriormente, cada elemento del Delito tiene su aspecto negativo y en este caso es la ausencia de conducta o de hecho. La mayoría de los autores denominan de esta manera, para dar a entender que no queda debidamente integrada ésta (la conducta) o bien el hecho, de acuerdo con la tendencia que se tenga, pero nosotros consideramos que esa denominación es incorrecta, ya que nosotros entendemos en forma común y corriente que la ausencia de conducta es cuando no aparece esta conducta; pero es obvio que esta sí aparece, ya que debemos recordar que la conducta es el comportamiento humano positivo o negativo, y que este comportamiento se refiere a los movimientos corporales y estos si aparecen, es la voluntad (en algunos casos) y en otros la producción del resultado material que se convierte en ilícito. Nosotros consideramos que a este elemento negativo de la conducta se le debe llamar Ausencia de voluntad y negligencia respecto al resultado típico.

El maestro Pavón Vasconcelos al hablar del aspecto negativo de la conducta dice "¿Cuándo es Inexistente por ausencia de la conducta? habremos primeramente de recordad que ésta, según lo expresado, consiste en el peculiar comportamiento de un hombre traducio exteriormente en una actitud o inactividad voluntarias. Este concepto comprende de las formas en las cuales se puede expresar la conducta: Acción u Omisión" (43), vemos de esta manera se refiere a la voluntariedad de la acción o de la omisión de donde deriva la conducta, esto es, si aplicamos el criterio en sentido contrario podemos decir que habrá ausencia del delito en su aspecto negativo cuando haya involuntariedad del comportamiento realizado y en algunos casos negligencia respecto al resultado típico (en los delitos llamados culposos), para fines del presente estudio y toda vez que la totalidad de los autores habla del Elemento Negativo "Ausencia de Conducta" lo seguiremos usando.

Se dice que hay ausencias de conducta cuando la actividad y la inactividad son involuntarias como lo expresa Porte Petit (44) "Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son por su actividad propia

(43) Op. Cit. F. Pavón Vasconcelos Pág. 243,
244

(44) Op. Cit. C. Porte Petit Pág. 405

falta en ellos la voluntad" (45).

Casos de Ausencia de Conducta hay causas en las cuales aparece esta ausencia de conducta en - su totalidad se refiere como veremos más adelante en las cuales aparece la acción, pero sin el elemento volitivo a que hacíamos referencia, pero no hay y no se encuentra reglamentando los casos en los cuales haya inactividad sin voluntad, cosa -- que deja una laguna en la ley y que si doctrinalmente se ha tratado, esto debe trascender en la -- propia ley para que se pueda hablar de una ausencia de conducta en los delitos de omisión.

Se regula la ausencia de conducta en los si guientes casos:

- A) La vis absoluta
- B) La vis Compulsiva
- C) Los Movimientos o Actos Reflejos

Por otro lado existe una corriente que señala además de la ya mencionadas:

- D) El Sueño
- E) El Sonambulismo
- F) El Hipnotismo

A) La vis Absoluta, que es mejor conocida como fuerza física exterior irresistible; es decir cuando el sujeto realiza la conducta por una fuerza humana ajena a él, la característica principal es -

que emana de una fuerza humana, o por decirlo - de otro modo de hombre a hombre.

El Maestro Porte Petit señala "La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto, -- que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto activo en virtud de una fuerza física exterior irresistible, - cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligada a ceder ante ella" (46) el tratadista Mezger opina de la Vis absoluta" Movimientos corporales en los que una persona, a consecuencia de la fuerza exterior que sobre él se ejerce, actúa como instrumento sin voluntad en manos de otro" (47)

En nuestro Código Penal se encuentra regula esta ausencia de conducta bajo el nombre de Excluyente de responsabilidad en el art. 15 Fracción I al establecer "Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible" (48).

(46) Op. Cit. C. Porte Petit Pág. 406

(47) Op. Cit. Edmundo Mezger Pág. 198

(48) Op. Cit. Código Penal Pág. 11

B) La Vis compulsiva o Vis mayor.- a esta forma de ausencia de conducta se le denomina también fuerza mayor, en la cual existe un fenómeno similar que con la Vis absoluta, ya que existe -- una actividad involuntaria, esta fuerza es de carácter irresistible, originada por la Naturaleza o seres irracionales, diferenciándose en la Vis absoluta en que en esta fuerza proviene el hombre -- en forma necesaria, mientras que en la Vis mayor tiene su origen en una fuerza proveniente de la propia Naturaleza o como sostiene otros autores en -- fuerzas subhumanas. Esta Vis compulsiva o vis mayor es una causa de ausencia de conducta denominada Supralegal, ya que no se encuentra regulada por la Ley, atinado es el criterio sustentado por el Profesor Castellanos Tena al expresar "Entre nosotros esta causas adquieren carácter Supralegales, por no estar expresamente establecida en la Ley, pero puede operar, porque su presencia demuestra la falta de elemto volitivo, indispensable para -- la aparición de la conducta que como hemos dicho es siempre un comportamiento humano voluntario..." (49) por otro lado Mezger nos dice "La aplicación de la fuerza nos obliga al coaccionado de un modo

inmediato, sin que mediante un influjo sobre la voluntad es determinado a ceder en su residencia" (50).

Algunos autores han confundido a la Vis absoluta como causa de inculpabilidad, pero esto es incorrecto clara idea nos da Pavón Vasconcelos al establecer "Erradamente a nuestro juicio, algunos autores, como Bettiol, consideran solvente la acción, aun cuando ponen en claro la existencia de una voluntad viciada al no haberse podido determinar normalmente. Por ello ubican a la fuerza mayor, como un caso de ausencia de culpabilidad. Bettiol razona que en tales casos el sujeto se ve de terminando por una anormal situación en la cual in voluntariamente se encontró, de manera que no es posible esperar de él un comportamiento con la norma. Como se ve Bettiol encuentra en la inculpabilidad y más correctamente en el no exigibilidad de otra conducta, la correcta ubicación, para nosotros la clara ausencia de conducta, destacando su profunda analogía con el Estado de necesidad, sin dejar de precisar la diferencia que entre ellos se desprendè" (51).

(50) Op. Cit. Edumundo Mezger Pág. 198

(51) Op. Cit. Pavón Vasconcelos Pág. 22

C) Los movimientos Reflejados.- Estos se han definido como los movimientos corporales involuntarios porque son el resultado del sistema nervioso - y sobre los cuales no se tiene control Mezger nos dice " Los movimientos corporales en los que la exitación de los medios motores no estan bajo un influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico-Corporal" (52).

En estos casos estaremos pues en presencia - de ausencia de conducta, ya que no existe voluntad en los actos realizados, sin embargo el Maestro - - Porte Petit señala que "puede suceder que apesar de hallarnos frente a un movimientos reflejo, exista - culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda -- forma o especie, por haber previsto el resultado, - con la esperanza de que no se realizará o bien que no lo previo, debiendo haberlo previsto, pudiendose presentar tanto la culpa con representación como -- sin representación" (53).

Es evidente que en los casos de culpa se pue de presentar esta hipótesis, misma que viene a reforzar nuestro particular criterio, respecto a la negligencia del resultado típico que se había hablado al referirnos sobre la denominación que debería tener este aspecto negativo.

(52) Op. Cit. Edmundo Mezger Pág. 198

(53) Op. Cit. C. Porte Petit Pág. 417

Como ya habíamos dicho anteriormente algunos autores señalan además el sueño, sonambulismo e - hipnotismo.

E) El Sueño.- El sueño es un estado fisiológico normal de todo ser humano cuando el cuerpo esta en reposo y se pueden tener trascendencia en - el campo Penal, como aquélla madre a la cual estando dormida le ponen a su hijo recién nacido y lo sofoca al poner su cuerpo en cambio de posición, en este caso no existe la voluntad de un resultado.

F) El Sonambulismo.- En este estado el individuo se encuentra dormido, pero la diferencia es que el sujeto se para y deambula dormido, el tratadista Jiménez de Asúa, establece "Es una enfermedad nerviosa o mejor dicho posiblemente no es más que una manifestación parcial de otras neuropatías (como el histerismo) o de epilepsia, según han observado -- los Psiquiatras como por ejemplo Hoche y Weygant -- suele encontrarse principalmente en la edad juvenil y sobre todo en la época de desarrollo de la pubertad siendo frecuente que dure algunos años; el somnábulo pasa por un estado de sueño ordinario o por una situación somnolienta más o menos prolongada"-(54) se puede prestar el caso de un muchacho que es invitado por un amigo a dormir a su casa y se levanta y rompe un jarrón.

(54) Luis Jiménez de Asúa Tratado de Derecho Penal Tomo III, Editorial ~~Lozada~~ Buenos Aires 1951, Pág. 612.

(cometido daño en propiedad ajena) y vuelve a dormir se en este caso el sujeto no tiene voluntad sobre sus movimientos.

F) El Hipnotismo.- Este consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso por una -- causa artificial y estas manifestaciones pueden ser un simple estado somnolencia, hasta un sonambúlico. Esta etapa se caracteriza porque el individuo no -- siente dolor y ha olvidado lo sucedido durante el -- tiempo que dura la hipnosis cuando se ha despertado.

Se ha discutido si en el estado hipnótico se -- puede realizar las ordenes dadas por el hipnotizador, siguiendo tres corrientes.

a) La Escuela de Nancy.- La cual sostiene la -- posibilidad de que el individuo pueda llevar a cabo lo ordenado por el hipnotizador, bastando con lo in-- sistencia y repetición de lo deseado para aumentar el grado de sugestión, representándose en el indivi-- duo un estado de actuar en forma automática e invo-- luntaria.

b) La Escuela de París.- Esta tendencia rechaza que se puedan originar estos actos en forma automá-- tica, ya que el hipnotizador conserva capacidad de-- resistencia a las ordenes dadas por el hipnotizador

c) Escuela Eclética.- Esta afirma que en forma ordinaria los sujetos pueden resistir a ejecutar las ordenes del Hipnotizador pero en ocasiones excepcionales como los individuos debiles -- mentales estos puedan llevar a cabo las ordenes de su Hipnotizador.

C) LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.

Ya que hemos analizado al elemento Conducta con sus dos formas o medio de que puede presentarse mediante la acción u omisión (simple y comisión por omisión).

El Delito contenido en el artículo 258 fracción segunda establece "...Los jugadores o espectadores que sean aprehendidos en un local donde se juegue en forma ilícita" (55) de lo que se desprende que es un Delito de acción, ya que se requiere de un movimiento corporal voluntario -- tendiente a jugar o los movimientos corporales -- van dirigidos a encontrarse como un simple espectador, esto es el sujeto puede pensar en dirigirse a un casino donde se juegue ilícitamente pero no tiene el dinero necesario para apostar y aun -- así se dirige pues quiere ser solamente un simple espectador.

En este delito no se puede presentar en forma de omisión puesto que no hay un deber Jurídico de obrar que obligue al sujeto a jugar o estar de espectador, se presenta en este caso que - determinamos como delito de acción el resultado-material que consiste en el menoscabo del Patrimonio Nacional, ¿Pero será realmente menoscabo - del Patrimonio Nacional? o será un menoscabo del Patrimonio Particular de la persona o ambas cosas. Nuestro punto de vista es que el interés es de orden meramente Social, pues no se percibe - bien en que forma puede afectar el juego en la Economía Pública, cuando se observa que en los Estados modernos toma este tipo de actividades como una fuente de sus ingresos, en su modalidad de impuestos y como una forma de fomentar el turismo y además el incremento de divisas Extranjeras; por otro lado podríamos considerar que en este tipo de actividades, el Estado percibiría ingreso, es decir en el momento de que las personas obtengan dinero por la actividad de los jugadores y estos omitan el pago de impuestos, se estará en presencia de un Delito contra la Economía y no antes, - de tal suerte que pensamos que el Legislador tra-

ta de proteger la estabilidad social y hasta en -
cierto punto el economía Particular al pensar que
en ese tipo de lugares que no estan permitidos e-
xista la trampa en los juegos; quedando claro que
el legislador no encuadro debidamente este tipo de
Delito, o bien podría haber pensado encuadrarlo -
para poder ser analizado en la Doctrina debidamen-
te, para poder aplicarlo a casos concretos

En renglones anteriores habiamos de-
jado asentado que se trataba de resultado material
porque habia menoscabo en el Patrimonio Nacional,
sacando esta resolución, en virtud de encontrarse-
este delito en el título Décimo Cuarto en su Capí-
tulo Tercero pero realmente se trata sin temor a -
equivocarnos de un delito de resultado Jurídico --
(o llamado Delito Formal de acción o simple acti-
vidad). (55).

