

29, 178



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

**“ESTUDIO DOGMATICO DE LA FRACCION 1
DEL ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMENTA-
RIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y
CREDITO”**

727926-2

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

PATRICIA NAVARRO PASTOR

ASESOR LIC. RENE ARCHUNDIA DIAZ

NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO

1988

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E .

| | |
|--------------------|---|
| Introducción | 3 |
|--------------------|---|

CAPITULO I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN RELACION A ESTE ESTUDIO.

Sumario:

| | |
|---|----|
| a) Legislación Bancaria de 1830 a 1884 | 5 |
| b) Disposiciones Bancarias del Código de Comercio de 1884 | 33 |
| c) Otras Disposiciones de Crédito | 50 |
| d) Ley General de Instituciones de Crédito a partir de 1932 | 54 |
| e) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 14 de Enero de 1985, Publicada en el Diario Oficial de la Federación | 59 |
| f) Comentarios Personales | 61 |

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA TEORIA DEL DELITO

Sumario:

| | |
|---|-----|
| a) Diversidad de Conceptos | 67 |
| b) Escuelas que Tratan el Delito | 72 |
| c) Concepto del Delito desde el Punto de Vista Jurídico Formal | 95 |
| d) Concepto del Delito Desde el Punto de Vista Jurídico Substancial. | 98 |
| e) Teorías que Surgen de los Diversos Conceptos | 104 |
| f) Comentarios Personales | 109 |

CAPITULO III

ANALISIS DOGMATICO RELACIONADO CON LA FIGURA DE ESTE TEMA

Sumario:

| | |
|--|-----|
| a) Aspectos Generales | 114 |
| b) Los Elementos Positivos y Negativos, Según los Tratadistas..... | 116 |
| c) Los Elementos Relacionados con el Tipo Penal | 252 |
| d) La Tentativa en el Tipo Previsto por Este Tema | 258 |
| e) La Punibilidad Encuadrada a Esta Figura | 269 |
| f) Comentarios Personales | 270 |

CAPITULO IV

DE LA PARTICIPACION Y CONCURSO EN EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCION I --

DEL ARTICULO 90 DE LA LEY EN CUESTION

Sumario:

| | |
|--|-----|
| a) Concepto de Participación | 280 |
| b) Formas de Participación | 285 |
| c) La Participación en el Tipo Previsto en la Fracción I del Artículo 90 | 303 |

| | |
|---|-----|
| d) Definición y Formas de Concurso | 304 |
| e) El Concurso en el Tipo Previsto en la Fracción I del Artículo 90 | 317 |
| f) Comentarios Personales | 317 |
| Conclusiones | 325 |
| Bibliografía | 332 |

I N T R O D U C C I O N

Antes de entrar de lleno al tema de estudio, vamos a referirnos de una manera breve y concisa a la relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Mercantil.

Ambas son ramas del Derecho, perteneciendo una al Derecho Público y la otra al Derecho Privado, esto quiere decir, que aquél - define y señala y este último, regula actividades.

Al Derecho Público se le define como el conjunto de normas que rigen relaciones en donde el Estado interviene como soberano, - a diferencia del Derecho Privado, éste es regulador de situaciones entre particulares.

La finalidad del Derecho es encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria, manifestarse como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los individuos en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante - el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.

Por ello la necesidad que tiene el Derecho Penal con el Derecho en general, se debe a que todos los intereses que el Derecho intenta proteger, son de importancia incalculable, sin embargo -- hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por -- ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia del orden social. Para que se pueda cumplir --

con dicho fin, el Estado está facultado y obligado a la vez, de valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal, que por su misma naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

Siendo definido el Derecho Penal como el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público Interno, que define los delitos y - señala las penas o medidas de seguridad, que tiene como objetivo inmediato la paz social. Por lo que respecta al Derecho Mercantil, es una rama del Derecho Privado, que regula los actos - de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo, y los negocios que recaen sobre las cosas mercantiles.

El contenido de este trabajo, refleja primeramente una actividad que pone en peligro el patrimonio de las Instituciones de Crédito, regulando de esta manera las actividades de las personas que el mismo Derecho Mercantil establece, mientras que el Derecho Penal protege ese interés de las instituciones de crédito por ello define los delitos en que incurren los hombres al - llevar a cabo ciertas conductas y señala las penas y medidas de seguridad cuando ya se ha integrado totalmente el delito.

Es así como se puede apreciar la relación que existe entre ambos.

A esto se debe que la presente Tesis se ha dividido en cuatro capítulos. El primero intitulado "Antecedentes Legislativos en

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN RELACION A ESTE ESTUDIO

- a) LEGISLACION BANCARIA DE 1830 A 1884.
- b) DISPOSICIONES BANCARIAS DEL CODIGO DE COMERCIO DE 1884
- c) OTRAS DISPOSICIONES DE CREDITO.
- d) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO A PARTIR DE 1932.
- e) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION
- f) COMENTARIOS PERSONALES.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN RELACION A
ESTE ESTUDIO.

a) LEGISLACION BANCARIA DE 1830 A 1884.

Es difícil hacer un estudio acerca de la integración y desarrollo de la actividad bancaria en México, para poder realizarlo se requiere de una sistematización que permita visualizar dicho desarrollo que a la par originó la creación de algunas -- disposiciones de carácter jurídico, para regular a las instituciones de Crédito existentes.

A mediados del siglo XIX, sedan las condiciones que originan - por primera vez disposiciones jurídicas que aunque muy particulares, dan la pauta para la conformación del Sistema Nacional Financiero de hoy.

Es importante expresar que en la época Colonial se dieron algunas disposiciones en esta materia como:

"Las Leyes de la Novilísima Recopilación relativas a cambios y banqueros según Juan de Héviás Bolaños".

(1)

(1) Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "DERECHO BANCARIO". Editorial Porrúa. 6a. Edición. México. 1976. Pág. 20.

No hago un análisis más profundo, por no ser el objeto principal de este trabajo.

Con el movimiento de Independencia de la Nación en 1810, y a raíz de la consumación de la misma, en el México independiente se dieron a la tarea de establecer las bases jurídicas que le permitieron un desarrollo socio-económico de acuerdo a las circunstancias existentes. Dentro de este marco jurídico se origina una ley bancaria, el 16 de octubre de 1830, se promulgó una ley que creaba un "Banco de Avío para el Fomento de la Industria Nacional". Esta ley disponía lo siguiente:

"Artículo 1. Se establecerá un Banco de Avío, para el fomento de la Industria Nacional, con el capital de un millón de pesos.

Artículo 2.- Para la formación de este capital se prorroga - por el tiempo necesario, y no más, el permiso - para la entrada en los puertos de la República de los géneros de algodón, prohibidos por la -- Ley del 22 de mayo del año anterior.

Artículo 3.- La quinta parte de la totalidad de los derechos devengados y que en lo sucesivo causaren en su introducción los efectos mencionados en el artículo anterior, se aplicará al fondo del Banco.

Artículo 4.- Para proporcionar de pronto las sumas que fueron necesarias, se autoriza al gobierno para que

gocier sobre la parte de derechos asignadas a la formación del capital del Banco, un préstamo hasta de doscientos mil pesos con el menor premio posible; que no pase de tres por ciento mensual, y por plazo que no pase de tres meses.

Artículo 5.-

Para la dirección del Banco y Fomento de sus fondos, se establecerá una junta que presidirá el Secretario de Estado y del Despacho de Relaciones, compuesta de un vicepresidente y dos vocales, con un secretario y dos escribientes si fueren necesarios. Los individuos de esta junta, no gozarán por ahora, sueldo alguno, y se renovarán uno en cada año, comenzando por el menos antiguo, pudiendo el gobierno reelegir al que salga, si le pareciere conveniente; para secretario y escribiente se emplearán cesantes útiles, que servirán estos destinos por el sueldo que les corresponde por el empleo de que son cesantes. El gobierno formará el reglamento a que debe sujetarse esta junta para el desempeño de sus funciones, y en adelante, cuando haya productos del fondo, se establecerá por el congreso el sueldo que han de disfrutar los individuos de la junta y demás empleados en el Banco.

Artículo 6.-

Los fondos del Banco se depositarán, por ahora,

en la Casa de Moneda de esta capital, a disposición del secretario del Despacho de Relaciones, quien de conformidad con los acuerdos de la junta, librará las sumas que fueren necesarias. -- Cuando por el aumento de los fondos se requiera una oficina para su manejo, se establecerá con los empleados que parezcan necesarios, previa la aprobación de su número y sueldos por el congreso.

Artículo 7.- La junta dispondrá la compra y distribución de las Máquinas conducentes para el fomento de los distintos ramos de industria, y franqueará los capitales que necesitaren las diversas compañías que se formaren, o los particulares que se dedicaren a la industria en los Estados, Distritos y Territorios, con las formalidades y seguridades que los afiancen. Las máquinas se entrgarán por sus costos, y los capitales con un -- cinco por ciento de rédito anual, fijando un -- término regular para su reintegro y que continuando en giro, sirva de un fomento continuo y permanente a la industria.

Artículo 8.- Los productos de los réditos procedentes de las importaciones que expresa el artículo anterior, se destinarán a los sueldos de los individuos -

de la junta y demás empleados en el Banco y a los gastos de éste, y el remanente se aplicará al aumento del capital.

Artículo 9.- La junta menor presentará y publicará anualmente sus cuentas, acompañándolas con una memoria en que se demuestre el estado de la industria nacional y sus sucesivos progresos.

Artículo 10.- Aunque los ramos que de preferencia serán atendidos sean los tejidos de algodón, y lana, --cria y elaboración de seda, la junta podrá igualmente aplicar fondos al fomento de otros ramos de industria, y productos agrícola de interés para la Nación.

Artículo 11.- El gobierno podrá asignar de los fondos del Banco hasta seis mil pesos anuales, para premios a los diversos ramos de industria, los cuales se concederán a propuestas y con informe de la junta.

Artículo 12.- Por ningún motivo ni pretexto se distraerán los fondos del Banco para otros objetos, ni se podrán hacer por la junta, donativos, funciones ni otra erogación alguna ajena a su objeto"(2)

(2) "MEXICO, LEYES Y DECRETOS".- Legislación Bancaria 1830-1932. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Tomo I Pág. 1-2.

Cinco años más tarde, el 5 de octubre de 1835, se da a conocer el Reglamento para el Régimen y Gobierno interior del Banco de Avío. Con las siguientes bases:

"CAPITULO I

DE LA JUNTA, Y MODO DE RENOVARSE.

- Artículo 1.- La junta que establece la ley del 10 de Octubre de 1830 para la dirección del banco y administración de sus fondos, se compondrá de presidente y secretario, y de un vicepresidente y dos vocales amovibles.
- Artículo 2.- El presidente lo será el secretario de Estado y del Despacho de Relaciones, y cuando no lo haya, el oficial que estuviere encargado de él pero en caso de enfermedad u ocupación de uno u otro, presidirá el individuo que funcione de vicepresidente.
- Artículo 3.- Dicho individuo y los otros dos vocales, serán nombrados por el gobierno, y su renovación se verificará respectivamente cada año, comenzando por el menos antiguo, para lo que en fin de Diciembre dará la junta conocimiento al gobierno, del vocal que estuviere en el caso de salir y si no tuviere por conveniente continuarlo, - nombrando que sea el que ha de sucederle, comenzará a funcionar en la primera sesión del -

inmediato Enero.

Artículo 4.- Los individuos de esta junta, no gozarán sueldo alguno mientras no haya productos suficientes del fondo que son los réditos de los capitales que se hayan ministrado para el fomento de los diversos ramos de la industria, y los premios de libranzas.

Artículo 5.- Cuando a juicio de la junta haya productos bastantes para cubrir aquel gasto, lo manifestará al gobierno para que se proceda a dar cumplimiento a lo que dispone su parte final el artículo 5 de la citada ley de 16 de Octubre de 1830.

Artículo 6.- Al márgen izquierdo de todas sus comunicaciones oficiales, usará la junta de este membrete:

"Dirección del Banco de Avío para el Fomento de la Industria Nacional", y con igual título le serán dirigidas las contestaciones por conducto de su presidente.

CAPITULO II

DE LAS FACULTADES DEL PRESIDENTE Y DE LA JUNTA EN GENERAL.

Artículo 7.- Las facultades del presidente son:

Primera. provocar la junta a sesiones ordina-

rias y extraordinarias.

Segunda. Expedir libranzas u órdenes contra -- los fondos del Banco, cualquiera que sea el lugar de su existencia, de conformidad con los - acuerdos de la junta, cuyas libranzas autorizará el secretario, siendo la responsabilidad de ambos.

Tercera. Nombrar comisiones para que presenten dictámenes en los negocios que por su complicación o importancia demanden esta formalidad.

Cuarta. Señalar los asuntos que han de tratarse de preferencia.

Quinta. Determinar el tiempo que ha de durer - cada sesión.

Artículo 8.-

Las facultades de la junta en general son:

Primera. Disponer la compra de máquinas y utensilios necesarios para el fomento de los diversos ramos de industria, procurando que sólo se contrate la parte de hierro correspondiente; - pues lo relativo a la de maderas, podrá aquí -- construirse con la dirección de los artistas - que hayan de encargarse para montarlas, a cuyo fin se pedirán modelos, en el concepto de que los ramos que de preferencia han de atenderse, serán los tejidos de algodón y lana, cría de -

gusanos de seda, elaboración de ésta, fábrica de papel y de clavazón.

Segunda. Hacer contratar dentro o fuera de la República, por un tiempo proporcionado, los directores, mecánicos y obreros correspondientes a cada fábrica, a fin de que vengan a montar las máquinas en el lugar que hubiere de establecerse, y a enseñar a los nacionales, sin reserva alguna, las diversas operaciones de sus respectivos oficios.

Tercera. Promover la creación de compañías industriales en los pueblos de la República que tengan elementos para abrezar con buen suceso alguno de los ramos arriba expresados, o para dedicarse al fomento de otros productos agrícolas de interés para la nación, tales como el cultivo y beneficio del cáñamo, lino, moreras; viñedos y algodón.

Cuarta. Procurar la introducción y propagación en República de los carneros marinos, prefiriendo los de España a los demás puntos de la Europa por su mejor calidad, y difundir entre los criados los conocimientos necesarios para la mejor conservación de este ganado, épocas y modo de esquilmarlo, adoptando para ello los -

métodos más a propósito que se haya publicado o publiquen en lo sucesivo.

Quinta. Procurar esimismo la introducción de otras especies de animales que a juicio de la junta pueden ser de alguna utilidad a la industria, comercio y artes, tales como los cammellos, vicuñas, llamas de Perú y otros.

Sexta. Proteger la explotación de los criados de fierro y proporcionar a las compañías o particulares que se dedicaren a este ramo de industria, los fundidores, moldadores y forjadores extranjeros que fuesen necesarios, por cuenta de la misma empresa.

Séptima. Encargar y hacer contratar en el punto donde convenga, maestros inteligentes en la construcción de hornos para la fabricación de loza pertenecientes a todos los usos domésticos, así como la de vidrios planos y huecos de todas especies.

Octava. Distribuir las máquinas entre las compañías que se formaren o los particulares que las pretendan para aplicarlas a su objeto; pero bajo las calidades y condiciones de que se tratará en su respectivo lugar.

Novena. Acordar los capitales con que han de -

ser auxiliadas las distintas empresas que se formaren, y establecer el modo en que han de irlos percibiendo los empresarios.

Décima. Comprar y depositar en lugar cómodo y seguro los modelos de máquinas que se presenten, con tal que sean de invención nueva o para objetos de industria que no haya sido introducida en el país.

Undécima. Informar anualmente al gobierno cuáles son los fabricantes o empresarios que hayan proporcionado más perfección o ventajas a sus manufacturas, y proponer el premio a que los considere acreedores, con tal que las sumas propuestas no excedan de los seis mil pesos que deben distribuirse en este objeto.

Duodécima. Proponer al gobierno los individuos que deban desempeñar el empleo de secretario de la dirección y demás empleados en el Banco, mientras recaer la aprobación del congreso acerca de su número y sueldos.

Décima tercera. Los individuos de la junta están facultados para hacer todas aquellas proporciones que conduzcan al beneficio de la industria en general, al bien del establecimiento y economía de sus fondos.

También lo están para proponer reformas o adiciones a este reglamento, e indicar la necesidad de aclaraciones o nuevas leyes para remover los inconvenientes que se pulsen en las yedas sobre esta materia. En ámbos casos, si la junta fuese de la misma opinión, lo pondrá en conocimiento del gobierno por conducto de su presidente.

Artículo 9.- La Junta no podrá dirigir por sí misma, o tomar a su cargo, ninguna empresa industrial, para cuyo fomento sean necesarios los fondos del Banco, y en lo sucesivo no podrán hacerlo ni los individuos que componen la misma junta ni los empleados en sus oficinas.