Por otro lado tenemos el objeto mate-
rial y el objeto Jurídico, de esta manera habiamos
dicho que el objeto material es aquél sobre el cual
recae la acción delictiva del sujeto el cual en el
caso concreto no existe, en cuanto se refiere al -
objeto Jurídico tomando en cuenta si es no Delito
contra la economía Pública sería ésta, el objeto Ju-
rídico tutelado por la Norma Penal, de tal suerte
que el sujeto activo del Delito sería el jugador y
el espectador y el sujeto pasivo del Delito sería-
el Estado.

Por último diremos cuando, se presenta uno de los aspectos negativos, se esta en presencia de ausencia de conducta, en los supuestos ya señalados, empezando con la Vis Absoluta o Fuerza-Física superior irresistible, Vis Compulsiva, los movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo y por último el Hipnotismo. No repetimos los conceptos de cada una de estos tipos de ausencia de conducta por haber sido analizados en su oportunidad, concluyendo que en este caso no se puede presentar ninguna de las hipótesis señaladas, puesto que se trata de una actividad preponderantemente voluntaria en jugar o estar como espectador.

CAPITULO III

LA TIPICIDAD

A).- EL TIPO Y LA TIPICIDAD

El tipo y la tipicidad son cosas distintas, pero que van unidas entre sí, se podría decir que nacen casi juntas, afirmando que no hay tipicidad sin tipo, no así el tipo que puede existir sin la tipicidad y es cuando aparece esta última unidad - al tipo cuando estando en presencia de un elemento fundamental del delito que es sin duda la tipicidad; veremos brevemente los conceptos del tipo y pasaremos luego a la tipicidad. El tipo a decir de Jiménez de Asúa "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" (56), por otro lado Edmundo Mezger (57) afirma que el tipo es en propio sentido Jurídico Penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos y a cuya relación la ligada a la sanción Penal por otro lado Villalobos establece - que "La función del tipo se destaca entonces como descriptiva de la base estructural de un grupo o de una especie de delitos pero al fin y al cabo como descriptiva de algo que, admitido que luego Cap tado por alguna de las formas de la culpabilidad - inevitablemente presupone una valoración de la con

(56) Op. Cit. Luis Jiménez de Asúa Pág. 747

(57) Cfr.Op.Cit. Edmundo Mezger Pág. 300

ducta descrita" (58). En este concepto el autor más que hablar del tipo habla de la tipicidad al referirse que tiene que ser creado por una de las formas de la culpabilidad, esto constituye una esfera que va más allá de la descripción legislativa del hecho delictivo, sino de un mero sistema de valoración del mismo.

El tipo dice Castellanos Tena "Es la descripción legal de un Delito" (59), por otro lado Jiménez Huerta afirma sobre el tipo es el "injusto recogido y descrito en la Ley Penal" (60), y por último diremos que Pavon Vasconcelos habla "Para nosotros el tipo legal dándole connotación propia Jurídico Penal, en la descripción concreta hecha por la Ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, refutada como delictuosa al conectarse a ella una sanción Penal" (61), de lo que podemos considerar que para el citado autor el tipo es unida a la sanción Penal (Pena) para tener el carácter delictivo, pero como veremos más adelante hay delitos en los cuales la pena no se aplica (en el aborto Honoris causa) sin que con ello signifique que no hay delito, nosotros consideramos que el tipo es la descripción de aquella conducta y circunstancias especiales que lesionan intereses tutelados por la Norma Penal.

(58) Op. Cit. Ignacio Villalobos Pág. 269

(59) Op. Cit. Castellanos Tena Pág. 166

(60) Mariano Jiménez Huerta. La Tipicidad, Editorial Porrúa, 4a Edición, México -- 1955 Pág. 42

La Doctrina de la tipicidad haya su creador en Beling este, la considera un elemento del Delito independiente de la antijuridicidad (al inicio de la tipicidad estaba ligada a esta última) y la llamaba legal del Delito (Tatbestand), éste estaba integrado no por todos los elementos, sino tan solo por aquéllos objetivos que describían. Cuello Calón afirma "El tatbestand se concebía como toda la parte externa objetiva del Delito. Beling posteriormente distingue este concepto reduciéndolo al núcleo central de los elementos objetivos convirtiéndolo en un puro concepto delictivo, es un tipo recto destinado a describir un hecho externo sin tomar en cuenta su aspecto subjetivo.

Frente al Tatbestand Beling distingue ultimamente el Deliktypus, tipo o figura del delito, formado por todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, tipo que encierra la conducta de Tatbestand que es una mera abstracción conceptual es una realidad que tiene su existencia en la Ley." (62)

(61) Op. Cit. Pavon Vasconcelos Pág. 259

(62) Op. Cit. Eugenio Cuello Calón Pág. 313

De esta manera se puede observar la diferencia que existe entre el tipo mera descripción objetiva un abstracto y la figura delictiva misma - que al aplicarse o confrontarse con el tipo, el hecho o la conducta, constituye junto con (los elementos subjetivos) antijuridicidad y culpabilidad, el delito. atinado el criterio sustentado - por el Joven Penalista Mario Alberto Torres López al decir "una de las importancias del tipo, radica en través de él podemos conocer los comportamientos que son constitutivos de los que denominamos delito. Si no preguntaran que es el delito.

La figura delictiva es la descripción de un delito determina y se integra con la descripción del tipo más los agregados de antijuridicidad y culpabilidad..." (63)

La tipicidad afirma Jiménez de Asúa "...En cuanto al carácter del Delito se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y - la imagen rectora en la Ley en cada especie de infracción" (64); por otro lado la tipicidad nos dice Castellanos Tena "... es la adecuación de una - conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto" (65). Por nuestra parte diremos que existe tipicidad cuando hay adecuación al tipo.

(63) Mario Alberto Torres López.- Revista cardinal, Enero de 1982 Pág. 18 y Sig. Art. sobre la Ley Penal, Norma Penal, Tipo y Fig. delictiva

(64) Op. Cit. Luis Jiménez de Asúa Pág. 726

(65) Op. Cit. F. Castellanos Tena Pág. 165

Elementos del Tipo.- El tipo presenta diversas descripciones ya sea de conductas o elementos a valoración, también puede suceder que describa efectos materiales o bien referencias en cuanto a lo sujeto, o por otro lado, medios de comisión del Delito etc... esta es la razón del estudio de los elementos que intervienen en la formación e integración de los tipos y estos pueden ser de Naturaleza distinta así tenemos que pueden ser:

- a) Elementos Objetivos
- b) Elementos Normativos
- c) Elementos Subjetivos

Los Elementos Normativos a decir de Pavon - Vasconcelos (66) son aquéllos sucesibles de ser apreciados con el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o hecho que pueden ser materia de Imputación y de responsabilidad Penal este tipo de elementos normativos son generalmente los siguientes:

1.- Calidad requerida al sujeto activo.- en el cual queda subordinada la culpabilidad y es solamente a este sujeto la comisión del Delito donde tiene su relevancia, como ejemplo podriamos citar el delito de traición a la patria en el cual se exige que el sujeto activo sea Mexicano por nacimiento o naturalización otro ejemplo es el peculado en el cual el sujeto activo debe ser funcionario Público.

2.- Calidad requerida al sujeto Pasivo.- En ocasiones la Ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo y cuando no reúne dicha calidad estaremos en ausencia del elemento típico ejemplo el ser ascendiente en el caso de parricidio o bien ser descendiente en el caso de infanticidio o el caso de menor de 7 años en el delito de exposición de infantes.

3.- Referencias de carácter Temporal.- Se refiere a situaciones de tiempo durante las cuales deban de ser cometidos y los ilícitos cuya actividad fuera de ese lapso de tiempo sería ausencia de tipicidad; ejemplo en el Delito infanticidio en el cual debe ser privado el recién nacido dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento.

4.- Referencias de carácter Espacial.- En estos casos el tipo requiere un determinado lugar en donde debe de ser cometido el Delito como ejemplo tenemos el delito de Robo en despoblado que señala "Despoblado" o en pareja solitario o bien el Robo a casa Habitación; robo en edificio vivienda, aposento o cuarto que sea habitado o destinados para habitación.

5.1 Referencia en cuanto a los medios de comisión del Delito. A veces se presentan ciertos requisitos en cuanto a los medios empleados para la comisión del delito ya sea para la integración de -

la conducta o para agravarla, como en el caso de la violación; en la que se obtiene el consentimiento para realizar la copúla mediante fuerza física o moral, otro ejemplo sería el caso del aborto sufrido con violencia física o moral.

6.- Falta de Objeto Material.- Este se refiere a que a veces el tipo requiere el objeto material del delito por ejemplo, el tratar de matar a un muerto, en este caso debemos recordar que el objeto material es qué sobre el cuál recae la conducta del agente, en el caso concreto la conducta es sobre objeto no tutelado por el Derecho y si se presenta no habrá Delito.

7.- Falta de Objeto Jurídico.- Si bien ya se dijo el objeto Jurídico es el Derecho Tutelado por la Norma en el ejemplo de matar a un muerto -- tampoco hay tipicidad en virtud de que la muerte no es un derecho tutelado por la Ley Penal.

B) Elementos Normativos.- Em estos elementos solo pueden ser determinados de una especial valoración de la situación en particular, esta valoración puede ser Jurídica o cultural como ejemplo los vocablos empleados en diferentes tipos, como "Al que si causa Legítima" o bien "Sin llenar los requisitos que para el caso citen las Leyes", estos elementos normativos se han tratado de llevar al campo de la antijuridicidad, pero hay elementos normativos que no contiene esa carís "antijurídico" como el caso de la castidad y la honestidad en el Delito de Estupro, los cuales son valora

ciones culturales que van cambiando através del tiempo.

C) Elementos Subjetivos.- Estos elementos constituyen ciertas referencias que son propias de la voluntad de la gente, por lo que algunos tratadistas señalan que este tipo de elementos se debe manejar en la culpabilidad ya que el -- agente activo los toma en cuenta para cometer -- el ilícito Penal, esto es, forma parte del dolo por otro lado hay quienes afirman lo contrario-- entre ellos Pávon Vasconcelos que dice "Los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del (tipo) y de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del Delito; ello hace necesario el estudio de -- cada tipo en particular". (67). Estos elementos subjetivos se encuentra descritos en los tipos cuando se establece "A sabiendas" "Con el -- Propósito" etc. nosotros consideramos que se -- trata de un elemento subjetivo del tipo en particular ya que si suprime (ejemplo en el Art. -- 199 bis que es el peligro de contagio en el que se establece "A sabiendas") no perdería el carácter de ilícito la conducta que se adecuara a él y menos dejaría de ser culpable por ese solo hecho.

(67) Ídem Op. Cit. Pág. 271.

Existen diversas clases de tipos Penales los cuales los podriamos dividir en:

1.- Por su composición los tipos pueden ser Normales o Anormales. En los primeros se hace una descripción objetiva como en el homicidio, en cambio si es necesario establecer una determinada valoración se estara en presencia de un tipo anormal como el Estupro al referirse a la honestidad o la palabra copula, o bien como el engaño en el Delito de Fraude etc.

2.- Por su ordenación Metodológica. Los tipos son fundamentales o básico, especiales y complementados.

Los fundamentales o básicos son aquéllos que sirven de base a otro tipo Penal, estos son los -- que constituyen la columna Vertebral de nuestro -- sistema Penal, los tipos especiales son los que se forman por el tipo fundamental o básico agregándole requisitos quedando absorbido éste. (como el -- caso de Infanticidio en el cual esta constituido -- por el homicidio que es el tipo fundamental más requisitos de una sea un ascendientes el que lo cometa dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento) Por último los tipos complementados los cuales se integran con el tipo básico, más ciertas peculiaridades o circunstancias, la diferencia entre -- los tipos complementados y los especiales se encuentra en que mientras en estos últimos el tipo -- bási desaparece y nace uno nuevo, en los complementados el tipo fundamental existe, pero es más -- agravado. (como ejemplo el Robo en casa habitación en el cual el robo no desaparece y si aparece a--

gravante que es cometerlo en casa habitación cu
nciado respecto del tipo autónomo, el cual no -
solo complementa sino que se subordina como el ca
so del homicidio en riña,

4.- Por su formulación puede ser tipos ca-
suísticos o emplios, los tipos casuísticos a su -
vez se dividen en alternativos y acumulativos en
lo general tipos casuísticos se prevee varias hipó
tesis, en los tipos alternativos las hipótesis se
ñaladas se integran con una de ellas ejemplo, al
Adulterio el cual se puede cometer en dos sitios;
en el domicilio conyugal o con escándalo, mien- -
tras que en los acumulativos se integran con la -
suma de todas las hipótesis como el caso de vagan
cia y malvivencia en el cual se requieren de dos-
circunstancias fundamentales, no dedicarse a un -
trabajo honesto sin causa justificada y además te
ner malos antecedentes. En cambio en los tipos -
de formulación amplia describe una solo hipótesis
que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo
(Homicidio que puede ejecutarse mediante disparo
de arma de fuego, utilización de arma punzo cor--
tante, etc.)

5.- Por el daño que causan, los tipos pue-
den ser de daño, también llamado de lesión y de -
Peligro. En los tipos de daño el tipo tutela, --
los bienes contra la disminución menoscabo o des-
trucción del bien (Fraude, Lesiones, etc.)

"Aquéllos susceptibles de ser apreciados con el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal" (66) este tipo de elementos normativos son generalmente los siguientes:

1.- Calidad requerida en el sujeto activo.-
En este, el requisito exigido por el tipo señala determinada calidad del sujeto activo, en el cual queda subordinada la culpabilidad y es solamente a este sujeto al que se le atribuye la comisión - del delito donde tiene su reelevancia, como ejemplo podríamos citar el delito de traición a la Patria en cual se exige que el sujeto activo sea Mexicano por nacimiento o naturalización, otro ejemplo es el peculado en el cual el sujeto activo debe ser funcionario público.

2.- Calidad requerida al sujeto pasivo.-
En ocasiones la Ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo y cuando no reúne dicha calidad, estaremos en ausencia de dicha calidad, ejemplo - el ser descendiente en el caso de infanticidio o el caso de ser menor de siete años en el delito - de exposición de infantes.

3.- Referencias de carácter Temporal.- Se refiere a situaciones de tiempo durante los cuales deban de ser cometidos los ilícitos y cuya actividad fuera de ese lapso de tiempo sería ausencia de tipicidad; ejemplo, en el Delito de infanticidio en el cual debe ser privado el recién nacido dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento.

4.- Referencias de carácter Espacial.- En estos casos el tipo requiere un determinado lugar en donde debe ser cometido del Delito como ejemplo tenemos el delito de Robo en despoblado que señala "Despoblado" o en paraje solitario o bien el Robo a casa Habitación; robo en edificio vivienda, aposento o cuarto que sea habitado o destinados para habitación.

5.- Referencia en cuanto a los medios de comisión del Delito. Aquí se presentan ciertos requisitos en cuanto a los medios empleados para la comisión del delito ya sea para la integración de la conducta o para agravarla, como en el caso de la violación; en la que se obtiene el consentimiento para realizar la copúla mediante fuerza física o moral, otro ejemplo será el caso del aborto sufrido con violencia física o moral.

6.- Falta de Objeto Material.- Este se refiere a que a veces el tipo requiere el objeto material del delito por ejemplo, el tratar de matar a un muerto en este caso debemos recordar que el objeto material es aquél sobre el cuál recae la -

la conducta del agente, en el caso concreto de la conducta es sobre objeto no tutelado por el Derecho y si se presenta no habrá Delito.

7.- Falta de Objeto Jurídico.- Si bien ya se dijo el objeto material es aquél sobre el que recae la conducta delictiva, el objeto Jurídico es el Derecho Tutelado por la Norma en el ejemplo de matar a un muerto tampoco hay tipicidad en virtud de que la muerte no es un derecho tutelado por la Ley Penal.

B) Elementos Normativos.- En estos elementos solo pueden ser determinados de una especial valoración de la situación en particular, esta valoración puede ser Jurídica o cultural como ejemplo - los vocablos empleados en diferentes tipos, como "Al que sin causa Legítima" o bien "Sin llenar -- los requisitos que para el caso citen las Leyes", estos elementos normativos se han tratado de llevar al campo de la antijuridicidad, pero hay elementos normativos que no contiene ese carís "anti jurídico" como el caso de la castidad y la honestidad en el Delito de Estupro los cuales son valoraciones culturales que van cambiando através del tiempo.

C) Elementos Subjetivos.- Estos elementos -- constituyen ciertas referencias que son propias -- de la voluntad del agente, por lo que algunos -- tratadistas señalan que este tipo de elementos se debe manejar en la culpabilidad ya que el agente activo los toma en cuenta para cometer el ilícito

Penal, esto es, forma parte del dolo por otro lado hay quienes afirman lo contrario entre ellos - Pavon Vasconcelos que dice "Los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del Delito; ello hace - necesario el estudio de cada tipo en particular". (67). Estos elementos subjetivos se encuentran - descritos en los tipos cuando se establece "A sabiendas" "Con el Propósito" etc. nosotros consideramos que se trata de un elemento subjetivo del tipo en particular ya que si suprime (ejemplo en el Art. 199 bis. que es el peligro de contagio en el que se establece "A sabiendas") no perdería el carácter de ilícito la conducta que se adecuara a él y menos dejaría de ser culpable por ese solo - hecho.

Existen diversas clases de tipos Penales los cuales los podríamos dividir en:

1.- Por su composición, los tipos pueden ser Normales o Anormales. En los primeros se hace -- una descripción objetiva como en el homicidio, en cambio si es necesario establecer una determinada valoración se estará en presencia de un tipo anormal como el Estupro al referirse a la honestidad-

o la palabra copúla, o bien como el engaño en el Delito de Fraude etc.

2.- Por su ordenación Metodológica. Los tipos son fundamentales o básicos, especiales y complementados.

Los fundamentales o básicos son aquéllos que sirven de base a otro tipo Penal, estos son los que constituyen la columna Vertebral de nuestro sistema Penal, los tipos especiales son los que forman por el tipo fundamental o básico agregando le ciertos requisitos quedando absorbido éste. -- (como el caso de Infanticidio en el cual esta -- constituido por el homicidio que el es tipo fundamental más requisitos de que sea un ascendiente -- el que lo cometa dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento) Por último los tipos complementados los cuales se integran con el tipo básico, más ciertas peculiaridades o circunstancias, la diferencia entre los tipos complementados y -- los especiales se encuentra en que mientras en estos últimos el tipo base desaparece y nace uno -- nuevo en los complementados el tipo fundamental -- existe, pero es más agravado (como ejemplo el Robo en casa habitación, en el cual el robo no desaparece y si aparece una agravante que es cometerlo en casa habitación).

3.- En función de su Autonomía. Los tipos -- suelen dividirse en autónomos o independiente y subordinados en los primeros tienen vida por si -- mismos sin depender de otro tipo (Robo) mientras-

que los subordinados si tienen esa dependencia -- por su carácter circunstanciado respecto del tipo autónomo, el cual no solo complementa sino que se subordina como el caso del homicidio en rifa.

4.- Por su formulación pueden ser tipos casuístico o amplios, los tipos casuísticos a su vez se dividen en alternativos y acumulativos en lo general los tipos casuísticos prevén varias hipótesis; en los tipos alternativos de la hipótesis señaladas se integra una de ellas ejemplo el Adulterio el cual se pueden cometer en dos sitios: en el domicilio conyugal o con escándalo, mientras que en los acumulativos se integran con la suma de todas las hipótesis como el caso de vagancia en el cual se requiere de dos circunstancias fundamentales, no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada y además tener malos antecedentes. En cambio en los tipos de formulación amplia describe una sola hipótesis que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo (Homicidio, que puede ejecutarse mediante disparo de arma de fuego, utilización de arma punzo cortante, etc)

5.- Por el daño que causan, los tipos pueden ser de daño, también llamado de Lesión y de Peligro. En los tipos de daño el tipo tutela: los bienes contra la disminución, menoscabo o destrucción del mismo (Fraude, Lesiones etc.)

En cambio en los tipos de Peligro, tutela al bien contra la posibilidad de ser dañado (peligro de contagio, disparo de arma de fuego etc.)

B) ASPECTO NEGATIVO Y AUSENCIA DE TIPO

Al empezar el tema, habíamos establecido que -- el tipo y la tipicidad van unidos de la mano, pero que sin duda alguna son cosas distintas; de tal -- suerte que tampoco es lo mismo ausencia de tipo y -- ausencia de tipicidad (llamada también atipicidad), lo que sucede es que la ausencia de tipo no hay -- una descripción legislativa de un determinado hecho o conducta delictiva, como ejemplo podríamos citar aquella persona que se atraviesa la calle y el poli -- cia le dice que ha cometido un delito, en este caso estaremos sin duda alguna ante ausencia de tipo, ya que no existe ningún precepto penal que indique que el pasarse la calle sea constitutivo de un delito. En cambio se habla de atipicidad, cuando habiendo el tipo, el hecho cometido por una persona no se amolda al mismo, o bien no se amolda a alguno de los -- elementos requeridos en el mismo.

Es interesante observar lo que dicen los trata -- distas al hablar del tema así por ejemplo, Porte -- Petit establece "La ausencia de tipo constituye el aspecto negativo del tipo. Hay ausencia del tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la Norma Penal.

"Por tanto como afirma Jiménez de Asúa la au -- sencia de tipo propone la absoluta imposibilidad -- de dirigirse a la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la Ley, incluso aunque sea antijurídica" (68), el citado autor (69) señala la au --

(68) Op. Cit. Celestino Porte Petit Pág. 465

(69) Idem -- Pág. 466

senciade tipicidad y el criterio que sustenta la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir que. La descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo, a este respecto - la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación a - determinado dentro de la teoría del delito una - cuestión es la ausencia de tipicidad o atipici--dad y otra diversa la falta de tipo; (inesistencia del presupuesto general del Delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser - típica por falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencias a calidades en los sujetos, de referencias temp_orales, o espaciales, de elementos subjetivos - - etc., mientras la segunda presupone la ausencia- total descripción del hecho en la Ley

La Atipicidad en forma general podríamos decir se presenta cuando faltan los elementos que ya habíamos señalado como elementos del tipo y po_díamos reunir estas causas de atipicidad en las siguientes:

- a) Ausencia de calidad requerida por el sujeto activo.
- b) Ausencia de calidad requerida por el sujeto pasivo.
- c) Ausencia del Objeto Jurídico
- d) Ausencia del Objeto Material
- e) Ausencia de referencias de carácter espa-
cial.
- f) Ausencia de referencias de carácter Tempo
ral.
- g) Ausencia de elemento o medios comisivos

C.- LA ATIPIPIDICAD Y EL TIPO EN EL DELITO

A ESTUDIO.