CAPITULO III

DE LAS SESIONES DE LA JUNTA

Artículo 10.- Las sesiones ordinarias de la junta se celebrarán una vez por semana, siendo fijo el día y hora de su apertura, lo que se verificará sin perjuicio de la facultad del presidente para convocar a extraordinarias; y si fuese día feriado de rigurosa guarda, se verificará la junta en el siguiente, a menos que no ocurra motivo que lo impida, en cuyo caso se avisará con

anticipación.

Artículo 11.- No podrá haber junta sin la concurrencia de -- tres individuos, por lo menos, a más del secretario.

Artículo 12.- Las sesiones se celebrarán en el despacho del Ministro de Relaciones, y su apertura comenzará por la lectura de la acta de la anterior sesión, la que aprobada, se firmará allí mismo -- por los individuos que entonces concurrieron.

Artículo 13.- En seguida dará cuenta el Secretario con las comunicaciones oficiales que se hayan recibido solicitudes que se hubieren presentado o con -- los asuntos económicos que requieran acuerdo -- de la junta. El exámen y discusión de todos estos negocios, se harán en el mejor orden posible, y serán determinados por los votos de la mayoría de la junta. En caso de empate, si la votación fuese sobre elección decidirá la suerte y si sobre otro objeto, el presidente en el acto tendrá voto de calificación o decisivo.

Artículo 14.- Toda solicitud que se contraiga a pedir auxi--lios pecuniarios o de máquinas para una empresa nueva, pasará a una comisión, a fin de que abra dictámen sobre su utilidad, y si es o no de accederse en todo o parte y con qué circuns

tancias.

Artículo 15.- La comisión en sus trabajos, se sujetará a las siguientes reglas:

Tendrá a la vista el último corte de caja mensual, que le pondrá de manifiesto el estado de los fondos del Banco. Si la existencia que hubiere, o la totalidad del fondo, es sólo bastante en su cálculo al fomento de las empresas ya comenzadas y al cumplimiento de otros compromisos que se hubieren contraído de antemano quedará sin determinarse, sea cual fuere la utilidad que presente el proyecto en cuestión. Más, si por el contrario, quedase todavía numéricos bastante y hubiese mérito para ser atendida, se pasará a observar la posibilidad de buen éxito que presente la empresa proyectada, si es del todo nueva entre nosotros, o si mejora y da perfección a los artefactos ya conocidos, o bien si éstos se obtienen por un medio más sencillo, más breve o más económico.

Si a juicio de la comisión se alcanzare alguna de estas ventajas, examinaré en seguida si las garantías que se ofrecen caución de los intereses del Banco inspiran una total seguridad.

En caso de que la suma pedida parezca excesiva

respecto del objeto a que se requiera aplicar, se exigirá un presupuesto de las inversiones - que demanden y por él se decidirá. Cuando las empresas habilitadas suficientemente por el -- Banco antes de la formación de este reglamento solicitaren nuevas cantidades para darles perfección, se pedirá, además del presupuesto ya indicado, una noticia de la inversión que se haya dado a los anteriores fondos.

Artículo 16.- En caso de que la junta tenga necesidad de las luces peculiares de algún individuo que no sea de su seno, podrá pedir consejo para el acierto de sus liberaciones.

Artículo 17.- Por regla general se observará no darse en una sola partida el capital que expresen necesitar los empresarios para planear sus establecimientos, sino que se les irá auxiliando con cantidades parciales, en términos de administrarse la segunda hasta que la junta esté satisfecha de haberse invertido la primera, y así sucesivamente.

CAPITULO IV

DE LAS CONDICIONES Y SEGURIDADES CON QUE DEBEN DISTRIBUIRSE --
LOS FONDOS DEL BANCO.

- Artículo 18.- Las compañías industriales que soliciten auxilios del Banco para el fomento de cualquier ramo de industria harán constar desde luego haber invertido su fondo social en las primeras obras de la empresa.
- Artículo 19.- Los particulares harán constar asimismo cuál es el capital con que constituyen de su parte el establecimiento de la negociación a que aspiran, y en caso de no tenerlo, presentarán -- fiadores lisos, llanos y abonados, en caución del capital y réditos, y de que a los fondos que se le ministren no se les dará inversión distinta de su objeto. En caso de pedir al Banco nueva refacción, si la junta considere conveniente darla, se verificará bajo la hipoteca especial de los edificios, máquinas y demás -- propiedades correspondientes a la negociación.
- Artículo 20.- En el mismo caso estén las compañías industriales, quienes además hipotecarán para su pago -- el fondo social que hayan invertido y las acciones que por él tuvieren los socios o los productos de la empresa.
- Artículo 21.- Las citadas cauciones deben formarlas la hipoteca de bienes raíces, urbanos o rústicos, libres o con gravámen de un tercio; pero en nin-

gún caso se admitirán muebles ni aún como prenda.

Artículo 22.- Ningún contrato celebrará la junta por cantidad o tiempo ilimitados. El reintegro de los capitales que ministrare el Banco, no podrá exceder de nueve años.

Artículo 23.- Las compañías o particulares beneficiados, se comprometerán a satisfacer el rédito de un cinco por ciento anual, luego que las máquinas se hayan montado y estén en aptitud de comenzar la elaboración de artefactos, según está prevenido por el artículo 2 de la Ley 29 de Mayo de 1832.

Dichos réditos han de pagarse en esta capital, por tercios cumplidos, a cuyo fin ha de nombrarse en ella un apoderado suficientemente expresado para exhibirlos. Así estos como el reintegro de los capitales, no lo podrán verificar los empresarios en todo o en parte, con vales o pólizas de Hacienda Pública, sino precisamente en numerario, y éste en la cantidad de plata y cobre que las leyes tengan demarcadas debiéndose preferir entre los solicitantes de capitales para una misma empresa, en igualdad de circunstancias, el que ofrezca hacer --

los pagos en moneda de plata.

Artículo 24.- En todos los establecimientos industriales habilitados por el Banco, será estimado éste como un verdadero refaccionario, a fin de sus capitales disfruten de los privilegios que las leyes conceden a esta clase de acreedores.

Artículo 25.- Los empresarios no pondrán dichos capitales, ni en todo ni en parte, a otra cosa alguna distinta del objeto para que los han pedido; y si la junta llegare a entender que se ha dado a dichos fondos otra inversión, suspenderá los suministros que estuvieren pendientes, y sin guardar el término fijado por la escritura respectiva, cubrirá al Banco con los bienes hipotecados y con todas las máquinas de diversa especie, y cosas, sean de la naturaleza que fueren, que se hayan introducido a la negociación.

Artículo 26.- La junta quedará por lo mismo facultada en los convenios, a informarse cada vez que lo estime necesario, del estado que guarden los establecimientos, y aún a pedir los libros y examinar sus cuentas a cuyo fin podrá nombrar un visitador expensado.

Artículo 27.- Cuando lo exijan las circunstancias, podrá así

mismo nombrar una persona de su confianza y por el tiempo que juzgue conveniente, para intervenir en la negociación que demande esta medida, y la pagará el sueldo que hubiere de asignarle por cuenta de los fondos del Banco, pero con cargo a los empresarios, los cuales al registrar el capital con que se les haya-acudido, lo harán también con el sueldo que hubiere disfrutado el interventor y los salarios de los peritos que las circunstancias hubieren exigido nombrara.

Artículo 28.- Las máquinas se darán por sus costos, en los que se comprenderá el empaque que se haga de ellas en el lugar de su compra, los gastos de su embarque y desembarque, fletes de mar y tierra, comisión, si hubiere de pagarse; seguros y demás anexos, hasta situarlas en el paraje donde ha de establecerse la fábrica.

Artículo 29.- También se aumentará al valor de las máquinas los gastos de pasaje y conducción por tierra de los obreros que se hayan contratado por montarlas y dirigir las, con más, los sueldos que se les hayan satisfecho hasta ponerlos en su destino, desde cuyo momento serán éstos por cuenta de la empresa, así como el cumpli-

miento de las demás condiciones que se hubie--
ren estipulado en sus contratos respectivos.

Artículo 30.- El capital que formen los objetos expresados -
en los dos artículos precedentes, no causarán--
rédito alguno; pero se irá reintegrando par---
cialmente al Banco, a medida de las utilidades
que se logren, no bajando de la sexta parte de
ellas.

Artículo 31.- Cada vez que la junta tuviere por conveniente
ministrar capitales o máquinas a las socieda--
des o particulares, extenderá el secretario un
certificado comprensivo del acuerdo y de las -
condiciones con que se da aquel auxilio, y es-
te documento se entregará al escribano que de-
be formar la escritura lo inserte en cabeza de
ella, pasando después a costa de los interesa-
dos, una copia autorizada de dicho instrumen--
to, para que registrado en el oficio de hipoté-
cas a que corresponda, quede archivado en la
secretaría.

Artículo 32.- En todos los contratos que la junta celebre pa-
ra el establecimiento de algún ramo industrial
cuidará de fijar un término prudente, atendi--
das y demás posibilidades para planear y poner
en ejercicio la empresa, para que se hayan pe-

dido capitales o máquinas.

CAPITULO V

DE LOS FONDOS DEL BANCO Y SU RECAUDACION

Artículo 33.- El capital del Banco lo forma la quinta parte de la totalidad de los derechos devengados -- hasta la fecha de su establecimiento, y que -- en lo sucesivo causaren en su introducción -- los géneros de algodón, prohibidos por la ley de 22 de Mayo de 1829.

Artículo 34.- La recaudación de este derecho se hará por -- los administradores de las aduanas marítimas de todos los puertos de la República, teniéndola a disposición del secretario de Relaciones.

Artículo 35.- Dichos fondos no serán extraídos de su depóso para aplicarlos a otra cosa ajena de su objeto, ni serán ingresados a las comisarías -- respectivas por vía de suplementos o con calidad de pronto reintegro, sino que precisamente se hallarán bajo la custodia y responsabilidad de dichos administradores, teniéndose -- presente lo que sobre este particular se previene en el artículo 2 de la ley de 6 de -- Abril, en el 13 y 21 del Reglamento de Hacienta

da de 5 de Mayo, en la de 20 de Octubre, y en la circular del gobierno de 4 de Noviembre, todas del año de 1830.

Artículo 36.- Los expresados administradores enviarán mensualmente a la dirección del Banco, los cortes de primera y segunda operación, comprensivo el primero de la recaudación total del derecho extraordinario impuesto a los géneros del algodón; y el segundo, de su quinta parte que pertenece al Banco, de cuya cantidad se deducirán aquellas que se hubiesen pagado por orden de la dirección, y los gastos que fueren de descontarse, indicando en seguida la existencia que quedase disponible, y ambos documentos los suscribieran el administrador y claveros.

Artículo 37.- El modo de recoger estos caudales para su depósito en la Casa de Moneda de esta capital, será por libramiento que girará el presidente de la junta, suscritos por el secretario de ella, y en la negociación de dichas letras se procurará obtener las mayores ventajas posibles para el Banco.

Artículo 38.- Si a algunos de los interesados en las empresas industriales, le conviniere recibir letras contra los fondos del Banco, existentes en al-

guna aduana marítima, se le darán, cargándole el premio correspondiente, según el cambio corriente de la plaza, y su importe hará parte del capital que se le haya acordado, o bien se le abonará el descuento que hubiere de sufrir, según el mismo cambio.

CAPITULO VI

DE LOS EMPLEADOS EN EL BANCO, Y SUS ATRIBUCIONES.

Artículo 39.- Habrá un secretario de la junta, cuyas atribuciones serán:

- Recibir y dar cuenta a la misma junta con todas las comunicaciones oficiales que se le digirán y solicitudes que se le presenten.
- Extender los acuerdos que recaigan en todos los negocios, y expedir su despacho.
- Suscribir todas las notas oficiales en unión del presidente o vicepresidente.
- Formar los certificados que sean necesarios para el otorgamiento de las escrituras que hubieren de extenderse.
- Redactar las actas de las sesiones de la junta.
- Vigilar del cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los demás empleados en la se--

cretaría, y dar cuenta a la junta de las infracciones que note respecto de lo prevenido en el presente reglamento.

-Formar la memoria anual prevenida por el artículo 9 de la Ley de 16 de Octubre de 1830, dando en ella razón circunstanciada del estado de la industria y de sus progresivos sucesos.

Artículo 40.- Habrá asimismo un oficial para auxiliar las labores de la secretaría, y desempeñar provisionalmente las funciones del secretario en la enfermedad o ausencia de éste, y dos escribientes, de los cuales el primero estará encargado del archivo.

EMPLEADOS DE CONTABILIDAD.

Artículo 41.- Se establecerá un departamento separado de la secretaría para el ramo de contabilidad, del que será jefe un contador. Las atribuciones de éste serán:

-Arreglar las cuentas y liquidaciones de todas las empresas industriales habilitadas por el Banco, a cuyo fin les llevará un libro a cada una, dividido en cargo y data, sentado en la primera parte las cantidades que fueren recibiendo, así en numerario como en valor de máquinas, y en la segunda, las partidas que for-

men el reintegro parcial que se haga de uno y otro auxilio, colocándose además una columna separada para sentar el pago de los réditos.

-Así las partidas de cargo como las de data, irán acreditadas con sus respectivos comprobantes, que lo serán, para lo primero, las escrituras que hayan de otorgarse, y para lo segundo, el aviso que diere el superintendente de la Casa de Moneda, del entero que hicieron los interesados.

-En los demás gastos que acordare la junta hacer, se sacará por el secretario un testimonio relativo del acuerdo, y este documento será el comprobante de la partida.

-Habrà además un libro en que con presencia de los cortes de caja mensuales que deben enviarlos administradores de las aduanas marítimas, se vaya anotando a cada una de ellas, el monto de la recaudación que hicieren de los derechos destinados al Banco, y el de los gastos o pago de libranzas, que por orden de la dirección hubieren hecho, documentándose ambas partidas -- con los mismos cortes, a cuyo fin se formarán los respectivos legajos.

-Habrà también un libro maestro, al que se --

trasladaré en una sola partida el monto anual de la recaudación de cada una de dichas aduanas y su respectivo descargo, sacándose estas constancias de los libros manuales de ellas.

-Será a cargo del contador llevar toda la correspondencia relativa a su ramo la cual autorizará con su firma el secretario, bajo la responsabilidad del mismo contador.

-Será igualmente de su cargo formar la cuenta de ingresos y egresos del Banco para agregarla a la memoria que anualmente debe publicarse y satisfacer todas las dudas que puedan ocurrir en este ramo de contabilidad.

Artículo 42.- Habrá un oficial que auxiliará al contador, en el desempeño de las atribuciones que le están demarcadas, y lo suplirá en sus ausencias o enfermedades.

-Dicho oficial se encargará además exclusivamente de toda la correspondencia relativa a compra de máquinas y su distribución, y practicará las liquidaciones que corresponden a cada una de las empresas industriales que haya recibido aquellas.

Artículo 43.- Habrá asimismo un escribiente archivero, a cuyo cargo se hallará el archivo de la contadu-

ria. Será de sus atribuciones arreglarlo y formar los índices correspondientes, de manera -- que pueda facilitar sin demora el documento o expediente que le fuese pedido.

Artículo 44.- Igualmente habrá un segundo escribiente que -- desempeñará indistintamente las labores que se le encarguen por el contador u oficial de este departamento.

-El que funcione de segundo escribiente desempeñará además el cargo de recaudador de los réditos, capitales y máquinas que hubieren de recogerse, dando cuenta al jefe de su ramo, y éste a la junta, de lo que se hubiere recaudado, para los fines que expresa el artículo 37.

Artículo 45.- En el caso de que alguno de estos negocios se vuelva contencioso, el contador se apersonará en el Tribunal de Hacienda correspondiente, a exponer de palabra o por escrito los derechos que asisten al Banco en la cuestión que se promoviere.

Artículo 46.- sujeto en un todo al contador y como miembro -- del ramo de contabilidad, habrá un guarda má-- quinas, a cuyo cargo estará el depósito de las que hubieren de ponerse en los almacenes, mientrese se dirigen a su destino, y a este fin --

Las recibirá por inventario, en el que anotará las faltantes con que llegaren o roturas que hubiesen padecido. Colocará las cajas en buen orden y con tal separación de marcas, y tomará las precauciones necesarias para preservar el fierro del óxido. Cada colocación será objeto de un libro, en el que hará constar por menos el contenido de cada caja y su peso. Será responsable de la seguridad de este depósito, y por ningún motivo permitirá extraer pieza alguna sin acuerdo de la dirección, comunicado por el jefe de su ramo". (3)

Se debe señalar que en estos ordenamientos no se establecía al gún tipo penal, para sancionar las conductas delictivas que ou dieran causar perjuicio a las Instituciones Bancarias. El 23 de septiembre de 1842 siendo Presidente de la República Antonio López de Santa-Anna, decretó la extinción del Banco de -- Avío para el Fomento de la Industria Nacional, conteniendo las disposiciones siguientes:

Artículo 1.- Se extingue el Banco de Avío establecido por la - Ley del 16 de Octubre de 1830, y cesa en todas sus funciones la junta directiva del propio -- Banco.