Ya hemos dejado asentado que es el tipo y la tipicidad, así como los elementos del tipo y por último hablamos de ausencia de tipo y atipicidad, pues bien, ahora nos toca hablar en que consisten estos elementos en nuestro Delito.

El tipo se encuentra constituido por el artículo 258 Fracción II que establece "Los jugadores o espectadores que sean aprehendidos en un local donde se juegue en forma ilícita" (71), ahora bien, la tipicidad se encuentra cuando a -- una persona sea aprehendida en un local donde se juegue en forma ilícita ya sea como espectador o jugador; en este caso diremos que su conducta es típica.

El tipo ya habíamos dicho tiene sus elementos sean estos subjetivos, Normativos u Objetivos, ahora veremos general que elementos se encuentra en nuestro tipo que se estudia.

a) Calidad en el Sujeto Activo.- En el caso concreto si se requiere una calidad en cuanto al sujeto activo, al establecer el tipo "jugadores o espectadores", esto es, se requiere en el momento que sea aprehendido el sujeto sea jugador o espectador ya que por ejemplo si se trata de un empleado no se configurara el Delito establecido en la Fracc. II del artículo 258 del Código Penal.

h) Ausencia de elemento antijurídico especial

De los anteriores expuestos elementos de tipo, ya habíamos hablado, por lo que nos resta solamente decir que cuando se presenta algunas de las mencionadas causas, se esta en presencia de una atipicidad.

La atipicidad puede tener tres efectos, al respecto el Maestro Porte Petit señala "Es obligado - conocer cuales son las consecuencias que se producen cuando existen la atipicidad. A este respecto es posible señalar en tres hipótesis los efectos - de las mismas.

a) No integración del tipo.

b) Traslación de un tipo a otro tipo (variación de tipo).

c) Existencia de un Delito imposible (70)

De esta manera en la no integración del tipo - cuando la mujer no sea casta y honesta en el estupro, en lo que se refiere en la traslación de un tipo a otro, es el caso de Infanticidio cuando se cometa después de las 72 horas, se estará en presencia de homicidio y por último en el caso de que falte el objeto jurídico en el homicidio (La vida), - se estará en presencia de un delito imposible.

Por otro lado existe la referencia de carácter especial que consiste en ser aprehendidos en un local esto es, debe de tener el lugar donde se encuentra jugando características de ser local.

Otro de elementos que encontraremos es una - antijuridicidad especial al establecer el multicita do precepto en "donde se juegue en forma ilícita", desprendiéndose que no basta que sea jugadores o espectadores, que se encuentra en un local, sino que éste debe funcionar con juegos ilícitos.

En cuanto a la clasificación de los tipos, - podemos decir que es un tipo de los llamados A -- normales ya que hace una valoración Jurídica en lo que se refiere a jugador o espectador, siendo de gran importancia ya que se puede valorar por ejemplo que el espectador sea aquél de alguna -- forma este espectador en el resultado del juego y en este caso se podría decir que el que barre y fija su vista por algunos instantes en los -- juegos pueda ser considerado como espectador de los mismos quedando encuadrada su conducta en la fracción segunda del Artículo 258 que se ana liza.

Otra clasificación del tipo decimos que es un tipo "autónomo ya que tiene vida por si mismo". Por otro lado decimos que es un tipo Caufístico (Alternativo) ya que prevee varias hipótesis o

más bien dicho en el caso concreto dos (jugador - o espectador) y puede ejecutarse por cualquiera - de los dos medios.

El tipo estudiado, también se clasifica en - de daño ya que el tipo tutela el Patrimonio Nacional frente a su disminución o menoscabo.

En base de lo expuesto podemos decir que se - pueden presentar tres casos de ausencia de tipicidad en el delito analizado:

1o. Ausencia de calidad en el sujeto activo, ésta se presenta cuando a la persona que se aprehenda no sea jugador o espectador.

2o. Ausencia de referencia de carácter espacial, la cual se presentará cuando el lugar donde se juegue ilícitamente no tenga las características de un local.

3o. Ausencia de la antijuridicidad especial - la que se presenta cuando en el local no se juegue en forma ilícita, sino con el permiso correspondiente.

El tipo contenido en la Fracción II, carece - a nuestro parecer de una redacción correcta, ya - que deja huecos que propician problemas para el - cuidador y de acuerdo a lo anteriormente analizado vemos que aún estando en presencia de un verdadero delito, éste no se puede tipificar por insignificancias como por ejemplo que habíamos visto el

hecho de no ser un "Local" donde se juega en forma ilícita, nosotros proponemos la siguiente redacción:

FRACCION II.- A las personas que asistan a un lugar donde se juegue en forma ilícita.

CAPITULO IV

LA ANTIJURIDICIDAD

A) GENERALIDADES.

Siguiendo el órden establecido, estaremos entrando al tercer elemento del Delito que es la Antijuridicidad, ya que hemos advertido que no solo basta que una conducta sea típica sino también debe ser antijurídica y culpable.

Cuello Calón afirma "La acción humana para -- ser delictiva ha de estar en oposición con una Norma Penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica, obra antijurídicamente el que -- contraviene las normas Penales. La Antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición -- existente entre la conducta humana y norma Penal, juicio que solo recae sobre la acción realizada -- excluyendo toda valoración de índole subjetiva, -- por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo (72)".

La idea General de la antijuridicidad es que es lo que va en contra del derecho, ya que el propio vocablo "Anti" nos da esa idea; pero esta "Antijuridicidad" ha tenido distintas denominaciones, así se habla de lo injusto e ilicitud, pero estas definiciones carecen de sentido, esto es de sentido --

jurídico, ya que 'el hablar de lo injusto, sin duda alguna estaremos hablando de lo que no es justo o equitativo; por otro lado al referir--nos a la ilicitud, es lo no lícito y no solo -- los delitos tienen esa característica, sino - todas las ramas del Derecho y aún más, no solo las normas de Derecho sino también por que - - no decirlo las normas morales, de esta manera - Pavon Vasconcelos al referirse de Jiménez de - Asúa nos dice "Al exponer su pensamiento el jurista español aclara que la ilicitud tiene un mayor significado que lo antijurídico, pues lo ilícito es lo opuest a lo normal (y también- al derecho); y puesto que el círculo es de mayor radio que el jurídico, al decir acto ilfcito, en vez de acto antijurídico, lejos de a- - proximarnos a un lenguaje exacto propio de juristanos nos desviamos de él" (73).

Se ha discutido por otra parte si la anti-juricidad es o no elemento del Delito, habiendo distintas corrientes al respecto y de las - cuales Porte Petit (74) señala varias tésis.

- a) La que afirma que constituyen carácter del Delito.
- b) La que sostiene que es un elemento del Delito.
- c) Que constituyen un aspecto del Delito.

(73) Op. Cit. F. Pavon Vasconcelos Pág. 280

(74) ~~Op. Cit.~~ C. Porte Petit Pág. 481

d) Que es un Delito en si.

a) Sostiene Masari, que la antijuridicidad no es un elemento del Delito, sino un caracter del hecho punible y que uno de los elementos constitutivos - podría ser la antijuridicidad, debiendo distinguirse de los demás elementos debiendose presentar como un dato conceptualmente aislable capaz de ser-- separado idealmente y de ser contrapunto a los mismos, como sucede respecto de los otros elementos - generales constitutivos del Delito; para la voluntad, para la conducta, y para el resultado situación que no es posible hacerlo con la antijuridicidad, prosiguiendo el mencionado tratadista:

b) Consideran a la antijuridicidad como elemento,- Puig Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli.

Para este último autor la antijuridicidad - constituye uno de los tres elementos del Delito, - considerando que la antijuridicidad en particular es una nota que colorea por sí misma cada parte -- del Delito y en consecuencia, bien puede definirse bajo este aspecto en el caracter que debe tener - la citada antijuridicidad como elemento definitivo y esencial del Delito; y ese carácter se demuestra

por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficiente aptos para producir el contraste con la Norma y los efectos jurídicos por ella establecido en cuanto a que la antijuridicidad el citado autor nos explica que:

c) Entre quienes consideran que la antijuridicidad es un aspecto del Delito se encuentra Maggiore, al expresar que la antijuridicidad es un aspecto del Delito; aspecto no elemento, ya que en efecto no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito, al quitarse la antijuridicidad, quede siempre delito, por más que le sea mutilado un órgano, agregando, que por el contrario a la premisa que compenetra todo el Delito, que solo por un juego de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuridicidad, finalizando que en todo delito está presente, expresa o sobrentendida, la nota de la antijuridicidad y por último el tratadista Porte Petit afirma:

d) Antolisei sostiene que la antijuridicidad no es como sostiene una importante corriente doctrinaria, en componente va a decir, un constitutivo del ilícito. Ella es la esencia misma, la Naturaleza intrínseca, es en sí del delito a este aspecto expresa que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es un mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca Naturaleza.

Nosotros adoptamos el criterio de que la antijuridicidad es un elemento esencial del delito, partiendo de la base que la conducta además de ser típica debe ser antijurídica y culpable - para poder ser estimada como delito, ahora bien, esto quiere decir que en ocasiones habrá conductas y culpables que no sean antijurídicas porque el sujeto actúa conforme al propio ordenamiento jurídico Penal de tal suerte que si por ejemplo un sujeto comete el Delito de Homicidio, se estará en presencia aparente de un ilícito, pero si esto lo ha hecho en legítima defensa estará - -- actuando jurídicamente de acuerdo a la legítima-defensa; estará actuando jurídicamente de acuerdo a la norma que establece a la legítima defensa, como excluyente de responsabilidad (y de la cual la doctrina la ha encuadrado en causa de ilicitud o de justificación), esto es, que la antijuridicidad es un verdadero elemento ya que sin su configuración no existirá el ilícito Penal.

Por otro lado tenemos la problemática que se plantea acerca de la dualidad de la antijuridicidad encontrada por algunos tratadistas al hablar de la antijuridicidad formal y antijuridicidad Material; entre otros autores Cuello Calón afirma - "Además de la antijuridicidad formal, la constituida por la relación de oposición entre el hecho y la Norma Penal, se distingue la llamada antijuridicidad Material. Para Liszt es formalmente antijurídica la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico y material antijurídicamente, la acción que encierra una conducta socialmente dañosa", (75)

Por otro lado Ignacio Villalobos nos explica "Antijuridicidad es oposición al Derecho y como puede ser legislado, declarado por el estado y -- formal o bien de fondo, de contenido o material, -- también de la antijuridicidad se puede afirmar -- que es formal, por cuanto se opone a la Ley de es tado y material por cuanto afecta los intereses -- protegidos por dicha Ley.

"No es preciso pensar por supuesto, que cada especie de antijuridicidad formal o material ex-- cluye a la otra, por el contrario de ordinario -- van unidas ambas y son de acuerdo con su naturale za y su denominación una la forma y la otra el -- contenido de una misma cosa" (76).

El citado autor considera que la antijuridicidad si tiene la característica de esa dualidad, pero que forma una sola esfera de violación que -- tiene dos sentidos, el primero viola a los interese ses Sociales cuando se contrapone al derecho y se sundo porque viola los intereses o bienes tutelares por la norma.

Criterio distinto el que sostiene con gran -- acierto a nuestro juicio el Maestro Jiménez Huer-- ta al decir "Lo antijurídico es pues, un concepto integral e inescindible resulta totalmente falsa-- la concepción, dualista que frente a una antijuri-- dicidad formal, situa otra material o substancial.

antijurídico dice Bettiol porque contradice a la norma y porque lesiona aquél particular bien que la norma tutela" (77).

Nosotros estamos de acuerdo con lo sustentado por el Maestro mencionado, ya que la antijuridicidad tiene el solo objetivo que es la relación de - los bienes tutelados por la norma Penal sea contra su destrucción o tan solo contra el peligro del daño que puedan ocasionarle, y si aceptamos el criterio dualista de la antijuridicidad, tendremos que aceptar el criterio dualista que guardaria el tipo tanto como descripción de una conducta o hecho con sus elementos que serian lo material y por otro - lado la regulación de las mismas conductas que intrinsecamente la llevan (sustancial o formal).

Reafirma nuestra opinión el Maestro Pavon-Vasconcelos señalando "nosotros concebimos lo antijurídico como un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta, el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el estado" - (78) esto es, que no existe la antijuridicidad en su doble aspecto, ya que cabria una contrariedad -

(77) Mariano Jiménez Huerta .- La Antijuridicidad, Editorial Imprenta Universitaria, México 1952, Pág. 32

(78) Op. Cit. Pavon Vasconcelos Pág. 291

entre las mismas, quitándole el valor Social que se alimenta del ordenamiento Jurídico.

Es evidente que al hablar de lo antijurídico nos referíamos como ya habíamos dicho a lo contrario al derecho, pero el tratadista Carlos Binding elaboró una teoría la cual nos explica-Castellanos Tena "Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la Ley sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal. En efecto ¿que es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal Venezolano (Art. -- 302 C.P. Méx). igual acaece con el que roba, no se vulnera la Ley, pero si quebrantarla, algo esencial para la convivencia y el ordenamiento Jurídico se infringe la norma que esta por encima y detras de la Ley. El decálogo es un libro de Normas: No matarás. Si se mata o se roba se quebranta la norma más no la Ley. Por eso Binding decia: La norma crea lo antijurídico.- La Ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta la norma valoriza, la Ley Describe (79)."

En apariencia se puede pensar que Binding confundió a la tipicidad con la antijuridicidad al decir que cuando una persona mata se esta de acuerdo con un artículo en especial, y en efecto desde nuestro punto de vista el citado tratadista al hablar del Tema se refiere a la tipici

dad, misma que ya tratamos.

B.) LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Las causas de justificación o de Licitud - es el aspecto negativo de la antijuridicidad, - el Maestro Villalobos establece: "El sistema - que ordinariamente siguen los Códigos Penales, - ofreciendo un catálogo típico de aquéllas con-- ductas que en condiciones ordinarias son puni-- bles como delitos (privar de la vida a un hom-- bre, apoderarse de lo ajeno, etc.) admite el su puesto de que tales condiciones cambien por la concurrencia de factores especiales o de excep-- ción y entonces la responsabilidad puede variar o desaparecer.

"Puede esas condiciones indicar solamente - una mayor o menor gravedad en el delito o una - mayor o menor peligrosidad en el delincuente, - gravedad o peligrosidad que exigirá un aumento, una disminución o un cambio en la sansión apli cable, puede tratarse de particularidades que dejando el delito plenamente constituido apun-- ten la conveniencia de eliminar la Pena por ra zones preponderantes dentro de la consideración compleja de la política anticriminal; y puede - llegar a suceder que por aquéllas condiciones - extraordinarias o especiales en que el acto se produce, muy a pesar de que tal acto responda - con exactitud a la descripción formal y objeti-- va de un tipo, no exista delito por haber desa-- parecido uno de los elementos indispensables pa

ra construirlo como puede ser la antijuridici-
dad o la culpabilidad.

"Entonces lógicamente desaparecerá también
la responsabilidad Penal." (80) El citado au-
tor denomina a este aspecto negativo como lo -
establece en forma general nuestro código Pe-
nal como excluyentes de responsabilidad.

Estas denominaciones han tenido gran con-
traversia entre sí, y a fin de saber cual es -
la denominación correcta que deba emplearse, -
señalaremos que el maestro Porte Petit señala
sobre el concepto de las causas de licitud - -
"Pensamos que existe una causa de licitud - -
cuando la conducta o hecho siendo típicos son-
permitidos, autorizados o facilitados por la -
Ley a virtud de ausencia de interés o de la --
existencia de un interés proponderante. Es --
aquella situación en la que un hecho que nor--
malmente esta prohibido por la Ley Penal no --
constituye delito por la existencia de una nor-
ma que lo autoriza o le impone." (81)

De lo anterior podemos decir que para el
citado autor habrá o tendrá su fundamento las-
causas de licitud por esa aparición de estas -
dos causas.

(80) Op. Cit. Ignacio Villalobos Pág. 333

(81) Op. Cit. C. Porte Petit Pág. 493

a) Ausencia de interés.

b) Ausencia de un interés Proponderante

a) En la ausencia de interés se debe de tomar en cuenta que en ocasiones el interés que emana de la parte ofendida no tiene fuerza alguna para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, puesto que en ocasiones cuando se comete el ilícito Penal se rompe la estabilidad de la Sociedad trasgrediendo su armonía; por otro lado existe el interés particular o privado que es tutelado por la norma Penal que le da libertad de actuación sobre sí mismo, es decir el titular puede hacer uso del mismo teniendo como resultado la importancia del contentamiento para poder borrar el carácter de antijurídico de la conducta delictuosa como para los delitos de querrela.

b) La existencia del interés Proponderante se refiere a la pugna de intereses incompatibles entre si y de los cuales el Derecho se encuentra en la imposibilidad en determinar cual de los bienes es el que se debe salvar, inclinándose por el bien de mayor valía, permitiendo el sacrificio del bien de menor valía, como única solución a fin de poder conservar el interés que el Derecho considera proponderante.

Las principales causas de justificación - -
(las cuales se encuentran reguladas en nuestro - -
Código Penal) son:

- 1.- La legítima defensa.
- 2.- Estado de Necesidad
- 3.- Cumplimiento de un deber.
- 4.- Ejercicio de un Derecho.
- 5.- Obediencia Jerárquica.
- 6.- Impedimiento Legítimo.

1.- La primera de las causas de licitud es la legítima defensa, la cual se ha definido en el Código Penal en su artículo 15 fracción III como "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes o de la persona honor o de sus bienes o de la persona honor o bienes de otro repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente" (82) por otro lado en la Doctrina se define como establece el maestro Castellanos Tena "Repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin transpasar la medida necesaria para su protección." (83) por último diremos que Pavon Vasconcelos al hablar del tema afirma "es la repulsa inmediata necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual se deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho." (84)

(82) Op. Cit. Código Penal Pág. 11 y 12

(83) Op. Cit. Fernando Castellanos Tena - -
Pág. 190

(84) Op. Cit. Pavon Vasconcelos Pág. 314

2.- El estado de necesidad es la segunda - forma de causas de licitud, el tratadista Porte Petit establece " estamos frente al estado de necesidad cuando para salvar un bien de mayor o --- igual entidad jurídicamente tutelado o protegido se lesiona otro bien, igualmente amparado por la Ley" (85) por otro lado Cuello Calón dice " es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes jurídicamente tutelados -- perteneciente a otra persona" (86) por último Pavon Vasconcelos establece "es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno al interés propio como único medio para salvaguardar el propio" (87) podemos manifestar que para -- nosotros habrá Estado de Necesidad cuando exista -- contraposición de intereses desiguales jurídicamente protegidos, permitiéndose sacrificar el de menor valía por el de mayor valía.

3.- El Cumplimiento de un deber, se entiende como manifiesta Pavon Vasconcelos " Dentro de -- Cumplimiento de un deber se comprende por ello, -- tanto la realización de una conducta ordenada por expreso mandato de la ley, como la ejecución de -- conductas en ellas autorizadas" (88).

(85) Op. Cit. Celestino Porte Petit pág. 539

(86) Op. Cit. Eugenio Cuello Calón pag. 562

(87) Op. Cit. F. Pavon Vasconcelos pag. 315

(88) Idem. pag. 96

de lo que podemos desprender que el sujeto actúa en el cumplimiento de un deber cuando por razones propias de su trabajo o fuero esté obligado a actuar sea por mandato de la Ley o por una orden -- de un superior jerárquico.

El artículo 15 Fracción VI en la primera parte cuando dice "Obrar en cumplimiento de un deber" (89) es deber como ya vimos puede emanar directamente de la Ley o de una autoridad superior.

4.- El ejercicio de un derecho al igual que el cumplimiento de un deber se encuentra señalado en la fracción V del artículo 15 cuando establece "... O en el ejercicio del derecho consignado en la Ley" (90) Esta causa de justificación se presenta cuando el sujeto realiza una conducta ilícita en ejercicio de un derecho consignado en la propia Ley como es el caso de el derecho que ejerce el padre sobre el hijo para corregirlo, siempre y cuando este derecho no se exceda de acuerdo a la propia Ley.

Este derecho puede originarse de:

A) El reconocimiento hecho por la Ley sobre el derecho ejercitado (Como es el caso del derecho de corrección del cual habíamos hablado en renglones anteriores).

(89) Op.Cit. Código Penal pág. 12

(90) Idem. pág. 12

B) De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente - (Como la autorización para llevar a cabo una-función de box en la cual la finalidad es cau-sarse lesiones en forma mutua).

C) El consentimiento del interesado para - ejercer sobre él acto ilícito con fines bene-ficos como el caso de la autorización al médi-co para que practique una operación).

5.- Obediencia jerárquica es cuando el - sujeto actúa bajo las ordenes dadas por un su-perior jerárquico como el caso del fuero mi-litar y al cual debe de obedecer por mandato legal. esta causa de justificación se estable-ce en Código Penal en la fracc. VII del art.-15. "Obedecer a un superior legítimo en el or-den jerárquico aún cuando su mandato constitu-ya un delito, si esta circunstancia no es no-toria ni se prueba que el acusado la conocia" (91). El Maestro Porte Petit señala que en - el obediencia jerárquica se deben observar -- las reglas siguientes:

A) La orden lícita.- En esta hipótesis o - sea obedecer un superior con relación a un --mandado legítimo no existe ningún aspecto ne-gativo del delito por ser la orden lícita.

(91) Idem pág 13.

B) La orden es ilícita conociéndola el superior y sin obligación de acatarla, teniendo poder de inspección. Cuando cumple con tal orden es sujeto es responsable.

C) La orden es ilícita conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir sin poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación.

D) La orden es ilícita creyéndola lícita el inferior, por error invencible. Estamos frente a una causa de inculpabilidad

E) La orden es ilícita pero no se puede exigir al sujeto una conducta distinta de la que realizó. Existe una causa de inculpabilidad por lo no exigibilidad de otra conducta". (92)

En cambio en la fracción del artículo citado del Código Penal sólo establece estos dos requisitos.

- a) que la orden no sea notoriamente ilícita.
- b) que no pruebe que se conocía su ilicitud

(92) Celestino Porte Petit, Programa de la Parte General de Derecho Penal Mexicano 1958, Pág. 542

6.- El impedimento legítimo es la última causa de licitud o de justificación, es cuando - el sujeto no realiza lo que tiene la obligación de hacerlo, siempre que se funde por impedimento legítimo; art. 15 VIII señala "Contravenirlo dispuesto en una Ley Penal dejando de hacer - lo que manda por un impedimento legítimo" (93). En este impedimento legítimo puede fundarse en 2 corrientes.

a) Una legal.- Cuando el impedimento se encuentra regulado por la Ley.

b) Una extralegal.- cuando el impedimento no se encuentra regulado por la Ley, sino por razón de una profesión (El padre que se pide lo que dice el sujeto que se confiesa y éste se niega por el secreto de confesión).

C) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

Ya habíamos establecido el concepto de lo - antijurídico, en el caso concreto diremos que un jugador o espectador que sea aprehendido en - un local donde se juegue en forma ilícita, actúa antijurídicamente si no se encuentra fundada en alguna causa de licitud establecida en la Ley, - de esta manera será antijurídica si no se encuentra su conducta regulada por una causa de justificación.

De las causas de justificación enumeradas anteriormente se podrían presentar las siguientes:

1.- El cumplimiento de un deber en el caso de algún policía que es comisionado para que en una forma secreta investigue los lugares donde se jogue en forma ilícita, para lo cual se mezcla con los jugadores de los garitos, en ese momento interrumpe la policía y aprehende a todos los jugadores y espectadores. Al principio el sujeto realizó una conducta típica, pero no antijurídica por esta cumpliendo un deber impuesto por una autoridad superior.