(3) " MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC."- Ob. Cit. Pág. 3-11

Artículo 2.- El archivo del Banco, con todos los demás papeles y efectos de cualquier clase que le corresponden, se entregarán bajo formal inventario al Ministerio de Hacienda, quien dará cuenta al supremo Gobierno luego que lo haya recibido, para determinar de todo lo que le corresponde.

Artículo 3.- El Ministerio de Industria pasará órdenes convenientes al de Hacienda y al Banco de Avío, para el cumplimiento y ejecución de este decreto". (4)

b) DISPOSICIONES BANCARIAS DEL CODIGO DE COMERCIO DE 1884.

El día 20 de abril de 1884, se expidió un Código de Comercio - señalado en el Título Décimo Tercero, la reglamentación de la actividad bancaria, dado por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Manuel González.

Las disposiciones del Código eran las siguientes:

"Artículo 954.- No podrán establecerse en la República Bancos de Emisión, Circulación, Descuento, Depósito,

(4) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC.".- Ob. Cit. Pág. 28.

Hipotecarios, Agrícolas, de Minería o con cualquier otro objeto de comercio, sino con la autorización de la Secretaría de Hacienda, a juicio del Ejecutivo Federal y llenando los requisitos y condiciones establecidas en este Código.

Artículo 955.- Los bancos sólo podrán establecerse por sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, que se organizarán conforme a los preceptos de este código, quedando sujetos a sus demás disposiciones, en la que no se opongan a las de este título.

Artículo 956.- Antes de que el banco dé principio a sus operaciones, someterá a la Secretaría de Hacienda los estatutos que hayan servir para el manejo de los negocios de la sociedad; y dicha Secretaría los aprobará si no continuare ninguna estipulación que de algún modo contrario lo dispuesto en este código.

Artículo 957.- Los bancos no podrán constituirse con un capital menor de quinientos mil pesos, de los cuales deberán tener en caja, en moneda efectiva de oro o plata del cuño mexicano, al comenzar sus operaciones, por lo menos un cincuenta por ciento procedente de exhibiciones de los ac--

cionistas.

El resto del capital de los bancos, se pagará por sus accionistas en exhibiciones parciales; y de manera que dentro de un año de haberse dado principio a las operaciones del banco, esté integramente satisfecho el valor nominal de todas las acciones emitidas.

Artículo 958.- En las sociedades del banco habrá por lo menos cinco socios fundadores, y cada uno de estos - tendrá la obligación de suscribir el menos el cinco por ciento del capital social.

Artículo 959.- Las acciones de un banco no podrán ser al portador, mientras no estuviere integramente pagado su valor nominal.

Artículo 960.- Los bancos no podrán adquirir ni poseer bienes raíces, con excepción de los necesarios para - establecer sus oficinas y dependencias, y de - las que tuvieren que recibir en pago o adjun-tarse en remate porque no puedan cubrirse sus créditos de otra manera. Sin embargo, respecto de estos últimos, los bancos tendrán la obligación de enagenarlos dentro de dos años si dichos bancos no fueren hipotecarios y dentro de cinco si lo fueren, si los bancos no verifica-ren la venta dentro de dichas plazas, la Secre

taría de Hacienda las mandará sacar a remate -- por el corredor adscrito al banco, y en la mis ma forma en el artículo 982.

Artículo 961.- Una vez autorizado el establecimiento de un -- banco de circulación y emisión y aprobados sus estatutos manifestará a la Secretaría de Ha-- cienda la suma que en billetes se proponga emi tir y la cual en ningún caso excederá de lo -- que imparte la parte de capital exhibido en e-- fectivo por los accionistas.

Artículo 962.- Para garantizar debidamente su circulación, -- los bancos de emisión deberán constituir un de pósito en efectivo de plata u oro de cuño mexi cano, por la tercera parte de los billetes se propongan emitir, o dar una fianza por el to-- tal de dichos billetes, a elección del ban-- co.

Artículo 963.- El depósito se constituirá en la Tesorería Ge-- neral de la Federación y de él no podrá dispo-- nerse ni aún de consentimiento del banco, sino en los casos y para los efectos siguientes:

- I. Para devolverlo al banco, cuando sustituya el depósito en dinero efectivo por otro en título de la deuda pública o por una fianza, - en los términos de los artículos siguientes.

II. Para hacer igual devolución, cuando el -- banco haya retirado de la circulación los bi-- lletes que hubiere emitido, previa destrucción de éstos ante el interventor y un notario pú-- blico. Esta devolución podrá hacerse parcial-- mente y a medida que el banco vaya amortizando su circulación, pero de manera que nunca la su-- ma despositada sea inferior a la tercera parte de los billetes pendientes de pago.

III. Para entregarlo al juez que conozca del - juicio de quiebra de un banco a fin de que con su importe se paguen los billetes que el mismo juez determine.

Artículo 964.- Si la garantía consistiere en fianza, ésta se constituirá con sujeción a las reglas siguientes:

I Los fiadores serán tres por lo menos, de - notario abono a juicio del Ejecutivo Federal y con los demás requisitos que el Código Civil - del Distrito exige a los fiadores legales, com-- probados por medio de información judicial.

II La fianza se otorgará ante notario público y en ella renunciarán los fiadores los benefi-- cios de orden y excusión, y se hará constar -- con entera claridad la suma por que, cada uno

es responsable.

III Cada año se harán constar judicialmente la supervivencia o idoneidad de los fiadores; pero la Secretaría de Hacienda podrá exigir a -- los bancos que sustituyan las fianzas que tuvieran otorgadas, siempre a su juicio los fiadores hayan dejado de ser notario abono. Las fianzas no se cancelarán sino en los casos de las fracciones I y II artículo anterior y cuando el fiador haya cubierto su responsabilidad, o se haya constituido una nueva fianza relevando al que otorgó la antigua.

Artículo 965.- Una vez mandada liquidar y pagar la deuda pública de la Nación, y puesto en circulación -- los nuevos títulos que habrán de expedirse, el depósito en numerario o fianzas de que hablan los artículos anteriores podrán sustituirse -- por un depósito en esos títulos, en cantidad suficiente para que con su valor a precio de plaza se cubra el importe de la tercera parte de la suma que en billetes se propone emitir el banco.

En tal caso, los números y valores de los títulos se harán constar en el recibo de depósito; y aunque se permitirá al banco que perió-

dicamente y mientras no haya en la tesorería - orden judicial en contrario, disponga de los - cupones respectivos sólo para el efecto de cobrarlos a sus vencimientos, los títulos mismos no se retirarán del depósito ni aún para cambiarlos por otros, sino en los casos y por los efectos que expresan las fracciones II y III - del artículo 963.

El interventor del banco y la Secretaría de Hacienda, cuidarán especialmente de que dentro - del tercer día se aumente el número de los títulos depositados, en caso de que el precio de plazo de dichos títulos sea inferior, en más - de un cinco por ciento, al importe de la tercera parte de la circulación autorizada.

Artículo 966.- Hecho el depósito o constituidas las finanzas - que expresan los artículos anteriores la Secretaría de Hacienda autorizará la emisión de billetes dentro de los límites legales; y esta - autorización que expresará claramente la suma en billetes que el banco queda facultado para emitir, se fijará en un lugar público y visible en las oficinas del mismo banco, y se publicará por espacio de quince días en el Diario Oficial y en otro periódico del domicilio

del banco.

Artículo 967.- Antes de poner sus billetes en circulación, el banco los remitirá a la Secretaría de Hacienda la cual les mandará poner el sello o estampa - que para cada banco determine, siempre que concurren los requisitos siguientes:

I Que su monto no exceda de la suma autorizada.

II Que los billetes expresen con claridad el lugar del pago y la obligación del banco de reembolsarlas a la vista, al portador y en efectivo.

Una vez sellados los billetes por la Secretaría de Hacienda serán remitidos a la oficina - para el pago de este tiempo con sujeción a las leyes relativas.

Los billetes que carecieren del sello de la Secretaría de Hacienda, no producirán acción ni serán exigibles ante los tribunales; y el banco que los pusiere en circulación pagará una multa de diez por ciento sobre el importe nominal de los billetes.

Artículo 968.- Cuando un banco aumente o disminuya su circulación autorizada, sea siempre lo que previene - este código.

El banco que debiendo sustituir los fiadores - que garanticen su circulación o aumentar los depósitos que con el mismo fin hubiere constituido, dejare de hacerlo dentro de tres días - de haber sido requerido al efecto por la Secretaría de Hacienda, será judicialmente declarado en estado de liquidación.

Artículo 969.- Los bancos deberán anunciar en la manera que - establece el artículo 966 cual es la forma en que han garantizado su circulación de billetes expresando en sus casos, la clase y el número de títulos de la deuda nacional que hubieran depositado o los nombres de los fiadores.

Artículo 970.- Los billetes de banco serán de 5 a 1,000 pesos y estarán firmados por el interventor del Gobierno, por uno o más de los directores del -- banco y por el cajero del mismo.

La admisión de billetes de banco será siempre voluntario sin que nadie esté obligado a recibirlos en pago de ninguna deuda, ni como precio de ninguna operación o servicio sino por - su libre consentimiento.

Artículo 971.- Los bancos de emisión tendrán siempre en caja en dinero en efectivo de plata u oro del cuño mexicano, cuando menos la tercera parte de lo

que importe su circulación pendiente, de pago; sin que en tal existencia se pueda computar el importe de los depósitos pagaderos, a la vista o a un plazo de treinta días o menos contados desde la fecha del aviso del deponente y cuyo importe, en consecuencia, se deducirá de la existencia metálica en caja.

El interventor y la Secretaría de Hacienda cuidarán de que al hacerse cada emisión dentro de los límites legales, la existencia en las cajas de los bancos, no sea inferior a lo que este artículo establece.

Artículo 972.- Los billetes se pagarán a su presentación sin que el banco pueda rehusar el pago sino por la falsedad del billete, en cuyo caso éste será remitido desde luego al juez de lo criminal -- que fuere competente.

La falta de pago por cualquiera otra causa, -- constituye al banco en quiebra desde luego.

Artículo 973.- Los bancos no podrán:

I Dar sus billetes en prenda o depósito, ni contraer cualquiera otra obligación sobre ellos.

II Hacer préstamo sobre el valor de sus propios, ni practicar ninguna otra operación so-

bre ellos.

III Establecer su domicilio o colocar su capital fuera de Territorio Nacional.

Artículo 974.- Los bancos publicarán mensualmente en el Diario Oficial y en otro periódico de su domicilio, un corte de caja visado por el interventor del Gobierno, comprendiendo el estado general de su activo y pasivo, su existencia en numerario, el saldo de las cuentas de depósito y el de las cuentas corrientes deudores y acreedores, así como el monto de los valores en cartera y de los billetes en circulación, al practicar el corte de caja, el interventor comprobará la existencia metálica que de él aparezca.

Artículo 975.- La Secretaría de Hacienda podrá mandar practicar corte de caja extraordinario cuando lo estime conveniente.

Artículo 976.- La falsedad de alguna de las partidas del corte de caja de un banco se castigará conforme al código penal; pero considerando el delito como cometido con una circunstancia agravante de cuarta clase.

Artículo 977.- La Secretaría de Hacienda nombrará para cada banco un interventor, cuyas atribuciones se--

rán:

I Cercionarse de la existencia en caja con - que el banco debe comenzar sus operaciones.

II Suscribir los billetes, cuidando de que la emisión no exceda de la suma autorizada por la Secretaría de Hacienda.

III Examinar y suscribir el estado de operacio- nes que mensualmente debe publicarse.

IV Cercionarse de que la circulación no excede de la proporción que con la existencia metá lica fija este código.

V Dar cuenta a la Secretaría de Hacienda de cualquiera contravención que note a los precep- tos de este código, o a los estatutos del ban- co, pero sin poder ingerirse en las operacio- nes que éste practique, y en las cuales debe - gozar de completa libertad.

VI Rendir a la Secretaría de Hacienda los in- formes que le fueran pedidos.

Ninguna sociedad de banco o particular estable- cido en el extranjero, podrá tener en la Repú- blica agencias o sucursales autorizadas para - cambiar los billetes que emita, cualquiera que sea la forma de éstos.

La infracción de este artículo se castigará im

poniendo al agente una multa de diez por ciento de los billetes que se comprende han sido cambiados.

Artículo 979.- Ningún particular ni sociedad que no estuviere autorizado para ello en los términos de éste código o de una ley federal, podrá emitir vales, pagarés, ni cualquiera otros documentos que contengan una promesa de pago en efectivo, al portador y a la vista ya sea en la forma de billetes de recibos de depósito o cualquiera otro. Los documentos así emitidos o suscritos, no producirán acción civil ni serán exigibles ante los tribunales, y el que los firme pagará una multa de diez por ciento sobre el valor que expresan.

Artículo 980.- Las sociedades que se formen en el extranjero para emprender la fundación de bancos de cualquiera especie en la República deberán organizarse en ella con tal arreglo a lo prevenido en este código; y tanto ellos mismos como sus accionistas tendrán el carácter de mexicanos, sin poder invocar nunca derechos de extranjería en lo que relacione con los asuntos u operaciones del banco, que siempre se decidirán y resolverán con entera sujeción a las leyes -

mexicanas.

Artículo 981.- Los bancos hipotecarios, no podrán emitir billetes pagaderos a la vista y al portador; pero sí podrán poner en circulación bancos hipotecarios, que se considerarán como bienes muebles y que serán amortizados en los términos que fijan sus estatutos, por un importe igual al de las hipotecas que se hubieran constituido en su favor.

Artículo 982.- Cumpliendo el pago de un préstamo hecho sobre prendas consistentes en monedas, metales preciosos u otras mercancías, el banco podrá venderlas sin forma de juicio y el mejor postor en remate presidido por el interventor del Gobierno, observándose lo dispuesto en el capítulo I del Título VII del Libro I de este Código.

Artículo 983.- Si la garantía consiste en títulos de deuda o acciones de sociedades se venderán por conducto de un corredor titulado a precio de plaza, o por dicho precio los adquiera el banco a su elección.

Artículo 984.- Si la garantía consiste en facturas por cobrar el banco hará el cobro y si en facturas de mercancías por recibos, los recibirá él y se rema

tarán. En ambos casos el banco quedará pagado dados en garantía, bajase de manera que no baste a cubrir el importe del préstamo y en diezpor ciento más, los deudores quedan obligados a mejorar la garantía dentro de tres días de ser requeridos al efecto; y si no lo hicieren, el banco podrá proceder al remate o venta de la prenda como si el plazo del préstamo estuviere vencido.

Artículo 986.- A fin de que no haya obstáculo para la venta o remate, si la prenda consiste en acciones o títulos nominativos, se transferirán al banco al celebrarse el contrato, y el interesado recibirá de aquel un resguardo que exprese el único y exclusivo objeto de la transferencia.

Artículo 987.- Si el producto de los bienes dados en garantía no bastase a cubrir íntegramente el crédito del banco, podrá éste proceder por la diferencia contra el deudor a quien por el contrario se entregará en exceso, si lo hubiere previa deducción de los gastos del remate o venta.

Artículo 988.- Si la garantía consiste en hipoteca en primer lugar, se rematará el inmueble hipotecado sin formalidad de juicio, haciéndose la venta en un sólo remate que presidirá el interventor --

del Gobierno, y que anunciará al público con treinta días de anticipación en el Diario Oficial y en otro periódico de la localidad en -- que la finca esté ubicada, si la hubiere.

Si la hipoteca fuere en segundo o tercero lugar, el banco sólo podrá hacer el remate pagando las hipotecas anteriores, o quedando estos impuestos sin alteración sobre el inmueble que se venda.

Artículo 989.- Para que el banco pueda proceder al remate de la finca hipotecada, bastará que haya dejado de pagarse puntualmente un periodo de intereses o un abono del capital, sin que sea necesario que todo este se haya vencido.

Artículo 990.- En caso de remate de un inmueble bastará la -- protocolización ante notario del acta del remate, para que el título del adquirente se considere perfecto.

Artículo 991.- Los concursos no impedirán a los bancos el -- ejercicio de los derechos que este código les concede.

Artículo 992.- Los adeudos al fisco únicamente tendrán preferencia sobre el crédito del banco, cuando procedan contribuciones causadas durante el último años fiscal, las cuales se deberán cubrir -

de toda preferencia. Los demás adeudos se pagarán con el sobrante del precio, después de reembolsado al banco.

Artículo 993.- Las excepciones de los deudores del banco en los casos de remate se tomarán en consideración después de que éste haya sido pagado, a cuyo efecto se seguirá el juicio respectivo que en ningún caso, ni por ningún motivo impedirá la celebración ni la validez del remate; pero siempre quedará el banco responsable a los daños y perjuicios cuando hubiere lugar conforme a derecho.

Artículo 994.- Los bancos se sujetan a todas las prevenciones de este código, que no contravenga a los procedentes.

Artículo 995.- La Secretaría de Hacienda expedirá los reglamentos que fueron necesarios para la puntual y fácil observancia de las disposiciones de este código relativas a los bancos y pudiendo delegar las facultades de intervención y vigilancia que ellos le conceden en los jefes superiores u otros empleados de Hacienda respecto de bancos establecidos en los Estados". (6)

(6) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC.".- Ob. Cit. Pág. 15-22.