2.- La obediencia jerárquica se podría presentar en el supuesto que un general manda a un soldado de su entera confianza y le da instrucción para que vaya a una dirección y juegue determinada cantidad de dinero, Ofreciendo parte de las ganancias que su pudieran obtener; para lo cual tenemos que ver que si el inferior desconoce que sea un lugar donde se juegue en forma ilícita, se estará en presencia de la causa de justificación, pero si conocía que era garito ilegal el inferior será responsable también del Delito consignado en la Fracc. II del Art. 258 del Código Penal.

En cuanto a las demás causas de justificación (Legítima defensa, Estado de necesidad, Ejercicio de un Derecho e impedimento legítimo) no se pueden presentar en el presente Estudio.

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD

A) LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD

Como preámbulo del estudio de la culpabilidad, debemos analizar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, ya que algunos autores señalan que la imputabilidad y la culpabilidad deben de tener el carácter de elementos del delito.

El maestro Castellanos Tena afirma "Para -- ser culpable un sujeto, precisa que sea imputable; si en la culpabilidad, como se vera más adelante, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su -- acto y quiera realizarlo debe tener capacidad de querer ..." (94), criterio semejante sustenta el Profesor Villalobos al decir "... la imputabilidad es una calidad del sujeto que le hace capaz -- de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, y para ello capacidad de entender y de querer normalmente..." (95), por último el maestro Carrancá y Trujillo estima "Todo aquél que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas -- abstracta e indeterminadamente por la Ley para po

(94) Op. Cit. F. Castellanos Tena Pág. 217

(95) Op. Cit. Ignacio Villalobos Pág. 414

der desarrollar su conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana" (96). Podemos decir de nuestra parte que consideramos a la imputabilidad como la capacidad del sujeto de querer y entender sus actos, con un mínimo de salud y desarrollo mental; esto es, que la imputabilidad tiene a nuestro parecer dos aspectos muy importantes, el primero que se refiere al desarrollo físico que se representa con la edad y otro psíquico que lo representa el desarrollo mental, de ahí que el sujeto imputable debe estar considerado con estos dos desarrollos (físico y psíquico) en estrecha relación como lo establece el tratadista Mayer al establecer "... la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor para obrar según el justo cumplimiento del deber existente". (97).

A referirnos del tema de la imputabilidad no podemos desprenderlo de la responsabilidad, al respecto (98) indica que si la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y por lo tanto capacidad de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos cometidos por el siendo común observar como en las sentencias penales se establece la frase "es penalmente res--

(97) Op. Cit. Max Ernesto Mayer citado por F. Castellanos Tena Pág. 218

(98) Cfr. Op. Cit. Ignacio Villalobos Pág. 289

ponsable", esto es, la responsabilidad es la -- obligación que todos los sujetos tenemos ante la sociedad, reflejada ésta por las propias instituciones del estado para responder por los actos -- cometidos haciéndose acreedor a las consecuencias que marca la Ley. Hay autores que piensan que no es una mera obligación sino un deber jurídico el propio Castellanos Tena establece "...la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable" (99), pero este no es deber jurídico propiamente ya que no se establece -- en la Ley de ser responsable por el solo hecho de ser imputable, sino es toda una correlación de actos y obligaciones.

Por otro lado aparece la problemática planteada por las llamadas Acciones libres en su causa o también llamadas "Acciones Liberae in Causa", en las cuales el sujeto de una manera conciente -- se pone en estado de no ser considerado imputable con la finalidad de cometer un ilícito, para después alegar que no estaba en pleno uso de sus facultades mentales en el momento de la comisión del delito; Villalobos nos dice (100) el hombre ya sea por sugestión, por sueño, por el uso de -- drogas o por cualquier medio conocido por él, en sus efectos se pusiera en condiciones un delito -- que a los demás pudiera aparecer no intencional -- solo por aquel momento de anormalidad en que pasaba el sujeto, siendo que en realidad había tomado la resolución antijurídica de cometer el ilícito

(99) Op. Cit. F. Castellanos Tena Pág. 219

(100) Cfr. Op. Cit. Ignacio Villalobos Pág. 288

to penal estando en estado de plena y perfecta imputabilidad, es decir el sujeto se procura ese estado por saber y conocer sus efectos y a fin de realizar un delito, a este respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido "Si en autos no se ha probado que el quejoso hubiera actuado en estado de inconciencia de sus actos, - determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias embriagantes y por el contrario de la declaración del propio procesado se infiere que si acaso existió tal estado (que por otra parte tampoco se ha probado), no se debió al empleo accidental e involuntario de substancias embriagantes, ya que acepta que desde temprano, el día de los hechos, anduvo tomando bebidas embriagantes y no se ilumina la posibilidad de que concurre, en la especie, la causa de inimputabilidad - que se invoque. Como tampoco se ha probado que - estado de embriaguez en que dice haberse encontrado el quejoso, fuera completo, nulificando su capacidad de entender y querer, cabe concluir que - se esta frente a una acción libre en su causa, en que el sujeto, queriendo el estado de inimputabilidad, puesto que se ha colocado voluntariamente en él, ha querido el hecho (la conducta y el resultado), excluyéndose así tanto la posibilidad - de considerar la acción, como ejercitada por una persona en estado de incapacidad transitoria, como de estimar la responsabilidad a titulo de culpa. En consecuencia la sentencia que lo condena por el delito de lesiones no puede ser violatorio de garantías" (101)

(101) Semanario Judicial de la Federación.

Sexta Epoca volumen IX Segunda Parte pág. 68

Por otro lado existen las llamadas causas - de inimputabilidad, como ya habíamos establecido es un presupuesto de la culpabilidad, si ésta no se presenta no se puede configurar el delito, de tal manera que si se presenta cualquiera de las causas de inimputabilidad el sujeto no será culpable y por ende no habrá delito. Podemos definir a estas causas de inimputabilidad como aquellas que atacan el desarrollo físico y mental re querido para la imputabilidad, las causas de - - inimputabilidad que se encuentran reguladas en la Ley son:

- a) El estado de inconciencia transitorio o permanente
- b) El miedo grave
- c) La sordomudez

a) En el código penal en el art. 68 (102) - establece que los idiotas, imbeciles, o los que sufren cualquier otra debilidad anomalía o enfermedad de carácter mental y que hayan ejecutado - algún delito, serán reclusos, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos con au torización de algún médico a un régimen de trabajo especial.

Algunos tratadistas coinciden que este artículo se encuentra regulado el trastorno mental permanente y por otra parte otros aseguran que los trastornos ha que se refiere este artículo - son transitorios cuando se señala que es por todo el tiempo necesario para su curación, esto es,

que solo en un lapso de tiempo y por lo tanto a eso se refiere la transitoriedad, ya que tiende a pasar; pero creemos que es un errónea dicha consideración desde nuestro punto de vista, ya que se prevee una permanencia de dicho estado y se le da la posibilidad de que éste sea transitorio como lo señala los multiples tratadistas.

Por otro lado el trastorno mental transitorio se encuentra reglamentado por el artículo 15-fracción II dentro de las llamadas excluyentes de responsabilidad y dicho artículo señala "Hallarse el acusado al cometer la infracción en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas embriagantes o estupefacientes, o por un estado tóxico infeccioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico transitorio" (103)

Existe sin duda alguna regulado con el artículo señalado anteriormente el trastorno mental transitorio, ya que se debe su transitoriedad en cuanto dure el efecto de las sustancias enumeradas en él cuyo empelo es involuntario y señalándose en su parte final "patológico transitorio".

b) Por lo que respecta al miedo grave el artículo 15 fracción IV establece "el miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, o la necesidad de salvar su propia persona o la perso

na...o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio - practicable y menos perjudicial" (104)

Dentro de este artículo se encuentra regulado El Miedo Grave y el Temor Fundado, siendo el primero causa de imputabilidad, no así el segundo que como analizaremos más adelante corresponde a una causa de inculpabilidad, por la no exigibilidad de otra conducta. Podemos decir que el miedo grave se debe primordialmente a -- ciertos procesos causales psicologicos en los -- cuales el individuo se imagina las cosas sin poderlas preveer, no así el temor fundado en el cual el sujeto tiene fundamentos para actuar como lo hace.

c) Por último tenemos a las sordomudez, la cual se encuentra regulada en el artículo 67 de nuestro código penal que señala "a los sordomudos que contravengan los preceptos de una Ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo necesario para su educación o instrucción" (105)

En el precepto que antecede los estudiosos de la materia han manifestado que se trata de la regulación de las acciones de los sordomudos ante la sociedad a que pertenecen, pero se encuentran de tal manera incomunicados con la misma y que estas acciones carecen de esa capacidad de entender. Desde nuestro particular punto de vis

(104) Idem Pág. 12

(105) Idem Pág. 26

ta consideraríamos que actualmente los sordomudos - son personas perfectamente imputables de los actos que comete, además de que el propio precepto señalado acepta la posibilidad que puedan llegar a hacer capaces por medio de la educación o instrucción, pero existe la interrogante de que pasaría con los sordomudos que ya han sido educados lo - que seguramente pasaría si cometieran algún delito no se les recluiría, sino se les procesaría - por los delitos que llegasen a cometer.

De las anteriores causas de inimputabilidad-referidas no se pueden presentar ninguna de ellas en el delito estudio, ya que la calidad de los sujetos que intervienen en el delito son de espectador o de jugador en los juegos prohibidos, y por lo tanto deben tener forzosamente una cierta capacidad de dirigir sus actos.

B) LA CULPABILIDAD

Estamos en presencia y de acuerdo a la teoría tetraatómica que hemos venido desarrollando del último elemento del delito que es la culpabilidad el tratadista Jiménez de Asúa al respecto nos dice "en amplio sentido, la culpabilidad ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (106), por otro lado Hans Welzel, - (107) señala que la culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de valoración que convierte el acto de voluntad en un acto culpable, así --

(106) Op. Cit. Luis Jiménez de Asúa Pág. 379

(107) Cfr. Hans Welzel.- Derecho Penal.- Editorial de Palma.- Buenos Aires 1956.- Traducido por Carlos Fontan Balestra Pág. 149

mismo el maestro Villalobos advierte "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" (108), por otro lado Castellanos Tena - afirma "...consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual que liga al sujeto con su acto" (109), criterio al cual nos adherirnos por considerar el más aceptado y que tiene su naturaleza - psicológica de la culpabilidad su esencia, ya -- que de alguna manera la reprochabilidad de los - actos deben derivarse de ese nexo que se hace referencia.

Existen dos doctrinas que tratan de analizar la naturaleza jurídica de la culpabilidad; la primera llama teoría psicológica o psicologista y la segunda denominada teoría normativa o normativista. El maestro Pavón Vasconcelos (110) señala:

a) En la teoría psicologista existe un nexo psíquico entre el agente y el acto que realizo o dicho de otra manera la relación psicológica del autor con su hecho, de esta manera la culpabilidad comprende el dolo y la culpa siendo estas formas - de vinculación permite la Ley entre el autor y el delito, constituyendo la imputabilidad presupuesto de la culpabilidad.

b) Por otro lado en la teoría normativista - presupone para estructurar su concepto la existenta

(108) Op. Cit. Ingacio Villalobos Pág. 283

(109) Op. Cit. F. Castellanos Tena Pág. 232

(110) Cfr. Op. Cit. Pavón Vasconcelos Pás. 350, 351

cia de una conducta o hechos antijurídicos, agregando a la acción antijurídica el nexo intelectual mediante el cual se convierte en delito, -- pues mientras la antijuridicidad es la relación, entre la acción y el orden jurídico que establece divergencia objetiva entre uno y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla. Sin embargo cabe mencionar que no solamente haya acción antijurídica, sino también como ya hemos analizado también existe la omisión antijurídica por lo que ésta también debe ser contemplada en esta teoría normativista.