Sin embargo este ordenamiento no establecía disposiciones de carácter penal, en cuanto distraer fondos o recursos del banco. Pero gracias a esta ley la banca tuvo un gran desarrollo de sus actividades.

Los preceptos jurídicos existentes en la época, fueron rebasados por las condiciones socio-económicas que se presentaban en el país, ya que esta actividad evolucionó en forma excepcional, el sistema de normas jurídicas originó serias pugnas entre las personas dedicadas a la banca, además de no contar con un órgano rector.

c) OTRAS DISPOSICIONES DE CREDITO

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1897.

La actividad bancaria alcanzó gran importancia, y es así que el 19 de marzo de 1897, se expide la primera Ley General de Instituciones de Crédito, bajo el Régimen del General Porfirio Díaz.

Este ordenamiento es producto en gran parte por la desconfianza que presentaba el Código de Comercio de 1889, pues no contaba con una amplia normatividad para la actividad bancaria, estableciendo en su Título XV referente a las Instituciones de Crédito lo siguiente:

Artículo 640.- Que las Instituciones de Crédito se registrarán -

por una Ley Especial, y mientras ésta se establece, ninguna de dichas Instituciones podrá establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y sin contrato respectivo aprobado en cada caso, por el -- Congreso de la Unión". (7)

La Ley de 1897, presentaba un notable avance en cuanto a su -- técnica jurídica, conteniendo las disposiciones siguientes:

"Capítulo I De las Instituciones de Crédito y de su Constitución; Capítulo II, De los Bancos de Emisión
Capítulo III, De los Bancos Hipotecarios; Capítulo-
IV, De los Bancos Refaccionarios; Capítulo V, Disposiciones Comunes a todos los Bancos; Capítulo VI, -
Franquicias e Impuestos". (8)

En este nuevo ordenamiento no se aprecia ningún tipo penal, en el que se cause un perjuicio al interés patrimonial de los bancos por algunas conductas ilícitas.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.-

Iniciado uno de los grandes movimientos Revolucionarios del Siglo XX, el cual culmina con la primera Constitución Social del Mundo, promulgada el 5 de febrero de 1917, en la ciudad de Que

(7) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC.".- Tomo V. Ob. Cit. Pág. 43

(8) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC.".- Tomo I. Ob. Cit. Pág. 85-108.

retaro por el Presidente de la República, General Venustiano Carranza, dentro de las normas referentes al sistema económico, - se establece la creación de un Banco Unico de Emisión, que pertenecería al Estado y que originó una reorganización en materia bancaria.

En el año de 1925, se promulga una ley sobre Instituciones de Crédito, esta contenía entre otros principios la terminación -- del régimen de libertad cambiaria.

Dado el dinamismo de los cambios socio-económicos que se suscitaban en el país, se hizo necesaria la expedición de una Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, promulgada el 31 de agosto de 1926, por el entonces Presidente Plutarco Elías Calles.

Esta Ley establecía lo siguiente:

"TITULO PRELIMINAR DISPOSICIONES GENERALES: TITULO -- PRIMERO DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO: Capítulo I - Disposiciones Generales, Capítulo II Del Banco Unico de Emisión, Capítulo III de los Bancos Hipotecarios, - Capítulo IV De los Bancos Refaccionarios, Sección I - De los Bancos Refaccionarios Generales, Sección II De los Bancos Industriales, Sección III De las Instituciones de Crédito Agrícola, Capítulo V De los Bancos de Depósito y Descuento, Capítulo VI De los Bancos de Fideicomiso, Sección I Del Objeto y Constitución de - los Bancos de Fideicomiso, Sección II Del Fideicomiso

Propiamente Dicho, Sección III de Otras Operaciones - de los Bancos de Fideicomiso, por Cuenta Ajena, Sección IV Disposiciones Comunes a las Secciones anteriores, Sección V De los Departamentos de Ahorro, Sección VI De las Operaciones Bancarias de Depósito y descuento, Sección VII Disposiciones Generales, Capítulo VII De los Bancos o Cajas de Ahorro, Capítulo VIII De los Almacenes Generales de Depósito, Capítulo IX De las Compañías de Fianza, Capítulo X Disposiciones Comunes a las Instituciones de Crédito; TITULO II DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS Y LOS ASIMILADOS A ELLOS; Capítulo I Disposiciones Generales, Capítulo II De los Establecimientos Bancarios, Sección I De los Establecimientos Bancarios Mexicanos, Sección II De las Sucursales de las Compañías Bancarias y Bancos Extranjeros, Sección III Disposiciones Comunes sobre Establecimientos Bancarios, Capítulo III De los Asimilados a Ellos.

Hago la observación, que aún con su amplia reglamentación no regulaba conductas delictivas, que pudieran realizarse para quebrantar el patrimonio de las Instituciones de Crédito.

d) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO
DE 1932.

A mediados de 1932, el 28 de junio, bajo el gobierno de Pascual Ortiz Rubio, se expide una Ley General de Instituciones de Crédito, la cual vino a derogar a la anterior, por presentar lagunas, que hacían poco eficiente este servicio.

Esta ley presentaba las siguientes disposiciones:

"TITULO PRELIMINAR; Capítulo Unico, TITULO I DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO; Capítulo I de las Concesiones de la Organización de las Instituciones de Crédito, Sección Primera de las Concesiones, Sección Segunda de la Organización, Capítulo II Del Funcionamiento, Sección Primera, Sección Segunda de los Depósitos a la vista y de su inversión, Sección Tercera de los Depósitos en cuenta de Ahorros, Sección Cuarta De los Depósitos a plazo y de su inversión, Sección Quinta De la Emisión de Bonos Hipotecarios y de los Préstamos Inmobiliarios, Sección Sexta De las Instituciones Fiduciarias, Sección Séptima De los Servicios Especiales, TITULO II DE LAS INSTITUCIONES AUXILIARES; Capítulo I De los Almacenes Generales de Depósito, Capítulo II Cámara de Compensación, Capítulo III Bolsa de Valores, Capítu

lo IV De las Sociedades Generales o Financieras, Ca
pítulo V De las Uniones, Asociaciones o Sociedades
de Crédito, Capítulo VI Disposiciones Generales, TI
TULO III DE LA INSPECCION Y VIGILANCIA; Capítulo I
De la Comisión Nacional Bancaria, Capítulo II De --
las Funciones de la Comisión, TITULO IV DEL ESTADO
DE LA SUSPENSION DE PAGOS Y LIQUIDACION; Capítulo I
Estado de Suspensión de pagar Capítulo II Del Esta-
do de Quiebra Capítulo III De la Liquidación, Capi-
tulo IV De la Liquidación Extrajudicial, Capítulo V
Disposiciones Generales, TITULO V DE LAS RELACIONES
FISCALES, DE LOS PROCEDIMIENTOS Y DE LAS SANSIONES;
Capítulo I de las Relaciones Fiscales, Capítulo II
De los Procedimientos Especiales, Capítulo III De -
las Sanciones". (11)

Este ordenamiento fué de gran trascendencia para la actividad
bancaria, pues consideraba como organismos auxiliares a los q̄
macenes Generales de Depósito a las Cámaras de Compensación, -
las Bolsas de Valores y las Sociedades Financieras. Y fué así
que por primera vez se concretiza una tipificación penal, por
conductas que afectan el patrimonio de las Instituciones de --
Crédito, señalándose en el Título V, Capítulo III De las San-
ciones lo siguiente:

(11) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC."- Ob. Cit. Pág. 555-623.

"Artículo 290.- Se considera como fraude el hecho de una persona o sociedad para obtener préstamos de Instituciones de Crédito, proporcione a éstas datos falsos sobre el monto de su pasivo. Se declara aplicable en toda la República para efectos de este artículo el Artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales".

(12)

Dicha ley tipificaba este delito, que era equiparable al fraude, surgiendo de este modo una defensa para las instituciones de Crédito, para protegerlas de operaciones bancarias alteradas que produzcan un quebranto patrimonial.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.-

Siendo Presidente Manuel Avila Camacho, el 3 de mayo de 1941, expide una nueva Ley General de Instituciones de Crédito, que aunque conservaba la esencia de la estructura jurídica de las anteriores leyes, presentaba una mayor operatividad, para la realización de las actividades bancarias.

Asimismo en el Capítulo IV de las Prohibiciones Generales y Sanciones dispone:

(12) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC."- Ob. Cit. Pág. 620.

"Artículo 149.- Se considera como fraude el hecho que una persona o sociedad, para obtener préstamos de -- Instituciones de Crédito u Organizaciones Auxiliares proporcione a éstas, datos falsos sobre el monto de su activo o de su pasivo. Se declara aplicable en toda la República, para efectos de este artículo, el Artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales". (13)

Señaló que en esta figura delictiva aparecen nuevos elementos, ya que el préstamo se obtenía también de las organizaciones Auxiliares y los datos falsos que se aporten pueden recaer sobre el activo o pasivo, la anterior ley disponía que sólo en el pasivo. Este ordenamiento jurídico a lo largo de su vigencia sufrió innumerables reformas en la mayoría de sus disposiciones. DECRETO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1973.-

En el año de 1973, el 31 de diciembre, se decretan algunas Reformas y Adiciones a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, bajo el Gobierno del Lic. Luis Echeverría Álvarez, mediante este decreto se establece por pr

(13) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC.".- Tomo V. Ob. Cit. Pág. 251.

mera vez un Capítulo especial de infracciones y delitos que -- tendría una mayor congruencia en lo referente a la tipificac--- ción de figuras delictivas que no contemplaban las legislacione--- nes anteriores, es así como estos tipos se pueden considerar - propios para la protección de las Instituciones de Crédito, -- por algunos ilícitos que se cometerían en perjuicio de las Ing tituciones u Organizaciones.

En su Título IV, Capítulo IV De las Prohibiciones Generales y de las sanciones dispone:

"Artículo 149.- Serán sancionadas con prisión de dos a diez -- años y multa hasta de \$1,000.000.00 de pesos - a:

I Les personas que con el propósito de obtener un préstamo, proporcionen a una Institución de Crédito u Organización Auxiliar, datos falsos sobre el monto de activo o pasivo de una entidad o persona física o moral, si como conse--- cuencia de ello resulta un quebranto patrimo--- nial para la Institución u Organización". --

(14)

De esta manera este tipo tiene penalidad propia y no se equipa rará al fraude como los demás.

(14) "MEXICO, LEYES, DECRETOS, ETC.".- Ob. Cit. Pág. 251

Este artículo consta de cuatro fracciones, no se mencionan las tres restantes por no ser tema central de este trabajo.

De acuerdo con la Fracción I, sólo señala como sujetos activos a las personas y no a las sociedades, apareciendo como nuevos elementos en el precepto, los datos falsos que se aporten serán de una entidad o persona física, a diferencia del anterior tipo, era una persona o sociedad y lo más importante que se -- ocasione un quebranto patrimonial en perjuicio de las Instituciones u Organizaciones.

- e) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE
BANCA Y CREDITO DEL 14 DE ENERO DE 1985,
PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDE
RACION.

La importancia de la evolución que ha tenido nuestro sistema bancario hoy en día, y también al Decreto de Nacionalización de la banca, del 1 de Septiembre de 1982, declarado por el Presidente Lic. José López Portillo, la actividad bancaria a partir de esta fecha sufrió un cambio en su estructura ya que se encontraba concesionada a los particulares por el Poder Ejecutivo Federal, pasó de esta forma a ser controlada por la Administración Pública Federal, ya que los concesionarios, habían

tomado otros objetivos contrarios a los que tenían encomendados, pues no respondían a los intereses del país, surgiendo de este modo la sujeción del interés nacional al interés particular.

Es así como el servicio de la banca requería de una nueva reglamentación más acorde para la prestación de este servicio.

El 28 de diciembre de 1984, se expide nueva "Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito". Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985 por el Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

Se debe mencionar que debido a este cambio de estructuras de la Banca, el nuevo ordenamiento se encuentra orientado a coadyuvar con el Plan Nacional de Financiamiento, reglamentando -- los términos en que el Estado preste este servicio, además esta ley presenta un marco jurídico más adecuado regulando sólo las actividades de Instituciones de Crédito entendidas como Sociedades de Crédito y ya no a las Organizaciones Auxiliares. Esta ley señala en su Título IV De las Prohibiciones, Sanciones Administrativas y Delitos, Capítulo III De los Delitos regula lo siguiente:

"Artículo 90.- Serán sancionadas con prisión de dos a diez -- años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general -- diario en el Distrito Federal.

I Las personas que con el propósito de obtener un préstamo, proporcionen a una Institución de Crédito, datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta quebranto patrimonial para la Institución" (15)

En este tipo se encontrarán algunas modificaciones en sus elementos, como el monto de la multa, que en el tipo anterior se eleva como máximo hasta un millón de pesos, y en el actual por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo -- diario en el Distrito Federal.

Se aprecia que el delito es cometido sólo en perjuicio de Instituciones de Crédito y ya no en contra de organizaciones auxiliares como señalaba el tipo anterior.

F) COMENTARIOS PERSONALES

El contenido de cada uno de los ordenamientos antes mencionados, cumplieron de alguna forma con los objetivos para los cuales fueron creados, sin perder de vista que en varias ocasio--

(15) "LEY REGLAMENTARIA DE SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO".- Editorial Porrúa. 29a. Edición. México. 1985. Pág. 45.

nes, dejaron de ser funcionales por los cambios socio-económicos del país.

Destaco que no es tema central de este trabajo el estudio propio de la actividad bancaria, sino el delito especial previsto en la fracción I del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que es una figura que debe ser estudiada a la luz de la dogmática jurídica penal. Sin embargo haré un somero análisis de todos aquellos ordenamientos que de alguna forma influyeron en la creación del Sistema Nacional Financiero que tenemos hoy en día.

En México Independiente surgen varios intentos para la creación de Leyes que regularan las operaciones de las Instituciones de Crédito, se logra, el 16 de Octubre de 1830, con la promulgación de una ley que establece la creación de un Banco de Avío para el Fomento de la Industria Nacional, fué una ley específica que no regulaba las múltiples actividades bancarias que hoy se realizan, por lo que no tuvo grandes alcances, esta ley marcó el inicio del Sistema Bancario.

Se decretó una ley que estableció la creación de un Banco de Amortización de Monedas de Cobre, el 17 de Enero de 1837, tuvo como principal objetivo y finalidad el impedir que se continuara con la acuñación del oro y plata, así como la de bronce y mantener un mayor control de las reservas, fué igual que la anterior ley específica.

Como ya he señalado anteriormente, en 1884 se publicó el Cód-

go de Comercio, aunque esta legislación por su naturaleza no es propia de la actividad bancaria, sí establecía un capítulo especial que la regulaba, fué de gran importancia para el desarrollo e integración de la Banca en México. En lo referente a la tipificación de conductas delictivas, no se contemplaba ninguna.

En 1897 surge el primer cuerpo de normas articuladas, con un contenido amplio y con un notable avance en lo concerniente a la constitución y operatividad de todos los bancos existentes, en sus distintas facetas, así fué como la Ley General de Instituciones de Crédito tuvo gran trascendencia por ser la que marcó el verdadero inicio en el desarrollo e integración del Sistema Bancario.

Se promulga una Ley General de Instituciones de Crédito en --- 1926, esta Ley presentaba una sólida estructura de la actividad bancaria, por presentarse nuevos elementos inherentes a dicha actividad; como ha quedado señalado anteriormente este ordenamiento no estipulaba alguna conducta ilícita cometida en perjuicio de las Instituciones de Crédito.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, fué muy importante, así como los ordenamientos subsiguientes, que de alguna forma hicieron referencia a conductas delictivas las cuales pueden constituir infracciones o delitos, siendo sujetos pasivos en dichos delitos las Instituciones de Crédito y señalando como sujetos activos de las mismas personas físicas o

sociedades, entendiendo por persona física, persona común e in-
diferente y como sociedades a las personas físicas con carác-
ter de Administradores, Gerentes, Directores, acreditando su -
personalidad con nombramiento otorgado por la misma sociedad,
este ordenamiento conserva en parte las estructuras de la ante-
rior Ley.

El 3 de mayo de 1941, se publica la Ley General de Institucio-
nes de Crédito y Organizaciones Auxiliares, este ordenamiento
fue modificado en innumerables ocasiones de tal modo que su --
operatividad fuera adecuada a las situaciones que se presenta-
ban.

Debo señalar que igual que el anterior ordenamiento en su ar-
tículo 290, se conserven los mismos elementos; sin embargo se
denota un cambio en lo referente a que el perjuicio también --
era cometido en contra de Organizaciones Auxiliares.

Se hacen reformas y adiciones a la Ley General de Institucio-
nes de Crédito y Organizaciones Auxiliares, el 31 de Diciembre
de 1973, en distintos aspectos, subrayándose por ser importante
por ahora el de Prohibiciones Generales y Sanciones, que es un
Capítulo exclusivo para la protección de las Instituciones Ban-
carias, por conductas ilícitas que ocasionaran perjuicios el -
patrimonio de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Au-
xiliares.