Para el maestro Castellanos Tena en la Teoría psicologista "...la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado por el autor. El estudio de la culpabilidad requiere en análisis de psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.

Para la doctrina normativista el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche cuando una conducta es culpable, si aún su jeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad -

o sea el juicio de reproche en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber" (111). De lo anterior podemos afirmar que en el psicologismo la culpabilidad encuentra sus bases en un proceso psicologico-causal del resultado, mientras que en el normativismo se funda en el juicio de reproche a una circunstancia del acto del sujeto (dolo o culpa).

Se ha discutido si son dos o tres las formas en que aparece la culpabilidad, ya que para algunos autores el dolo y la culpa son las únicas formas de culpabilidad, mientras que otros afirman que además de las anteriores debe de tomarse a la preterintencionalidad como forma de culpabilidad. Al principio del presente estudio habíamos establecido en cuanto a la clasificación de los delitos que existía en cuanto a su elemento interno o de culpabilidad los delitos dolosos, culposos y preterintencionales y de los cuales se ha suscitado la presente controversia.

En efecto los tratadistas. entre ellos Castellanos Tena afirma que nada más debe tomarse en cuenta la culpa y el dolo al señalar "nosotros también creemos que no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las escencias del dolo y de la culpa, ambas formas se excluyen. Para existencia del primero precisa que la voluntad consiente se di-

(111) Op. Cit. Castellanos Tena Págs. 232 y

rija al evento o hecho típico ya sea directa, in directa, indeterminada o eventualmente, mientras que la segunda se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta imprudente, imperita con negligente del autor" (112), criterio seguido también por el maestro Ignacio Villalobos que señala "... tradicionalmente se han distinguido solo dos grupos: el dolo y la culpa prefiriendo hacer subdivisiones y pretendiendo a veces, conmanifiesta inmadurez en el estudio al reconocer una tercera categoría llamada de la preterintencionalidad" (113).

Criterio contrario sustenta el maestro Porte Petit (114) al señalar que en el código penal en su artículo 9 fracción II se regula la preterintencionalidad al establecer que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.

Efectivamente si se analiza dicho precepto encontraremos la preterintencionalidad pero esta regulación carece de trascendencia ya que si se toma en consideración el segundo parrafo del citado artículo, encontraremos la solución problema, puesto que establece que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias que se mencionan en ese artículo, esto -

(112) Idem. Pág. 237 y 238

(113) Op.cit. Ignacio Villalobos.pag. 293

(114) Cfr Op. Cit.C.Porte Petit. pag. 50

es, que aunque se señale en el Código Penal la -- preterintencionalidad, ésta queda subsumida por -- el dolo o intencionalidad a que se refiere el ci- tada párrafo; nosotros en consecuencia estamos de acuerdo con la tesis que considera solamente el -- dolo y la culpa como formas de culpabilidad.

La primera de las formas de la culpabilidad según hemos visto es el Dolo y éste lo han defini do de diversas corrientes, así el maestro Jiménez de Asúa nos dice "La producción de un resultado -- antijurídico con conciencia de que se quebranta -- el deber, con conocimiento de la circunstancia de hecho y del curso esencial de la relación de cau salidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de -- realizar la acción y con representación del resul tado que se quiere o ratifica" (115), por otro la do el Tratadista Cuello Calón define al Dolo --- "...La voluntad consciente dirigida a la ejecu-- ción de un hecho que es delictuoso o simplemente la intención de ejecutar el hecho delictuoso" -- (116), en este caso en la última parte el citado tratadista explica lo que considera como tentati- va cuando se refiere a la intención de ejecutar.

Respecto a la existencia del Dolo se han ela borado diversas teorías que resumiendo entre los diversos tratadistas son tres las más conocidas.

1ª TEORIA DE LA VOLUNTAD.- Esta teoría se re fiere a la intención de la dirección de la volun-

(115) Op. cit. Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. pag. 459

tad, de manera que el Dolo sería la voluntad dirigida o encaminada al evento previsto por la Ley - como una forma de delito, en la cual se confunde el Dolo y la intención, sin poder precisar el alcance y la extensión de la voluntad.

2ª TEORIA DE LA REPRESENTACION.- Para esta - teoría el Dolo es independientemente del propósito del agente, sustituyendo a la voluntad por la representación ésta última es el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del Dolo sin importar la dirección de la intención; se sostiene en esta teoría el carácter esencial del conocimiento del hecho.

3ª TEORIA DE LA VOLUNTAD Y REPRESENTACION.-- En ésta, el sujeto actúa dolosamente y quien no solo ha representado el hecho y su significación sino además dirige su voluntad en forma directa o indirecta a la producción del resultado ilícito. Esta última teoría es la más aceptable, ya que no solo basta el querer aceptar el producir un resultado, sino el conocimiento de las circunstancias de ese resultado y su significado ante el Derecho.

Por otra parte diremos que existen diversas clases de Dolo y que en la doctrina las más comunes o las que más se estudian son; Dolo directo, indirecto, indeterminado y eventual.

En el Dolo directo, el resultado y el propósito del agente coinciden; en el Dolo indirecto -

el sujeto se propone un objetivo pero conoce que llevando a cabo su conducta con toda seguridad -- provocará otros resultados delictivos, pero a pesar de tal situación decide llevar a cabo el delito. En el Dolo indeterminado existe una intención genérica de cometer algún delito, sin proponerse un determinado resultado (el caso de los terroristas que buscan el desequilibrio de un país y se dedican a poner bombas sin tener la intención de cometer un delito en especial).

Por último el Dolo eventual en el cual el sujeto quiere un resultado, y puede preveer de manera necesaria el surgimiento de otros resultados no queridos, es decir, el sujeto quiere llevar a la quiebra a una persona y pone una bomba en su negocio conociendo la posibilidad de que muera el empleado que lo atiende.

El segundo de los elementos que hemos visto es la Culpabilidad, ésta según Mezger "Actúa culpablemente quien infringe un deber de cuidado que personalmente y cuyo resultado puede preveer" -- (116), mientras que para el maestro Pavón Vasconcelos señala "Aquél resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado previsto o previsible, derivado de una acción y omisión voluntarias, y evitable si se hubiera observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por el uso y costumbres" (117), esta última definición se le puede criticar en el sentido de -- que los usos y las costumbres no tienen relevancia en el campo del Derecho.

(116) Op. cit. Edmundo Mezger. Tomo II pag.

171

(117) Op. cit. F. Pavón Vasconcelos. Pag. 387.

Respecto de las teorías que existen para determinar la naturaleza jurídica en la culpa la mayoría de los estudiosos coinciden que son tres:

- 1ª TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD.
- 2ª TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD Y EVITABILIDAD
- 3ª TEORIA DEL DEFECTO DE LA ATENCION.

En relación al tema el profesor Castellanos Tena afirma "La primera (previsibilidad) fué sostenida principalmente por Carrara para quien la esencia de la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido. Afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia - en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia - el cual no es, en última instancia sino un vicio de la voluntad.

"La segunda expuesta por Binding y seguido -- por Brusa, acepta la previsibilidad del evento, - pero añade el carácter de evitable o previsible - para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado - siendo previsible y evitable no lo es.

"Por último la teoría del defecto de la atención sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley" (118).

Desde nuestro punto de vista habrá culpa -- cuando el sujeto lleve a cabo una conducta negligente o imprudente, por no observar las cautelas que la ley exige, siempre y cuando la naturaleza del evento sea previsible y evitable.

Las clases de Culpa que más se estudia en la doctrina son la Culpa Consciente o con representación y la Culpa Inconsciente o también llamada -- sin representación. En la primera el sujeto puede preveer el resultado como posible, pero abriga la esperanza de que no se lleve a cabo, el resultado en consecuencia no es querido. En la Culpa sin representación, el resultado que siendo previsible no se prevee por falta de negligencia, impericia, etc.

En forma aparente hay confusión entre el Dolo eventual y la Culpa consciente, ya que hay voluntad del agente y representación del resultado, con la diferencia de que en el Dolo eventual el sujeto no le importa el resultado y en la culpa - el sujeto no quiere el resultado abrigando la esperanza de que no se lleve a cabo dicho resultado.

En otro orden de ideas y respecto del caso - fortuito regulado por la fracción X del Artículo 15 que señala "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas" (119), en este caso el maestro Castellanos - Tena considera que el caso fortuito no es una causa de la inculpabilidad por ser un hecho lícito - de acuerdo con el propio texto del Artículo cita-

do, señalando que es una causa de metaculpabilidad. (120).

Por nuestra parte diremos que es un error ambas cosas, ya que el caso fortuito es un presu---puesto de la culpabilidad al igual que la imputabilidad, ya que para analizar la conducta culpablemente se debe observar si la persona obró conforme a la ley (Artículo 15 Fracción X) no será culpable.

C) ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD O SEA LA INCULPABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad y esta opera cuando no existen el conocimiento y la voluntad, en estos casos se puede decir que el sujeto es absuelto en el juicio de reproche. Existen dos causas fundamentales de inculpabilidad que son:

- I) El error esencial de hecho e invencible.
- II) La no exigibilidad de otra conducta.

I) En cuanto al tema Pavón Vasconcelos dice "Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aun que con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa; en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto de un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positi-

(120)Cfr. Op. Cit. F. Castellanos Tena. pag. 285

vo" (121).

El error es pues, el inepto conocimiento - de la realidad, dividiéndose en error de hecho y error de derecho, éste a su vez se divide en penal y extrapenal y el error de hecho se divide en - - esencial y accidental.

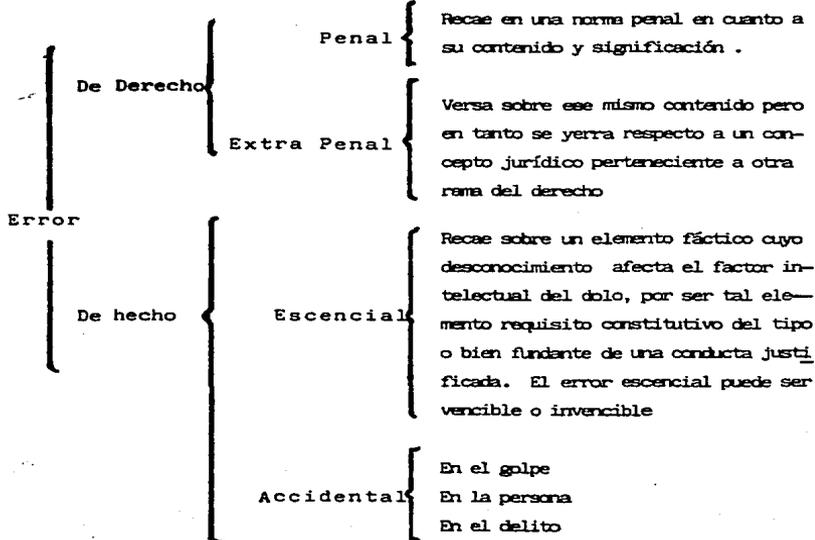
En el error de derecho el individuo tiene un falso conocimiento de las leyes, este tipo de - - error hay culpabilidad del sujeto, ya que tradicionalmente se a considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay in culpabilidad pues, la ignorancia de las Leyes a nadie beneficia, principio que es aceptado casi uiversalmente y en nuestro artículo 9 fracción III- del código penal se encuentra regulado.

El error esencial de hecho para ser causa - de inculpabilidad debe ser como dice el maestro-Porte Petit (122), debe ser invencible de lo contrario deja subsistente la culpa.