Por último, es de gran importancia la tipificación que se hace
de conductas delictivas como la que marca el Artículo 149 Frag

ción I, señala este precepto que existe una alteración en el monto del activo o pasivo, de una entidad o persona física o moral dicha alteración puede ser proporcionada por un sujeto común o indiferente o personal moral sin olvidar que en dicha acepción las únicas personas que pueden proporcionar los datos correspondientes al activo o pasivo son los directores, administradores y gerentes por ser personas autorizadas para tal cargo.

De esta forma se debe crear la integración de alguna sanción apropiada y no la del simple fraude en el caso de que éste se integrara.

Con la multitudada nacionalización de la banca del 1o. de Setiembre de 1982, ha sido de gran importancia para la evolución que ha tenido nuestro sistema bancario hoy en día, siendo que la actividad bancaria sufrió un cambio en su estructura ya que cancela el Estado la concesión de los servicios bancarios que disfrutaban grupos privilegiados de mexicanos, pasando a ser controlada por la Administración Pública Federal, asumiendo de esta forma la responsabilidad suprema en materia económica ya que los concesionarios se habían desviado en sus objetivos tomando otros contrarios a los que se les había mandado, pues no respondían a los intereses del país, naciendo de esta forma la sujeción del interés nacional al interés particular.

Por tal motivo el servicio de la banca requería de una nueva reglamentación mas adecuada para la presentación de este servi

cio.

Siguiendo la evolución del sistema bancario, el 28 de diciembre de 1984, se expide una nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, teniendo este nuevo ordenamiento carácter auxiliador con el Plan Nacional de Financiamiento, reglamentando los términos en que el Estado preste este servicio.

Presentando esta ley un marco jurídico más apropiado para regular sólo las actividades de Instituciones de Crédito, entendiéndose como tales a las Sociedades de Crédito, sin regular a las Organizaciones Auxiliares.

Con esta nueva Ley se dió un giro en la estructura del servicio de la Banca por ser más acorde al Sistema Financiero Nacional que nos rige actualmente.

C A P I T U L O I I

GENERALIDADES DE LA TEORIA DEL DELITO

- a) DIVERSIDAD DE CONCEPTOS
- b) ESCUELAS QUE TRATAN EL DELITO
- c) CONCEPTO DEL DELITO DESDE EL PUNTO
DE VISTA JURIDICO FORMAL.
- d) CONCEPTO DEL DELITO DESDE EL PUNTO
DE VISTA JURIDICO SUBSTANCIAL
- e) TEORIAS QUE SURGEN DE LOS DIVERSOS CONCEPTOS
- f) COMENTARIOS PERSONALES

GENERALIDADES DE LA TEORIA DEL DELITO

a) DIVERSIDAD DE CONCEPTOS

El tema que ahora trataré, tiende a dar a conocer de una manera concreta pero explícita, lo que es en sí el delito en general, desde sus diferentes o diversos conceptos que de él se -- tienen. De tal manera que principaré dicho estudio e investigación a la vez, dando a conocer los diferentes conceptos del Delito que se han tenido a través de la historia del Derecho Penal.

Entendiendo que la palabra Delito deriva del verbo latino "Delinquere, que significa abandonar apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley" (16)

Se ha tratado en vano de producir una definición del Delito, - teniendo la misma validez universal para todos los tiempos y - lugares, siendo imposible porque como se sabe que el Delito es tá íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a -- las necesidades de cada época, siendo que los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de si tuaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, -

(16) Castellanos Tena Fernando.- "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DE RECHO PENAL". Parte General.- Editorial Porrúa, Décimosexta Edición México. 1981. Pág. 125.

han sido erigidas en delitos.

Sin embargo siempre ha sido considerado como una valoración Jurídica, objetiva o subjetiva, encontrando sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético social y su especial estimación legislativa. A pesar de tales dificultades, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales, determinantes de sus atributos esenciales, puesto que el concepto de Delito es relativo al de orden jurídico que como atacado, se incluye en la definición de aquél.

Siendo considerado como una violación jurídica, cambia con la historia. En el Derecho del antiguo Oriente, así como en Persia, en Israel, en la Grecia Legendaria y aún en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. Destacándose que en esa época se juzgaban a las cosas, como responsables de delitos, recordando que en la Edad Media se castigó profundamente a los animales como autores de los delitos. Esto se debía a que no existía una valoración jurídica como la de hoy. Ya que no destacaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo contemplaban el resultado, el daño producido.

También se dieron algunas razones de índole religioso, las cuales hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Al referirnos a las personas como seres humanos, ve-

mos también como la valoración jurídica que recae sobre sus -- conductas varía a través del tiempo.

La aparición de ordenamientos jurídicos reguladores de la vida colectiva, dio origen a una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de la aplicabilidad de la sanción respectiva.

Del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como es la filosofía y la sociología. Para la primera es una -- violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentre garantía en la sanción penal, mientras la segunda lo identifica como una acción antisocial y dañosa" (17). No hago un estudio más a fondo por no -- ser tema central de este trabajo.

Para algunos autores el delito consiste en la "violación de un deber", así Rossi lo define "Como la infracción de un deber -- exigible en daño de la sociedad o de los individuos". (18)

Considerando como la violación de un derecho, en este sentido lo define Frank, como la violación de un derecho fundado sobre la ley moral. (19). Hay quienes toman en cuenta especialmente

(17) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General.- Editorial Porrúa, S.A. Sexta Edición. México -- 1984. Pág. 159.

(18) Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo III. -- Editorial Lozese, Buenos Aires. Argentina. Pág. 32

(19) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- Idem. Pág. 31.

el elemento del perjuicio, como lo hace Romagnosi, definiéndolo como el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la justicia. (20)

Conviene precisar que en cada una de las definiciones anteriores, se observa una extraordinaria abstracción; ya que los tratadistas han olvidado en que existen muchas acciones injustas y violadoras de nuestros deberes morales que no son delictuosas, así como actos violadores de derechos que no infringen al derecho penal.

Siguiendo con el estudio de las definiciones del Delito, al respecto el gran maestro Francisco Carrancá, lo llama "ente jurídico", formulando de esta manera su fórmula Sacramental, que a la letra dice:

"El delito, es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable políticamente dañoso".

(21)

Como se puede apreciar los elementos que integran la definición del Delito de acuerdo al concepto hecho por Carrancá, son:

(20) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo III. Ob. Cit. Pág. 32

(21) Jiménez de Asúa Luis.- Idem.- Pág. 42.

la infracción de la ley, ya que sólo un acto se convierte en delito cuando choca contra ella; siendo que aquí puede surgir una cierta confusión con respecto al vicio el cual es el abandono de la ley moral, y el pecado que viene siendo la violación a la ley divina, haciéndose la aclaración que se habla de la ley del Estado, siendo promulgada para proteger a los ciudadanos pues sin tal fin carecería de obligatoriedad, y además para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, violados por el mero incumplimiento de una obligación; ni de la prosperidad del Estado, surgiendo una transgresión, pero no un delito, pudiendo recidir en la agresión a la seguridad pública por hacer referencia a los ciudadanos en general. Precizando que tal violación debe ser resultado de un acto externo, expresando de esta manera la idea de la tutela general que preside a la ley punitiva, tan necesaria para proteger el derecho, de tal forma las opiniones de deseos y pensamientos, se sustraen al dominio de la ley penal. También para significar que sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones, por ser el único dotado de voluntad, siendo el acto positivo o negativo, con lo cual se incluye la actividad o inactividad, el hacer o no hacer, el fin, la acción o la omisión -- que son formas de manifestación de la conducta. Se estima moralmente imputable, fundamentándose así la responsabilidad --

del sujeto, siendo sometido éste a las leyes, en virtud de su naturaleza moral y la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política y finalmente se añade políticamente dañoso, para dar su verdadero sentido a la infracción de la ley a la alteración de seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fué creada, consistiendo que el delito debe perturbar moralmente a todos los ciudadanos.

Dando su opinión al respecto Carrencá dice:

"Que el delito no se ha definido como una acción sino como una infracción porque su concepto no se deriva - del hecho material ni de la prohibición de la ley, -- considerados aisladamente; sino del conflicto entre aquél y ésta, es decir dan la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. En esto consiste tan sólo el ente jurídico al que se le da el nombre - de delito u otro sinónimo". (22)

b) ESCUELAS QUE TRATAN EL DELITO

A la par y antes de la era de la codificación como un impulso a su formación y al consiguiente mejoramiento sustancial y formal del Derecho Penal, se produjo la tarea de teorización o explicaciones del Derecho Penal. Los excesos encontraron un límite y una reacción merced a las ideas no sólo condujeron a la regularización de la punibilidad con arreglo a base política - de garantía, sino que el darle impulso a la doctrina de los de

(22) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo III Ob. Cit. Pág. 43

litos y de las penas, siendo en este entonces cuando surge el libro de Becarría, titulado "Dei delittie delle pene"; y fué - de esta manera como se abrió el camino para que los autores -- posteriores expusieran el derecho penal sistemáticamente, de acuerdo a cada uno de los distintos principios aceptados por -- cada corriente en opinión a estas corrientes se les denominó - "Escuelas Penales", de las cuales existieron algunas de valor fundamental. Representándose en tres doctrinas:

Se ha comenzado con la ESCUELA CLASICA a la cual la represen-- tan tres etapas previstas; una tesis filosófica, liberal, jurí-- dica de responsabilidad moral e individualista; viniendo luego la ESCUELA POSITIVA, como antítesis determinista, social, an-- tropológica, y naturalista; y presentándose finalmente diver-- sas tendencias ecléticas que tratan de ubicar en su sentido -- adecuado las doctrinas anteriores. (23)

Todo movimiento científico que se inició con Becarría y que encuentra su punto más álgido en Francisco Carrancá y en Pessi-- na, fué bautizada por Ferri con el nombre de "Escuela Clásica" como oposición cronológica a las nuevas y radicales tendencias que implantó el positivismo. Este movimiento penal tiene ciertamente un sentido unitario, sobre todo en lo concerniente a la naturaleza de la pena. Ferri, quizo significar con el título de Escuela Clásica "lo viejo y lo caduco".

(23) Cfr. Villalbos Ignacio.- "DERECHO PENAL MEXICANO". Editorial - porruá, S.A. Edición Segunda. México. 1952. Pág. 30.

sin embargo es negado el sentido unitario, de dicha Escuela, -- pues analizando las teorías de los Clásicos, se encuentran entre las mismas, grandes diferencias, puntos de vista antagónicos. (24)

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, siendo la más importante la de Francisco Carrancá, quien lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo - del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

En la definición antes expuesta, se señala que el delito no es un acontecimiento cualquiera, sino un acto jurídico, una injusticia. Sin embargo para que el delito tenga existencia es preciso que el sujeto sea moralmente imputable, además que el acto tenga un valor moral y que de dicho acto provenga un daño social y por último que se halle prohibido por una ley positiva. debiendo estar constituido por dos fuerzas por un lado la moral que es realizada por la voluntad intelectual del agente, y por otro lado la física, siendo esta producida por el movimiento corporal y el daño material causado por el delito.

Por lo que la obra del maestro Carrancá, consumó la fusión de los principios de utilidad y de justicia, como básico del derecho de castigar, señalando como fundamentalmente y aspiración -

(24) Parte Petit Celestino.- "APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL I". Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición. México. -- 1984. Pág. 38.

profunda de la tutela del orden jurídico, y haciéndose notar - de este modo que todo exceso no sería protección del derecho, - sino violación, abuso de la fuerza, tiranía; por otro lado todo defecto que existe en las penas significaría traición del Estado a su propio cometido.

A pesar de esta diversidad entre los penalistas adscritos a esta Escuela, existe entre ellos indudables puntos de contacto, - lo que permite resumir como principios fundamentales de la misma, los siguientes:

a) Su método es racionalista y al considerar sus miembros que no había más ciencia penal que el derecho punitivo, aquellos aplicaban la metodología lógica-abstracta, deductiva y especulativa. Para los clásicos el derecho penal es un sistema dogmático, fundamentado sobre concepciones racionalistas.

Uno de los puntos más importantes en el desarrollo científico es la cuestión del método y por ello muchas veces se delinea una especial posición. Ello efectivamente ocurrió con el clasicismo, que en esta cuestión del método científico describió una orientación esencialmente diversa de la que después preconizó el positivismo. Y así fué como la escuela clásica adopta para su construcción científica el llamado "Método Lógico-Abstracto. Todo ello no fué más que el producto de su orientación pues siendo para sus partidarios, el derecho penal una ciencia que deriva sus preceptos de las deducciones lógicas de la razón eterna natural que aquel método fuera el existente.

Sosteniendo en tal sentido el profesor Ignacio Villalobos: --
"Acertadamente en nuestro criterio, que como pertenece el Derecho al campo de la conducta de los Individuos, en relación con la vida social y tiene propósitos ordenadores de esta conducta resulta eminente finalista; por ende el método que lo ha de regir todo, desde la iniciación de las leyes hasta su interpretación y forma de aplicación, necesariamente será teleológico, - para estudiar, adecuadamente los diversos problemas que se presentan sobre conflictos de leyes, lugares y tiempo de la acción, casualidad del resultado y otros más que no pueden ser resultados satisfactoriamente por distintas vías". (25)

Bien, la Escuela Clásica toma como método el lógico abstracto, a razón de que el Derecho Penal, por ser Derecho, había de trabajarse con esa metodología. Se le ha criticado a la Escuela Clásica el empleo del método deductivo de investigación científica; siendo que para esta tendencia el Derecho no puede plegarse a los sistemas de las Ciencias Naturales, ya que no es parte de la misma naturaleza, sin poder someterse a sus leyes. Se sabe que en la naturaleza los fenómenos aparecen vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos, necesarios, mientras que el Derecho está constituido por un conjunto de normas; precisándose como la iniciación de algo que estimamos debe ser, -

(25) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 56

aún cuando tal vez, de hecho quede incumplido. Por otro lado - las leyes naturales pueden ser falsas o verdaderas según su coincidencia o en su caso su perfecta adecuación con la realidad. Debido a que esa conducta no contaba con la forzosidad de una realización, se le expresa como un deber. Bien es cierto, que lo enunciado por las leyes naturales "tiene que ser"; mientras que lo prescrito por las normas "deben ser". Con esto se ha podido demostrar que el Derecho no mora en el mundo de la naturaleza.

b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral. Es otra de las características de la Escuela Clásica, a este respecto dice Carrancá; no podía concebirse el Derecho Penal sino constituido sobre esas bases.

El hombre es responsable penalmente porque no lo es moralmente y esta responsabilidad es gracias a que el ser humano goza -- del libre albedrío. Así es como la responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral como en el libre albedrío.

En realidad toda la estructura y basamento de la legislación - hasta ahora vigente en los pueblos cultos, se ha basado en ese principio fundamental, tomándose en cuenta que sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral.

Juan Ramos, observa que:

"La mayor parte de los tratadistas actuales, no ex-

ponen la teoría de la responsabilidad de la Escuela Clásica, sino la refutan, y al refutarla, se colocan en el punto de vista absoluto de libre albedrío con libertad de indiferencia. En cambio lo que podríamos llamar realmente la teoría del libre albedrío, es la facultad de decidirse en virtud de la existencia de motivos". (26)

No debe existir ningún reproche posible, castigo, pena, ni -- sanción para el hombre que sin estar consciente de sus actos actúe voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia violando un precepto legal, pero en cambio, si debe ser castigado o sancionado aquel que actúa consciente y voluntariamente en la realización de sus actos, obteniendo como resultado la violación a una norma jurídica. Cabe señalar que algunos - indeterministas llamándose así a los que aceptan el sistema - filosófico según el cual la voluntad humana no esté estrictamente determinada por los móviles de las acciones, ya que éstos hablan de combatir el delito, atacando los factores endógenos y exógenos que lo producen. Siendo imposible que uno de esta acepción pueda sostener esta cuestión, porque precisamente esta postura indeterminista, es absolutamente contradictoria. En verdad no se pueda ser al mismo tiempo partidario del libre albedrío y aceptar que el delito es originado por facto.

(26) Porte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 39.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

tores endógenos y exógenos.

c) El Delito como Ente Jurídico. Para los Clásicos, la acción delictuosa no es un "ente de hecho", sino el concepto jurídico del que según Carrancá, se derivan todas las consecuencias de su sistema de Derecho Penal.

Carrancá encuentra la fórmula sacramental, en la que asienta el apoyo de toda la construcción jurídica, basamento unitario de todos los dogmas que integran la Ciencia Penal, fuente de donde emanarían las demás verdades del Derecho Penal de los -- pueblos cultos y que constituye la noción exacta del Delito. -- Su fórmula es: "El Delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico" (27)

Para sostener esta fórmula, se basó en su definición del Delito que para él es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Este autor define al Delito como una infracción, no como una acción, puesto que su concepto no se deriva del hecho material ni de la prohibición de la ley considerados aisladamente; sino del conflicto entre aquél y ésta, es decir, en la relación con tradictoria entre el hecho del hombre y la ley. En esto consiste tan sólo el ente jurídico al que se le da el nombre de De-

(27) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Editorial Sudamericana. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina. 1959. Pág. 46

lito u otro sinónimo. (28)

El meollo del asunto jurídico penal es el Delito supuesto objetivo, mas no el delincuente quién viene a ser el supuesto subjetivo. Se puede decir en este sentido que el juez competente para conocer la maldad de los hechos no puede considerar la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones. Efectivamente al considerar al Delito como ente jurídico, es afirmar que para su existencia, se necesita que la conducta del agente activo viole una norma ya sea prohibitiva o preceptiva, es decir que prohíba o bien mandar hacer.

Definito el Delito como un ente jurídico, queda establecido, de una vez para siempre, "el límite perpetuo de lo prohibido no pudiendo verse un delito, sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados". (29)

d) La pena como un castigo, como retribución de un mal, con un mal.- La pena es un mal impuesto al delincuente, en retribución del delito cometido; ha de existir una proporcionalidad entre la pena y el delito; sin embargo la pena debe estar determinada en forma clara y concreta, siendo el juez quien tiene facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito. La pena debe considerarse como un mal a través del cual se realiza la tutela jurídica. Este es un principio funda

(28) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Ob. Cit Pág. 43.

(29) Porta Petit Celestino.- APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 39.

mental de la Escuela Clásica que tanto la distinguió de sus continuadores. Si se ha considerado al hombre libre, puesto - que puede actuar hacia el bien o el mal, por ello se considera a la pena como un mal, como castigo; retribución de un mal con mal como un medio intimidativo para los demás.

La Escuela Positiva.- La aparición y desarrollo del positivismo en la primera mitad de los pasados cien años, caracterizándose en otra etapa por su transparente romanticismo; siendo - que la mayoría de los pensadores de dicha época estructuraron la vida através de objetos abstractos, con una gran inquietud hacia el idealismo. Por lo cual, hacia la segunda mitad del - siglo XIX, surgieron las corrientes eminentemente materialistas, destacando el positivismo así como el materialismo histórico. El surgimiento del positivismo se debió a la consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales realizadas en los estudios filosóficos del siglo pasado, sintiéndose en todas y en cada una de las disciplinas culturales, inclusive en el Derecho. En materia penal, la Escuela Positiva se presenta como la negación radical de la Clásica, ya que pretende cambiar el criterio represivo, extinguiéndose su fundamentación objetiva al prevalecer su estimación a la personalidad - del delincuente. Se estima y con razón que la Escuela Positiva "posee un carácter unitario es decir, nace con una verdadera uniformidad de doctrina". (30)

(30) Parte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 41.

El positivismo nombre dado por "Augusto Comte", quien es padre de la sociología, esta corriente no niega la existencia de lo absoluto o metafísico, pero tampoco se ocupa del problema, tan solo se limitó al estudio de lo real, entendiéndose como tal todo aquello que sea sensible, también lo físico. Es por ello que los positivistas negaron el carácter científico a todas las disciplinas filosóficas propiamente dichas.

Los principales exponentes de la Escuela Positiva, fueron César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. Para César Lombroso, el criminal es un "ser atávico, con regresión al salvajismo; para él, el delincuente es un loco, un epiléptico. El citado autor establece que antes de estudiar el delito como ente jurídico o una simple infracción de la ley penal, debería de ser examinada como acción humana, como fenómeno humano natural y social, considerándose así la biología del delincuente.

Con motivo de los magníficos estudios que realizó César Lombroso, acerca del análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, siendo en este momento cuando se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del Derecho Penal, que alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, es por lo que ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los verdaderos principios básicos de los cuales debe apoyarse una construcción científica. De la fase antropológica lombro-

siana positivista, se evoluciona a la sociología de Ferri, -- siendo él mismo quien modifica la doctrina de Lombroso al considerar, que si bien la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, siendo que también debe de tomarse en cuenta que el empleo, de dichos instintos y su uso está de cierta forma condicionada por el medio ambiente; en el delito concurren desigual forma causas sociológicas.

Influye decisivamente Rafael Garófalo en la estructura de la Escuela Positiva, quien pretende darle una textura jurídica a las concepciones positivistas, produciendo la definición de Derecho natural, concepto sociológico sin el cual no hubiere sido posible construir sólidamente un sistema.

El ilustre jurista del positivismo Rafael Garófalo, hizo una gran distinción entre el Delito natural y el legal entendiendo como Delito natural; "la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (31). Consideró como delito artificial o legal, la actividad humana que contrariando a la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos.

Interesante es el comentario en torno a la definición del Delito natural de Garófalo, elaborado por el profesor Villalobos; "Garófalo sentía la necesidad de observar algo o inducir

(31) Castellanos Tena Fernando.- Ob. Cit. Pág. 126.

de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante que era esa la materia de su estudio - y de su definición, dijo haber observado "los sentimientos" - aunque claro esté que, si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a "priori" sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad y probiedad poseídos por una población en la medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad". (32)

Las características que se le atribuyen a la Escuela Positiva son:

- a) Método Experimental
- b) Delito como fenómeno natural y social.
- c) Responsabilidad social
- d) La pena como defensa social no como castigo

a) El Método Experimental.- Para esta corriente Positivista, todo el pensamiento científico debe descansar indispensablemente en la experiencia y en la observación, por medio del uso del sistema inductivo, pues de lo contrario los resultados no pueden ser considerados exactos; bien es cierto que la

(32) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 199

ciencia requiere, de modo necesario, proyectarse de todo aquello que sea capaz de observar sensorialmente. Surgió el positivismo como un resultado del auge alcanzado por el conocimiento natural, siendo claro, que se haya caracterizado por un orden inductivo de indagación científica, e lo contrario del deductivo, el cual hasta entonces se emplea de una forma preferente; el camino adecuado para la investigación en el reino natural es la observación y la experimentación, después de estos dos caminos se llega a inducir las reglas generales.

El fin de toda ciencia de la naturaleza, es el conocer tanto - las cosas como los fenómenos, indagando en su caso las causas inmediatas, así como las leyes a las que se hallan sometidas. El método experimental es imprescindible, aclarando los positivistas que no puede resultar de igual forma en el Derecho, ya que este no es ciencia de la naturaleza. El delito como - tal, es un concepto formado en la mente por uno de los llamados juicios sintéticos a "priori", el contenido de esta definición no existe en la naturaleza, integrándose por el hombre por medio de una relación estimativa entre determinados hechos referente a la vida social.

Hay quienes opinan en forma contraria sobre el método experimental y al respecto dicen; "Si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto" (33)

(33) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Ob. Cit. Pág. 51

En materia penal opina Villalobos, "el método de observación es adecuado para formar los primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos de las sanciones que pueden orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta dentro de las normas constitutivas del régimen social; pero sobre los conocimientos así adquiridos y paralelamente a ellos hay que seguir trabajando en el campo jurídico, con método propio, sin que exista en ocasiones nada que observar ni que inducir".(34)

Para el mismo autor, "La Antropología, la Sociología y la Criminología, son ciencias naturales cuyo fin es desentrañar la naturaleza de la conducta humana, escudriñar sus orígenes y fijar su mecanismo de producción; son ciencias naturales y deben tener como método preponderante la inducción. El Derecho penal en cambio, que trata de fijar un cauce a esa conducta y de imponerle una forma y límites determinados, se refiere al mismo objeto, pero se diferencia precisamente por su carácter eminentemente práctico, por su fin normativo y por su método, descansando parcialmente en los conocimientos alcanzados por aquellas ciencias naturales, en otras ciencias noológicas y culturales y sumando su propio aporte para la estruc-

(34) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 43

turación completa del edificio jurídico". (35)

Los positivistas, partieron de la evidente distinción entre el derecho penal y las diversas ramas jurídicas, basándose en que el hombre es el factor más esencial, condenando así el sistema dogmático. Debido a esto fué que la Escuela Positiva aplicó el método experimental.

b) El Delito es un Fenómeno Natural y Social.- El delincuente desde un punto de vista biológico y psíquico, es un anormal, por ello todo infractor, moralmente responsable o no, tiene responsabilidad legal si incide en el campo de la ley penal.- Los positivistas analizaron el concepto del delito como ente jurídico, que proclamó Carrara como fórmula sacramental, comprobaron de esta manera que la acción punible es un hecho natural y social, un acto del hombre, que surge en la sociedad a la que le produce un daño, motivado por tres órdenes de factores; antropológicos, físicos y sociales. Ya que el delito es un fenómeno individual y social.

Este hallazgo hizo arribar a los precursores del positivismo a la consecuencia de que es preciso estudiar al hombre que cometió el hecho penado por las leyes y el ambiente en cuyos se nos se engendra y en que se produce el crimen (36)

(35) Villalbos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 47

(36) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo II. Ob. Cit. Pág. 76

Para los positivistas lo que infringe el delincuente es la -- norma, anterior a la ley penal; esta última, crea el Delito. Mientras la norma cultural, es un concepto social, fundamentado en la convivencia entre los hombres creando la antijuridicidad de la acción, en definitiva, el delito es un fenómeno humano y social.

Los delitos naturales se derivan en dos categorías que son:

- 1.- Ofensas al sentimiento de piedad o humanidad comprende, - en primer término, agresiones contra la vida de las personas y toda clase de actos que tienden a producir un mal físico y moral.
- 2.- Ofensas al sentimiento de probidad, el cual comprende, -- las agresiones, violentas, también aquellas agresiones -- llevadas a cabo sin violencia pero con un abuso de confianza.

Después de la definición de delito natural de Rafael Garófalo surgieron varias críticas por tal significado, siendo una de ellas la de Vaccaro quien dice:

"No es que nieguen la existencia del delito natural sino que para ello todos los delitos se refieren a la criminalidad natural porque el delito que la ley define entre en los hechos naturales. El único delito natural que existe es el que las leyes consideran como tal". (37)

(37) Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo II Ob. Cit. Pág. 49.

Alimenda opina que esta teoría es arbitraria, porque se consi
dera difícil decir en qué consiste la medida media de estos -
 sentimientos, puesto que es completamente inútil para el Dere
 cho Penal porque daría solamente la explicación de una parte
 mínima de los delitos contenidos en el Código y es falsa ante
 la historia y la psicología porque esta teoría a lo más po-
 drá servir para hoy, pues muchos sentimientos de épocas pasa-
 das no son ya nuestros sentimientos, como probablemente nues-
 tros sentimientos no serán los sentimientos del porvenir. --
 (38)

Dorado Montero opina:

"la idea de la noción del delito viene de la ley y
 nada más que de la ley, de modo que suprimido és-
 ta, el delito quedaría suprimido". (39)

c) La Responsabilidad Social.- Dicha responsabilidad derive -
 del determinismo y temibilidad del delincuente. Se sabe que --
 desde sus primeros pasos de los positivistas polemizaron con-
 tra la aparatosa doctrina del libre albedrío, sustituyéndola -
 con su tosca tesis de la responsabilidad social, siendo Garófg
 lo quien proclamó la más certera fórmula de la temibilidad. Su
fundamento de esta doctrina radica en que el hombre es respon-

(38) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo II
 Ob. Cit. Pág. 49

(39) Jiménez de Asúa Luis.- Idem. Pág. 50.

sable de las acciones delictivas cometidas en el exterior por - él, sólo porque vive en Sociedad y mientras que viva en ella. - En este sentido sólo la sociedad tiene el derecho y la misión - de proveer a la propia defensa, en el momento en que apenas se den las condiciones de la imputabilidad física. Ya que el deter- minismo y la responsabilidad social no supone la negación del - derecho de penar, sino su cambio de carácter y de fundamento. - Si el hombre va fatalmente decidido a delinquir, la sociedad es- tá igualmente determinada a defender las condiciones de su exis- tencia contra aquellos que la amenazan. Sin embargo el determi- nismo y la responsabilidad social no presuponen la negación del derecho de penar, sino sólomente constriuyen un cambio de su ca- rácter y fundamento.

"El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder por igual, del hecho delictuoso ejecutado, aún cuando los últimos deberán ser destinados a sitios espe- cialmente adecuados para su tratamiento como enfer- mos. Se desprende lo anterior a lo que los positi- vistas negaron el libre albedrío, proclamando el de- terminismo". (40)

Nos interesa sobre todo señalar que la denominada responsabili-

(40) Francisco Pavón Vasconcelos.- "MANUAL DE DERECHO PENAL". Parte General. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México. 1984. Pág. 63.

dad social fue el más grande error de Ferri, y que la impuso sobre las concepciones de Garófalo, en la Temibilidad, que ahora se denomina estado "peligroso" o "peligrosidad" del delincuente hubieran encontrado los positivistas una base más sólida para la responsabilidad ligando el hecho con un proceso psíquico-físico no hubiese dejado caer la responsabilidad criminal en una concepción meramente objetiva tan injusta como difícil de plasmar en las leyes.

Siendo que esta escuela ha proclamado la idea madre de su programa, asignándole a la pena fines concretos; llegando así a una conclusión que habla de imposibilitar al delincuente durante más o menos tiempo la comisión de nuevos delitos, negarle socialmente, prevenirlo así contra el peligro de delinquir nuevamente y prevenir esto mismo en los demás, todo ello es exclusivamente defensa social. (41)

Se debe señalar que la defensa social así concebida no se puede considerar como venganza social ya que rechaza la nota necesariamente aflictiva de la pena, que no se justifica esa necesidad. Tampoco es corolario de la idea abstracta de justicia o compensación moral retributiva del mal por mal, debido a que esta idea errónea es ajena al Derecho penal, porque ésta mira a las actividades antisociales de los individuos, examinando pri-

(41) Cfr. Carrancá y Trujillo Raúl.- "DERECHO PENAL MEXICANO". Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México. 1977. Pág. 118.

mordialmente sus causas más que sus defectos.

"La defensa social tampoco es defensa jurídica o tutela del orden jurídico, aunque el Derecho penal corresponda tutelar enérgicamente los bienes jurídicos porque es mucho más defensa de la sociedad por medio de la conservación y el perfeccionamiento de la sociedad entera" (42)

Concluyéndose que la defensa social, tiene por objetivos la prevención de actos delictivos y cuando ya han ocurrido, la defensa contra sus efectos. Siendo que para ello se mantiene ajena a todo fin trascendental, retributivo moralmente de pena o de castigo.

Ahora bien la tutela penal se justifica por:

"La necesidad de defender las condiciones de existencia de una sociedad determinada, en un momento dado frente a las violaciones que la ponen en peligro". --

(43)

Bien, como resultado de la controversia doctrinal entre las escuelas penales las cuales adoptan posiciones a veces irreconciliables, sobre todo la Clásica como la Positiva. Pero no olvidemos que tanto una como la otra son sólo periodos sucesivos de -

(42) Carrencá y Trujillo Raúl.- Ob. Cit. Pág. 118

(43) Carrencá y Trujillo Raúl.- Ob. Cit. Pág. 120

elaboración filosófica penalmente hablando; recordando que la Clásica corresponde de un importantísimo período, en el que desarrolló lo ligado a los derechos sustantivos de la personalidad humana, mientras que la positiva demuestra el haber logrado enfocar los problemas eternos del delito desde nuevos puntos de vista de contemplación y como una gran consecuencia del progreso de las ciencias; médica, sociológica y la jurídica.

De la misma manera haré breve referencia de la Escuela Crítica, que algunos autores la denominan "terza scuola", o tercera escuela o bien escuela del positivismo crítico, como es sabido dicha tendencia tiene su explicación precisamente por la pugna existente entre la escuela clásica y la positiva, esta escuela encuentra su formación, esencialmente en los estudios de Alimena Bernadino y Manuel Carnevale, siendo él mismo quien la denominó "terza scuola" o tercera escuela. Admite de la tendencia clásica, el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delinquentes imputables e imputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad. Del positivismo la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que precomiza las conveniencias del método inductivo, -- sin embargo rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal.

según el decir de Cuello Calón:

"La imputabilidad deriva de la humana voluntad, la --
cual se halla determinada por una serie de motivos, y
tiene su base en la "dirigibilidad" del sujeto, es de-
cir en su aptitud para percibir la coacción psicológi-
ca; de ahí que sólo son imputables los capaces de sen-
tir la amenaza de la pena". (44)

Los principios básicos de la "Terza Scuola", en opinión, son --
los siguientes:

- a) Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los
actos del hombre;
- b) La naturaleza de la pena radica en la coacción -
psicológica; y
- c) La pena tiene como fin la defensa social" (45)

De acuerdo al orden de los fines de la pena, de la "terza scuoa-
la", quien sostiene el principio de la defensa social, pero no
de un modo puro, como los positivistas, sino dándole un sentido
de justicia y poniendo como límite el mínimo de sufrimiento in-
dividual dentro del máximo de defensa social. No llega a des-
prenderse de la pena y postula un sistema dualista de pena y me-
didas de seguridad. Sin embargo la tercera escuela, tuvo igual

(44) Cuello Calón Eugenio.- "DERECHO PENAL". Parte General. Editorial
Boech. 11a. Edición. Barcelons. 1958. Pág. 46.