Por su parte el tratadista Castellanos Tena en un cuadro sinóptico capta bien la resolución - del problema y establece la diferencia entre los errores ya mencionados y así tenemos:

(121) Op. Cit. Pavón Vasconcelos Pág. 395

(122) Cfr Op. Cit. Porte Petit importancia de la Dogmática Pág. 52



II) La no exigibilidad de otra conducta es la segunda de las causas de inculpabilidad, a lo cual el maestro Villalobos nos dice "cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia solo a consideraciones de nobleza o, emotividad pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible..." (123) es notorio que para el citado autor existe confusión - entre causas de inculpabilidad y causas de impunidad, en donde por razones de política criminal no se aplica la pena por motivos sociales pre

ponderantemente, por otro lado Castellanos Tena estima "por nuestra parte creemos que aún no se ha logrado determinar la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cual de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella... (124). Efectivamente creemos que no se ha encontrado la verdadera naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta a pesar de los esfuerzos hechos por los distintos tratadistas como Mezger (en el reproche a título de culpa) o Jiménez de Asúa (en las conductas no culpables aunque la Ley no lo prevea - taxativamente).

En los casos de no exigibilidad de otra conducta que regula el código penal se encuentran:

1° Estado de necesidad.- cuando la necesidad sea tal que obliga al individuo a delinquir y cuando el bien sacrificado sea de igual valor al salvado, comprendida en la fracción IV del artículo 15 del código penal cuando habla de la necesidad de salvar la propia persona o bienes de un tercero de un peligro real, grave e inminente siempre que no exista otro medio menos practicable y menos perjudicial; en este caso se puede observar que chocan bienes jurídicos de idéntico valor y estando doctrinalmente en la famosa tabla de carneadas en la cual un naufrago sacrifica a su compañero para salvar su

vida, pues la tabla nada más aguanta a uno de los dos.

2° Temor fundado éste se encuentra regulado en la propia fracción IV del citado artículo en la primera parte. En este caso se ha denominado temor fundado porque el temor que existe, tiene antecedentes de tal naturaleza que hace que el individuo actue en forma irreflexiva, tenemos el caso de aquella persona que va pasando por un callejón oscuro y sabe que ese sitio se han cometido varios asaltos y han lesionado a diversas personas y en ese momento aparece una persona a la cual de infiere lesiones por el temor fundado que tiene dicho individuo, estando en presencia de no exigibilidad otra conducta.

3° Encubrimiento de parientes.- A la cual se le ha negado en la doctrina el carácter de no exigibilidad de otra conducta, sino más bien una Ex-cusa absolutoria (causa de inculpabilidad) señala el artículo 15 fracción IV que el ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumento del mismo o impedir que se averigüe cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleará algún medio delictuoso, siempre que se trate de

a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos afines.

b) El conyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el 4° grado y por afinidad hasta el 2° y

c) Los que esten ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

En forma por demás breve analizaremos a la punibilidad afin de dejar completo el estudio, - a pesar de que no la consideramos un elemento del delito, sino una consecuencia necesaria por la comisión del mismo. No es un elemento del delito, partiendo de la base que es una facultad que tiene el estado para imponer el castigo que se merecen los individuos por los delitos que cometan, - es decir imponer una pena, ahora bien, la ausencia de punibilidad son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta - impiden la aplicación de la pena respectiva, por razones de justicia e equidad, en consecuencia, - como ya habiamos visto cuando aparecen en cualquiera de los elementos ya mencionados un elemento negativo el delito no se configura, en cambio aqui aunque se presente la excusa absolutoria el delito permanece, nada más que la pena no sea -- aplica.

Las causas de impunidad o llamadas excusas absolutorias son:

- a) En razón de la conservación del núcleo - familiar.
- b) En razón de la mínima temibilidad
- c) En razón de la maternidad conciente
- e) En razón de la inexigibilidad

D) ANALISIS DEL DELITO EN LA CULPABILIDAD

Primeramente diremos que es necesario que el sujeto que sea aprehendido en un local donde se juegue en forma ilícita sea imputable, ya -- que se puede presentar el caso que el espectador se halle con un trastorno mental transitorio o permanente. Por lo que respecta a las acciones libres en su causa no se pueden presentar en el presente caso y si el sujeto sea espectador o jugador se pone en ese estado no operaria como causa de inimputabilidad y por lo que toca a los -- sordomudos se pudiera presentar el caso de que sea aprehendida una persona sordomuda y por lo -- tanto no será responsable del delito por operar en la especie una causa de inimputabilidad.

La culpabilidad en el delito a estudio se -- presenta cuando el sujeto ha decidido ir a un -- garito a jugar o simplemente a ver jugar, en ese momento el se puede representar el hecho de es-- tar jugando o ver jugar, existiendo un nexo intelectual en el cual el sujeto ya decidido se encuentra en el garito jugando o viendo jugar, como por lo que este delito nada más se podra presentar en forma dolosa.

En cuanto a las formas de inculpabilidad no se pueden presentar a nuestro criterio ninguna -- de las dos.

Por último y respecto a la punibilidad como merecimiento de una pena se encuentra en el artículo 258 del código penal que establece que la --

penalidad es de multa de \$ 50.00 a 500.00, y desti_ tución de su empleo en su caso, es evidente que -- existe un desequilibrio en cuanto se refiere a la pe_ nalidad, dado que es la multa irrisoria, luego enton_ ces la función de la penalidad en este caso no cum_ ple con su finalidad, ya que un individuo que comete el delito contemplado en la Fracción II del citado - artículo 258 por ser de carácter alternativo, no ten_ dría ningún efecto psicológico respecto al infractor y solamente se ventilarían dichos delitos en un juz_ gado mixto de paz, siendo que es uno de los delitos - que actualmente más se cometen, ya que de todos es co_ nocido que existen diversos garitos clandestinos en - los cuales se juegan sumas elevadas en diversos juegos prohibidos, por lo que debería de establecerse una pe_ nalidad más severa para este tipo de delitos, puesto - que de lo contrario se estaría en presencia de una fal_ ta administrativa y no de un delito.

C O N C L U S I O N E S

A lo largo del presente estudio que hemos llevado a cabo, nos encontramos con múltiples problemas - que la doctrina plantea en relación al Artículo 258 fracción II del Código Penal del Distrito Federal en vigor.

Primeramente diremos que emplea la redacción de dicha fracción, vocablos que desde nuestro punto de vista resultan genéricos y si por un lado pudieran - parecer concretos, no dejan de ser abstractos, como la palabra espectador, mismo que como hemos dejado - acentado en el estudio realizado confunde al juzga - dor en cuanto determinar, que persona tiene ese ca - racter, poniendo como ejemplo aquel trabajador que - estando en un garito posa su vista por unos instan - tes en las mesas de juego y en tal supuesto tendría - mos un problema en cuanto a determinar si se encua - dra su conducta en la Fracción II del Artículo 258 - mencionado.

En cuanto a la conducta del sujeto o sujetos, - establecimos que era un delito eminentemente de ac - ción, sin que se pudiera presentar como delito de - omisión. También dentro de la clasificación a la - cual le corresponde al delito estimado es la legal - observando que dicha clasificación desde nuestro pun - to de vista es equivocada, ya que no se trata de sal - vanguardar la economía Nacional, sino más bien prote - ger a los Ciudadanos de coyotes y jugadores profesio - nales que asisten a los lugares donde se juega en - forma ilícita, por lo que sugerimos que deberían de

encuadrarse en otro apartado.

Por lo que se refiere a la tipicidad, debemos señalar que carece de una correcta redacción y tal situación da origen a que se puedan presentar dos hipótesis de ausencia de Tipicidad o también llamada atipicidad:

1a. Ausencia de calidad en el sujeto activo.- esta causa de atipicidad se puede presentar cuando la persona que se aprehenda en un lugar donde se juegue en forma ilícita no tenga la calidad de espectador o jugador que exige el tipo.

2a. Ausencia de referencia de caracter espacial.- Dicha causa de atipicidad se presenta cuando el lugar donde se juegue ilícitamente no tenga las características propias para ser considerado como local, esto es, que si fuera un lugar abierto, no se estaría en presencia del ilícito penal, por requerir ese caracter espacial la citada Fracción.

Por nuestra parte proponemos como una redacción de la Fracción II del Artículo 258 antes mencionado para quedar de la siguiente manera: "a las personas que asistan a un lugar donde se juegue en forma ilícita". Como podrá observarse se sustituyen las palabras espectador y jugador por la palabra al que asista, englobando tanto a los espectadores como a jugadores y personal de vigilancia que trabajan en dichos garitos. Así mismo se emplea la palabra "lugar" por la de "local", considerandola también más general.

Referente a la antijuridicidad, hicimos la observación de que se podría presentar las hipótesis del cumplimiento de un deber en el caso del policía que es comisionado para investigar en qué parte se encuentran los garitos clandestinos de juego y se mezcla con algunos jugadores y en ese momento una policía de otra corporación interrumpe y es aprehendido.

Otra causa de justificación planteada fue la obediencia jerárquica en el supuesto señalado que cuando un militar manda a su subordinado de confianza a que juegue una cantidad de dinero, desconociendo el inferior que el local donde se juega está al margen de la Ley, en cuyo supuesto estaremos en presencia de la causa de justificación mencionada.

Por lo que hace a la punibilidad que se analizó en forma breve, podemos establecer que la pena que se establece para las personas que cometen el delito establecido en la Fracción II del Numeral multimediano, no es una pena de carácter corporal, sino una multa, dándole entonces un carácter de mera falta administrativa y no propia de un delito aunque se encuentre en el Código Penal como tal; Y queriendo interpretar la idea del Legislador sugirimos que se amente la palabra "además" al principio del señalado artículo 258, ya que en el artículo 257 se establece una penalidad de prisión de tres días a seis meses.

Por último diremos que apesar de las reformas propuestas al mencionado Artículo, éste debe de desaparecer, ya que existe una figura delictiva contemplada en la Fracción II, del Artículo 13 de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

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

- 1.- Carrara Francisco.- Programa del curso de Derecho Criminal.-Editorial Thémis, Bogotá 1956.
- 2.- Castellanos Tena Fernando.-Lineamientos Elementales de Derecho Penal.-Editorial Porrúa .- 11a. Edición, México 1977.
- 3.- Cuello Calón Eugenio.-Derecho Penal, Tomo 1, - (Parte General) 2a. Edición.-Editora Nacional, Barcelona 1963.
- 4.- Fontan Balestra Carlos.-Manual de Derecho Penal Parte General.-Editorial de Palma, Buenos Aires 1949.
- 5.- Gómez Eusebio.-Tratado del Derecho Penal.-Tomo 1.-Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires 1939.
- 6.- Jiménez de Asúa Luis.-La Ley y el Delito.-Editorial Hermes, 2a. Edición, Buenos Aires 1954.
- 7.- Jiménez de Asúa Luis.-Tratado de Derecho Penal Tomo 3, Editorial Lozada, Buenos Aires 1959.
- 8.- Jiménez Huerta Mariano.-La Antijuridicidad.- Editorial Imprenta Universitaria, México 1952.
- 9.- Jiménez Huerta Mariano.-La Tipicidad.-Editorial Porrúa, 4a. Edición, México 1955.
- 10.- Maggiore Giuseppe.-Derecho Penal.-Editorial Thémis, 4a. Edición, Bogotá 1954.

- 11.- Mezger Edmund.-Tratado de Derecho Penal.- Tomo 1, Editorial Revista de Derecho Privado, - Madrid 1955.- Traducido por José Antonio Rodríguez Muñoz.
- 12.- Pavón Vasconcelos Francisco.-Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 4a. Edición, México 1978.
- 13.- Porte Petit C.Celestino.-Apuntamiento a la - Parte General de Derecho Penal.-Editorial Porrrúa 5a. Edición, México 1980.
- 14.- Porte Petit C. Celestino.-Programa de la Parte General de Derecho Penal Mexicano, 2a. -- Edición, U.N.A.M. 1968.
- 15.- Von Liszt Franz.-Tratado de Derecho Penal.- Tomo 2, Editorial Reus, Madrid 1927, Traducido por Luis Jiménez de Asúa.
- 16.- Welzel Hans.-Derecho Penal.-Editorial de Palma, Buenos Aires 1955.- Traducida por Carlos - Fontán Balestra.