(45) Cfr. Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 47

que las otras tendencias severas críticas, ya que estriba en -- sostener que no contiene características propias para formar -- una escuela. Al respecto se dice: Nos parece que si la llamada Tercera Escuela puede presumir de títulos de vida en el período de los orígenes, es decir que respondía a una necesidad hoy, da dos los nuevos desarrollos, de índole jurídica también de la es cuela criminal positivista, dadas las distinciones y diferencia ciones que se han efectuado en el seno mismo de la escuela clásica, esta tendencia carece de características propias lo bastante relevantes y distintas para formar una Escuela. Por lo -- que su mismo fundador Carnevale, repetía también que la escuela surgió por una necesidad de distinción, aunque fuera transito-- ria. (46)

c) CONCEPTO DEL DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA
JURIDICO FORMAL

Para llegar a entender la definición jurídica del delito debe de ser de una manera natural, formulada desde un punto de vista del Derecho, sin que exista una relación de causales explicati vas, cuyo objeto es estudiado por las ciencias fenomenológicas de las cuales no haré referencia por no ser tema a desarrollar.

(46) Cfr. Porte Petit Celestino.- "APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DE RECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 44

Es por ello que una verdadera definición del Delito debe de ser a base de una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal de nuestro punto de referencia que en este caso es el delito, además que permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado conceptos del delito de tipo formal y de carácter substancial; a continuación nos ocuparemos del formal.

Siendo que para varios autores, una verdadera noción formal del delito la prevee la ley positiva mediante la amenaza de una pena ya sea para la ejecución o la omisión de ciertos hechos, jurídicamente hablando, expresan que el delito se caracteriza por su sanción penal deduciéndose que sin una ley que sancione una determinada conducta, no será posible hablar del delito.

Diversos conceptos se han dado acerca del delito; definiéndolo Grisigni, "es todo hecho que la ordenación jurídica liga como consecuencia jurídica una pena". (47)

Pessina define el delito en sentido legal como "la acción humana que la ley considera como infracción del derecho y que por tanto prohíbe bajo la amenaza de un castigo". (48)

Haré referencia de los Códigos Penales que de alguna u otra for

(47) Cfr. Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 291

(48) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 291

ma, contribuyeron a la concepción legal del delito.

El Código Penal de 1871, establece que el delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda (49). Pero hay quienes no están de acuerdo de imponer el nombre del delito a todo aquello que infringe la ley penal, opinando al respecto, Frank quien dice: es encerrarse en un círculo vicioso, esto es, decir que una acción punible o digna de castigo es la que castiga la ley.

Sin embargo por el constante cambio de las necesidades que va adquiriendo la sociedad, fué necesario elaborar un proyecto de reformas al Código Penal de 1871, siendo que en este código se determinó que los delitos son las infracciones previstas en el libro 3o. de este Código y las demás designadas por la ley bajo esa denominación. Y en su Exposición de Motivos se dice: Se ha considerado necesario cambiar las definiciones del delito y falta que da el Código, pues se encuentra que los defectos de que adolecen son de gravedad tal que la vician radicalmente. (50) Para 1929 se crea otro Código Penal el cual define al delito como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El Código Penal de 1931, en el Artículo 7o., preceptúa que el -

(49) Cfr. Porte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 243.

(50) Cfr. Porte Petit Celestino.- Ob. Cit. Pág. 243.

delito es el "acto u omisión que sancionan las leyes penales". Y a este respecto, observan Ceniceros y Garrido, que en realidad no había necesidad de definir el delito, por no reportar -- ninguna utilidad al juez y ser siempre las definiciones sinte-- sis incompletas de lo que se trata de definir (51.)

Cabe señalar que en algunos anteproyectos de Código Penal como el de 1949, 1958 para el Distrito y Territorios Federales y de Código Penal tipo para la República Mexicana, siendo que estos Códigos no está comprendido, la definición de delito ya que la consideraban irrelevante e innecesaria, como se solía hacer en tiempo anterior. Dado que si, en la parte especial del Código Penal se reglamentan las conductas o hechos constitutivos de delito, es superfluo incluir el concepto del mismo en la Parte Ge neral de dicho ordenamiento. Arilla Bas, se inclina por la no definición de delito, diciendo que en realidad, definiciones de esta clase, generalmente tautológicas, no son necesarias en los Códigos.

d) CONCEPTOS DEL DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA
JURIDICO SUBSTANCIAL.

La noción formal del delito no penetra en la verdadera natura

(51) Cfr. Porte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 244.

za del 'mismo por no hacer referencia a su contenido. El conocido y respetado autor Edmundo Mezger, nos da su definición de delito desde el punto de vista jurídico substancial, siendo que - el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. -- (51). Se puede apreciar la sumisión a una amenaza penal, no está incluida en esta definición. Siendo que en su obra, "Grundris", el mismo autor, dice que acto penal es un "hacer u omitir de un determinado autor antijurídico típico, personalmente imputable y sancionado con una pena". Vamos que en esta definición- sí hace mención de la amenaza penal.

El famoso jurista Belling, define el delito como "La acción típica, antijurídica, culpable de la sanción penal". (52) En cambio para Cuello Calón "es la acción humana antijurídica, típica, -- culpable y punible". Por su parte Jiménez de Asúa dice: "delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y - sometido a una sanción penal". (53). Tanto la definición de Belling como las de Jiménez de Asúa, son semejantes, sólo que Belling Ernesto, no hace en ningún momento referencia a la imputabilidad.

Se aprecia en la definición de Jiménez de Asúa, que en la integración del delito se incluyen como elementos del mismo: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la puni-

bilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Sin embargo - (51) Cfr. Castellanos Tena Fernando.- Ob. Cit. Pág. 129

(52) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL". Parte - General. Ob. Cit. Pág. 55

(53) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 256

hay quienes opinan que el delito es un "acontecimiento" en este sentido tenemos al gran maestro Max Ernesto Mayer; "El delito - es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable". (54) Se aprecia en este concepto que en vez de utilizar los vocablos acto, hecho, o acción, se dice acontecimiento, esto se debe que a juicio del autor existen delitos que no se puede hablar propiamente de acto humano, en el que originen del suceso de lugar a una pena. Apreciándose de igual manera que no se incluye la punición del "acontecimiento", es decir la exigencia de una pena descrita por la ley. Siendo que a juicio de Mayer y de varios penalistas modernos, no se trata de un requisito de la misma infracción penal, sino de su consecuencia. Nos llama la atención que utilice la palabra imputable en vez de culpable, que es el término más empleado, pero emplea este vocablo de imputable en amplio sentido, que abarca la culpabilidad.

Desde ahora conviene advertir que la Imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, también se puede decir que del delito, pero no un elemento del mismo. Observándose en el delito -- cierta rebeldía entre el hombre y el Derecho legislado; presentándose de esta manera dos aspectos: por un lado el objetivo y por el otro el subjetivo. Ahora bien la oposición objetiva es llamada antijuridicidad, ya que el hecho en su fase externa, --

(54) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL". Parte - General. Ob. Cit. Pág. 58

tangible pugna con el orden jurídico positivo. Mientras que el subjetivo o también culpabilidad consiste en la rebeldía anímica del sujeto. Haré referencia a todo lo que concierne a la culpabilidad en el capítulo siguiente.

Por otra parte la punibilidad, que es el merecimiento de una pena, no adquiere en sí el rango de elemento esencial del delito, ya que la pena se merece en virtud de la naturaleza de la conducta realizada. Se debe advertir que no es lo mismo punibilidad y pena; a saber que la punibilidad es parte integrante de la norma en razón de la calidad de la conducta, siempra que ésta por su naturaleza, típica antijurídica y culpable amerita la imposición de la pena; que es el castigo impuesto legalmente por el Estado al sujeto activo garantizando de esta manera el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito. Sin embargo, una actividad o inactividad humana es castigada cuando se le ha calificado como ilícito, pero no se puede considerar delictuosa porque se le sancione penalmente.

El gran maestro Celestino Porte Petit, está en desacuerdo con la idea de la naturaleza de la punibilidad. A tal respecto expresó, "que la penalidad es elementos esencial del delito, en función del Artículo 7o. del Código Penal al definirlo como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exigiendo explícitamente la pena legal". Pero hoy en día el citado profesor -- niega el rango de elemento esencial de delito. Diciendo que la

Ley exige una condición objetiva de punibilidad, su ausencia -- suspende una condición objetiva de punibilidad, su ausencia suspende la posibilidad de punición, lo cual le sirve para confirmar que la punibilidad no es elemento, sino consecuencia del -- ilícito penal. (55)

Ahora bien desde el punto de vista puramente formal y de acuerdo con el sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando se encuentra sancionada por las leyes penales; sin olvidar que la definición del delito prevista en nuestro Código no escapa a la crítica y por otra parte el propio código establece delitos no punibles, por que se trata de las llamadas "excusas absolutorias", para las cuales la designación de delictuosa permanece y la pena no se aplica; por ende, la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo.

Bien por lo que se refiere a las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco constituye, elemento esencial del delito; estas son exigidas por el legislador en algunas excepciones, es decir en algunas condiciones para la imposición de la pena.

Villalobos dice al respecto:

"Esencia es necesidad; es no poder faltar en uno sólo de los individuos de la especie sin que éste deje

(55) Cfr. Porte Petit Celestino.- "IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL". Editorial Porrúa. México. 1954. Pág. 59.

de pertenecer a ella, por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un perjuicio arraigado". (56)

Los elementos esenciales del delito son: Conducta, tipicidad, - antijuricidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como un presupuesto necesario. Cuando se habla de - un punto de vista cronológico, es toda vez que concurren todos estos elementos; es por ello que suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, ya que no aparece primero la conducta, en segundo lugar la tipicidad, y en tercero la antijuricidad, etc., siendo que al realizarse el ilícito se dan todos - sus elementos constitutivos, dándose en un plano lógico, puesto que se procede a observar inicialmente si hay conducta, verificando en un segundo plano si existe emoldamiento al tipo legal; tipicidad; después se verifica si dicho delito se encuentra o - no protegido por alguna justificante, llegando en caso negativo, a la conclusión de que existe la antijuricidad, investigando así la capacidad intelectual y volitiva del agente que daría la imputabilidad y al final se debe indagar si el autor del acto típico, y antijurídico, que es imputable, obró con culpabilidad. Observándose que entre los factores integrantes del delito

(56) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 206

no existe prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica.

Celestino Porte Petit, precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud de que éstos -- concurren simultáneamente al no perderse de vista su indisoluble unidad. Asimismo niega la prioridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y aunque ellos guardan entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto, según su opinión, es hablar de prelación lógica habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederlo el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que -- concorra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aún cuando sí es necesario para que el otro elemento exista. (57)

e) TEORIAS QUE SURGEN DE LOS DIVERSOS CONCEPTOS

De acuerdo a los conceptos que se han mencionado anteriormente - y al número de elementos que integran al delito según diversas -

(57) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL". - Parte General. Ob. Cit. Pág. 103

definiciones, surgiendo como resultado, los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito. Pues bien sólo cabe hablar de dos que son: El unitario o totalizador y el atomizador o analítico. La corriente unitaria o totalizadora, no está de acuerdo que el delito se pueda dividir ni para su propio estudio por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Asienta Antolisei que para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable. (58)

Bettiol, opina que es:

"Una entidad que no se deja escindir, es decir, dividir en elementos diversos. La verdadera esencia, la -- realidad del delito no está en cada uno de sus ingredientes del mismo, ni en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad. Ya que sólo mirando al delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y - orgánicamente homogénea". (59)

Actualmente se ha llegado a hablar del delito como "Estructura",

(58) Castellanos Tena Fernando.- Ob. Cit. Pág. 129

(59) Porte Petit, Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DE RECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 241

esta concepción se basa en que debe ser conocido el delito en su unidad, por comprensión, sin perjuicio de complementar este procedimiento mediante el análisis, sin olvidar el carácter estructural del delito ni la fundamentación unitaria de sentido -- que envuelve al todo y a sus partes y que hace precisamente, -- que el todo sea un todo y las partes, las partes de dicho todo. (60)

Fué criticada severamente esta corriente, por maestro Jiménez de Asúa quien observa que los ególogos dan muestra de un extremismo que nadie ha manifestado en el campo penal, destruyendo los caracteres del delito con una terquedad digna de mejor causa.

La concepción analítica o atomizadora, estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos, considerándolos en una conexión íntima por existir una vinculación indivisible entre -- ellos, por razón a la unidad del delito. En la atomización no se debe perder de vista su unidad, en este sentido cabe recordar el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad sino el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga como base una consideración analítica. (61)

(60) Parte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 242.

(61) Idem. Pág. 241

En el mismo sentido opina en México el maestro Martínez Licona, que si el método unitario o sintético estima el delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cale en sus elementos, tan hondamente como sea posible, para separarlos conceptualmente, incurre en una limitación semejante, bien que de signo contrario, a la del procedimiento-analítico que se dejara arrastrar por desmedido afán de atomizarlo todo y olvidara la gran síntesis funcional que el concepto del delito implica.

Asienta por su parte Cavallo en su teoría en la que dice que:

"El delito debe ser estudiado desde los puntos orgánico general, anatómico y funcional, es decir, es -- obligado estudiarlo antes en su unidad, analíticamente en cada una de las notas o elementos que la componen y, por último, en la organización de éstos en -- las varias formas a través de las cuales pueden presentarse, debiendo ser estudiado por tanto, desde -- los siguientes puntos de vista, imprescindibles y recíprocamente integrados: unitario, analítico y sintético". (62)

Ahora bien, haré referencia de las concepciones que tratan de -- los elementos integrantes del delito, no existiendo uniformidad

(62) Parte Petit, Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 243.

de criterio, por ello es el caso que mientras algunos juristas hablan de un número, otros lo configuran con más elementos; -- surgiendo por tal motivo las concepciones bitómicas, tritómicas tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, heptatómicas, etc., dependiendo el número de elementos que se consideren para estructurar el delito; concepciones que desde la bitómica hasta la -- hexatómica pueden formarse con elementos diferentes. Al hablar de los elementos que integran el delito también es necesario -- mencionar sus factores negativos del mismo. A pesar de haber estimado en las anteriores definiciones del delito se incluyan -- los mismos elementos no esenciales, siendo que se debe de hacer el estudio de ellos juntamente con el de los que sí lo son, para tener de esta forma una idea completa de la materia. Seguiré mos el sistema de Jiménez de Asúa. Por ser el más aceptado a -- nuestro juicio.

ASPECTO POSITIVO

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condiciones Objetivas
- g) Punibilidad

ASPECTO NEGATIVO

- a) Falta de Acción
- b) Ausencia de Tipo
- c) Causas de Justificación
- d) Causas de Inimputabilidad
- e) Causas de Inculpabilidad
- f) Falta de Condiciones Objetivas
- g) Excusas Absolutorias (63)

He aquí el plan de mi trabajo en que me propongo a ilustrar cada uno de los caracteres positivos del delito, y de igual manera -- sus aspectos negativos del mismo.

F) COMENTARIOS PERSONALES

El desarrollo del presente capítulo lo hemos concretado al estudio de la Teoría del Delito. Pudiéndose apreciar como va cambiando el mismo, debido al constante cambio que sufre la sociedad y con ella la valoración jurídica, considerándose cada época al delito de diferente forma pero nunca ha dejado de ser una valoración jurídica. Para algunos autores es una violación a nuestros deberes morales, lo cual es incorrecto ya que los tiempos cambian trayendo como consecuencia acciones injustas y violadoras de nuestros deberes morales que no son delictuosas, así como actos violadores de derechos que no infringen el derecho penal, esto cambia con el tiempo y es obvio que sufra transformaciones porque no se puede estar de acuerdo con conceptos de lo anti-jurídico de épocas pasadas.

Surgiendo así las Escuelas Penales, como un impulso a su formación y al consiguiente mejoramiento sustancial y formal del Derecho Penal, produciéndose la tarea de teorización o explicaciones del Derecho Penal.

Siendo dos corrientes con principios diferentes e ideales diversos, primeramente surge la Escuela Clásica, que desde un punto de vista personal sus principios son muy certeros, ya que el método lógico-abstracto es un método muy eficaz para la dogmática jurídico-penal porque se basa en concepciones racionalistas.

De los clásicos surgió la idea de considerar a la imputabilidad-basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral. Ya que para ellos el hombre es responsable penalmente y no moralmente, debido a su libre albedrío que goza el ser humano. Este principio es muy acorde a la situación que guarda un individuo cuando delinque ya que es libre de dirigirse y hacer lo que mejor le parezca.

Considerar al delito como un ente jurídico y no como un ente de hecho, es correcto porque de él se derivan todas las consecuencias de su sistema de Derecho Penal, fórmula en la que se basan todos los dogmas que integran la Ciencia Penal, fuente de donde emanan las demás verdades del Derecho Penal.

Considerar a la pena como un castigo, como retribución de un mal con un mal. Se acepta porque la pena es un mal que se le impone al delincuente, en retribución del delito que cometió, pero debe de existir una proporcionalidad entre la pena y el delito cometido.

La Escuela Positiva se presenta como la negación radical de la Clásica, porque pretende hacer cambiar el criterio represivo, --

propuesto que esta tendencia pretende extinguir la fundamentación objetiva al hacer que prevalezca la estimación a la personalidad del delincuente. Para los positivistas lo más importante y lo primero que se debe de estudiar es al delincuente, al individuo que comete la conducta delictiva y no al delito, a éste lo estiman como fenómeno natural y social, creen que es preciso estudiar al hombre que cometió el hecho penado por las leyes y el ambiente que lo rodea.

Al hacer referencia de una "Terza Scuola", la cual surgió debido a una pugna existente entre la escuela clásica y la positiva. Surgiendo así una nueva tendencia, que adopta tanto de la escuela clásica como la positiva algunos principios, ella misma no tiene características propias para considerarse como Escuela, sin embargo sus principios son la impunidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre; la naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica y, la pena tiene como fin la defensa social.

El delito ha sido definido desde dos puntos de vista, el jurídico formal y el substancial. Señalándose que para tenerse una verdadera definición jurídica del delito, debe de ser de una manera natural formulada desde un punto de vista del derecho, llevando lo material y formal con ella, la definición más común desde un punto de vista formal es la que el propio Código describe. "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes pena

les".

Es sabido que las definiciones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo pues, no se hace referencia a su contenido por ello se necesita un concepto del delito desde un punto de vista jurídico substancial para que se pueda penetrar en cada uno de sus elementos, es decir hacer un estudio de cada uno por separado para que al tener la estructura de cada elemento se pueda hacer el encuadramiento de cualquier tipo legal de un caso concreto. La conducta que es el elemento esencial del delito, tiene que ser típica, antijurídica, culpable, sometida a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Tomando en cuenta los conceptos del delito y a su número de elementos que ha sido diverso por los autores, y basándose en que el delito se debe de estudiar todo en su conjunto sin poderse dividir en elementos por carecer de división; o en caso de que se estudie por separado cada elemento integrante del mismo, surgen a consecuencia de dicho problema dos sistemas principales para llevar a cabo la solución ante dicho problema, este sistema se divide en unitario o totalizador y el atomizador o analítico.

Siendo el más acorde a lo ya estudiado el sistema atomizador o analítico, ya que esta concepción acepta que el delito se disgregue, es decir que pueda ser estudiado cada elemento por sepa-

rado, por lo que se le ha considerado el más apropiado para el estudio dogmático porque se puede hacer una desintegración de cada elemento para saber como se compone y qué necesita cada uno para que sea considerado como delito la conducta que se realizó, también de esta forma se debe de estudiar el aspecto negativo, porque al no integrarse un elemento positivo surge un negativo no pudiendose entonces considerar a la conducta por delictiva.

Las concepciones que tratan de los elementos integrantes del delito, no existe uniformidad de criterios porque para algunos autores el delito consta de un número determinado de elementos y para otros de otro número, surgiendo la concepción bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, exatómica, heptatómica, para designarlas de tal forma tienen que ver el número de elementos que se consideren al estructurar el delito. En este estudio se tomó como base la heptatómica, constando de 7 elementos positivos con igual número de aspectos negativos.

He tratado de hacer una exposición de mi trabajo, en el cual me propongo realizar un breve análisis de cada uno de los elementos positivos del delito así como de sus aspectos negativos del mismo. Para que se pueda hacer el encuadramiento a cualquier figura de que se trate.

C A P I T U L O I I I

ANALISIS DOGMATICO RELACIONADO CON LA FIGURA
DE ESTE TEMA.

- a) ASPECTOS GENERALES
- b) LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS, SEGUN LOS
TRATADISTAS.
- c) LOS ELEMENTOS RELACIONADOS CON EL TIPO PENAL
- d) LA TENTATIVA EN EL TIPO PREVISTO POR ESTE TEMA
- e) LA PUNIBILIDAD ENCUADRADA A ESTA FIGURA
- f) COMENTARIOS PERSONALES

ANALISIS DOGMATICO RELACIONADO CON LA FIGURA
DE ESTE TEMA

a) ASPECTOS GENERALES

Para entender de una manera clara y precisa las situaciones y la naturaleza jurídica que resultan de cada uno de los elementos integrantes del delito positivos y negativos, se estudiarán en el presente capítulo cada uno, comenzándose con la Conducta, es decir con la acción u omisión, desde luego se hará mención de cada uno de los elementos tanto de la acción como de la omisión, así como los problemas que surgen de acuerdo a su terminología, para llegar a concluir cuándo un delito es de acción o de omisión. De esta manera tendremos el encuadramiento del tipo en cuestión tomando en cuenta la conducta. Siendo obvio que se hable de la ausencia de conducta por ser su aspecto negativo, siguiendo así -- un orden de acuerdo a la prelación lógica. Se debe advertir que no existe prioridad lógica en el aspecto positivo del delito.

Para que nazca el delito se necesitan determinados elementos, los cuales guardan entre sí un orden lógico. Para que exista delito, es necesario una conducta o hecho, según la descripción típica,

debe de existir una adecuación al tipo; después que la conducta o hecho sean antijurídicos y finalmente la concurrencia de la culpabilidad y punibilidad. Es así como para que pueda integrarse la tipicidad es necesario que antes, se de la conducta o hecho; y para que se de la antijuricidad, debe concurrir la tipicidad, no tendría caso hacer alusión a la culpabilidad, si la conducta o hecho no fueren típicos y antijurídicos. Por ello lo correcto es hablar de prelación lógica y no de prioridad lógica. - Por lo que nadie puede negar que para que concorra un elemento del delito debe de antecederle el correspondiente en atención a la naturaleza propia del delito.

Sin embargo cuando llega a faltar la conducta en el caso concreto, estamos ante su aspecto negativo, es decir ausencia de conducta y por consiguiente constituyen la conjetura de no delito. Debido a que se ha admitido una prelación lógica en el aspecto positivo, se produce como corolario que al presentarse un aspecto negativo del delito, no pueden concurrir los restantes elementos del mismo, siguientes al elemento ausente, en apoyo a la mencionada prelación lógica. Es así como se van integrando cada elemento positivo del delito y sus aspectos negativos del mismo. Teniendo cada concepto y sus elementos que lo constituyen a cada uno de dichos elementos que le dan vida al delito.

En este capítulo también cabe hacer mención de la figura de la tentativa y los grados de la misma, puesto que un análisis dogmá

tico también es muy importante la tentativa, porque como es sabido constituye las formas de aparición del delito, es por ello -- su importancia que tiene en la teoría del delito; teniendo su -- concepto, sus formas, y los elementos que la integran se podrá -- hablar de la tentativa en el tipo previsto por este trabajo.

Por último hablaré de la punibilidad, al hacer el análisis de cada elemento del delito se incluye la punibilidad como uno más. Sin embargo hay autores que la consideran como parte integrante del delito, pero para otros no constituye un elemento del mismo, sino una consecuencia de aquél. Al igual que los demás elementos se habló de él en una forma breve y precisa, y después se hizo el análisis dogmático de acuerdo a la punibilidad para encuadrarla a la figura de este estudio.

b) LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS, SEGUN LOS TRATADISTAS.

Como es sabido, el delito es ante todo una conducta humana. Sin embargo algunos juristas para expresar este elemento del delito han usado diferentes denominaciones tales como: acto, acción, hecho; Luis Jiménez de Asúa, utiliza el vocablo "acto" como -- "la manifestación de la voluntad que mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacerlo que se es-

pera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se --
aguarda". (64) El citado autor emplea dicho vocablo de "acto" y
no el de hecho, porque la expresión acto, tiene una acepción más
amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo -
omisión.

Hay quienes opinan como el caso de Carlos Saltelli y Romano Di--
falco, que el acto es un elemento, una parte de la acción, en --
los casos en que ésta no se agote en un acto único en un sólo mo-
vimiento corpóreo. En otras palabras, los actos son segmentos y
partes de la misma acción. Por su parte dice el maestro Antoli--
sei, el acto, no es más que un fragmento de la acción en los ca-
sos en que ésta no se agota en un sólo movimiento corpóreo.

De una manera contraria piensa el profesor Massari, quien rechaza
el término acto como genérico porque para este autor el acto -
tiene valor más lato que la acción o el hecho, porque el acto en
relación al proceso físico, puede reducirse a un movimiento ins-
tintivo, automático irreflexivo del cuerpo humano, mientras que
la acción y el hecho son manifestaciones que siempre y exclusiva-
mente serán gobernadas por la propia voluntad.

Nuestro Derecho acepta el término conducta; de acuerdo a este vo-
cablo se puede incluir de manera correcta tanto el hacer positi-
vo como el negativo, es decir la acción y la omisión. O un hecho

(64) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Ob. Cit. Pág. 210

que viene siendo conducta más resultado. Mostrándose partidario Porte Petit de los términos conducta y hecho para demostrar el elemento objetivo del delito, expresa: no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo. (65)

Al dar la definición de conducta los autores por regla general, tratan de dar un concepto, haciendo referencia a las dos clases de expresión del proceder humano, o sea a la actividad como la inactividad del sujeto.

Para López Gallo, la conducta:

"Es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria o no voluntaria en los delitos culposos por olvido, que produce un resultado con violación:

- a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos
- b) de una preceptiva en los omisivos; y
- c) de ambas en los delitos de comisión por omisión".

(66)

Para poder estudiar la conducta y definirla, se debe abarcar la noción de acción y de la omisión, estimando que consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario "culpa". Deduciéndose si el elemento objetivo del delito, se encuentra constituido

(65) Cfr. Castellanos Tena Fernando.- Ob. Cit. Pág. 147

(66) López Gallo Raúl.- "EL CASO FORTUITO". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 1957. Pág. 99

do por una conducta cuando se trate de un ilícito de mera conducta, o de hecho en el caso de estar frente a un delito material o de resultado, de acuerdo a la hipótesis que se presenta los términos aceptados son la conducta o hecho. Esto nos lleva a la conclusión de que no se puede aceptar uno sólo de dichos vocablos, - en caso de precisar el elemento objetivo o material, pues bien - si se acepta el término conducta no sería apropiado y a la vez reducido en los casos en que hubiera un resultado material, y -- por lo contrario si se acepta el vocablo hecho resultaría excesivo, por comprender además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquella.

Cavallo opina que el hecho en sentido técnico:

"Es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido"

Mientras que Battaglieri considera al hecho en sentido propio:

"Es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado". (67)

Señalándose que existe una cierta diferencia entre la conducta - y el hecho, con respecto a su integración, el hecho se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. Mientras que la conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma

(67) Parte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Editorial Porrúa. 4a. Edición. México. 1959. Pág. 160

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

Ordinariamente por hecho se entiende, lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano con o sin resultado material, debido a que se efectúa en el escenario del mundo, es desde este punto de vista, un hecho. No olvidar que los fenómenos naturales también son hechos.

Entendiéndose por hechos jurídicos "los acontecimientos a los cuales el derecho atribuye ciertas consecuencias. Desde este punto de vista, todo delito es un hecho jurídico. El delito es un extraordinario elemento jurídico que tiene su realización en el mundo social. Es por ello que dentro del mismo derecho penal, se identifica al hecho con el delito mismo, dándosele igualmente una connotación diferente, en sentido restringido como elemento del delito. El vocablo hecho tiene dos significados; uno amplio, que lo considera como comprensivo de todos los elementos que realizan el tipo legal descrito por la norma y otro en sentido estricto o técnico el cual se hizo mención en su definición anterior, refiriéndose solamente a los elementos materiales del tipo.

Por su parte el jurista Antolisei, expresa que el delito es, en todo caso un hecho realizable en el mundo exterior; por consiguiente afirma el autor citado, "existe indefectiblemente, un --

elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en la fase actual de la evolución del Derecho, el delito no será concebible". (68)

Como es sabido antes de un resultado concreto, se da un proceder humano y para llegar a identificar este proceder se debe tomar en cuenta la lógica, dicho proceder puede ser positivo o negativo. En algunos casos al mencionado proceder se le asigna un resultado que en nexo causal viene a configurar el hecho, pues al encuadrar en la hipótesis legal se dice resultado típico. Recordando la prelación lógica incluso utilizándola, primero existirá la conducta o el hecho y después la tipicidad; continuando con la clasificación que se hace sobre la conducta o hechos típicos, ya sea en plano puramente objetivo o en un estado de valoración subjetiva, por último se determinará la integración del delito mediante la suma de la punibilidad a los caracteres anteriores. Hemos venido hablando que son elementos del delito: la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad. Es conveniente precisar desde este momento, que lógicamente corresponde en primer plano, el examen del primer elemento objetivo del delito el cual se identifica con la conducta humana o con el hecho comprende este último, tanto la conducta como su resultado en orden naturalístico, pero condicionado a la -

(68) Pavón Vasconcelos, Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL". Ob. --- Cit. Pág. 182.

referencia típica.

Al hablar del hecho es para designar la conducta, el resultado - y el nexo causal, en cambio el vocablo conducta se da cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, tal distinción nos es de gran utilidad. Debido a que únicamente existe el nexo causal en los delitos de resultado material, siendo estos los de simple actividad o inactividad sólo de resultado jurídico. Al faltar cualquiera de estos elementos que integran el hecho, impedirán el nacimiento del hecho resultando indispensable el nexo causal para poder atribuirle un resultado a la conducta de un individuo.

Después de haber hecho referencia al hecho y a sus elementos. Cabe hacer mención de la acción y la omisión. Ahora bien, en un sentido lato la acción constituye un movimiento corporal que se representa através de una fase externa, por el dominio del cuerpo por medio de la voluntad, como el no hacer o inactividad.

Por su parte Belling, manifiesta que la acción positiva comprende la fase externa e interna, la primera es el movimiento corporal y la segunda la voluntad más el no hacer. Cuello Calón, la entiende como la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado y que comprende lo positivo y lo negativo. De igual criterio es el jurista Maggiore, al decir que:

"La acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer y no hacer algo que produce alguna mutación en el mundo exterior".(69)

(69) Maggiore Giuseppe.- "DERECHO PENAL I". Editorial Téms. Bogotá. -- 1954. Pág. 309.

Considera el penalista Porte Petit, que la acción consiste en la actividad o el hacer, sosteniendo que en su concepto no debe hacerse referencia al resultado material porque a pesar de que es una consecuencia de ésta, no siempre se produce.

Al hablar de acción en sentido estricto, opina Cuello Calón expresando que consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado. Sin embargo el mismo autor recalca que está constituida por actos voluntarios quedando fuera de su concepto los actos reflejos y la fuerza física irresistible. (70)

Con relación a la acción en sentido estricto, los juristas estiman como tal a la actividad voluntaria realizada por el sujeto, haciendo referencia tanto al elemento físico de la conducta como al psíquico de la misma.

Resulta casi unánime que consta de tres elementos:

- a) Manifestación de voluntad
- b) Resultado
- c) Relación de causalidad.

Pavón Vasconcelos no la identifica con el hecho, aclarando que - por éste se entiende no sólo conducta expresada a través de la acción con sus elementos psíquicos sino además el resultado y nexo causal. Por lo que los elementos de la acción son:

- ___ a) Una actividad corporal

(70) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 319.

b) La voluntad y querer realizar dicha actividad y que este elemento se integra en cuatro fases:

- 1) Concepción,
- 2) Deliberación,
- 3) Decisión, y
- 4) Ejecución.

En la acción el sujeto siempre viola preceptos prohibitivos. No se encuentra el fundamento del deber en el hecho mismo, sino cae en la antijuricidad, los deberes de abstención deben estar contenidos en la norma.

La forma negativa de la conducta es la omisión o inacción y consiste en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal. La omisión presenta dos formas:

- a) Omisión simple y
- b) Comisión por omisión.

Cuello Calón expresa que la omisión es una conducta negativa más no toda inactividad es omisión por lo que se puede definir a la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado. Sin embargo para algunos autores "es toda inercia de la voluntad consistente en alguna abstención dolosa o culposa, de la acción material, contraria a la obligación de obrar y que produce una mutación en el mundo exterior". (71)

(71) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 355

Mezger expresa que consiste en un no hacer cuyo fundamento constituye la acción esperada y exigida sin la cual no es posible hablar en sentido jurídico.

Los elementos que integran a la omisión son:

- 1) Voluntad
- 2) Conducta inactiva
- 3) Deber jurídico de obrar; aún cuando no es elemento pues pertenece a la antijuricidad.

Afirma Parte Petit que son:

- a) Voluntad o no voluntad (olvido)
- b) Inactividad o no hacer (consistiendo el primero en el olvido no puede ser omisión un no hacer no querido).

Otros autores señalan como elementos:

- a) Inactividad
- b) Inacción del hacer esperado y exigido
- c) Voluntad de omitir el deber de actuar sea en forma dolosa o culposa.

La esencia de la omisión impropia se encuentra al infringir un mandato de hacer scarres la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstención, produciendose así un resultado tanto típico o jurídico como material.

Para algunos autores la omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo exterior, mediante la omisión de algo que el derecho ordena hacer.

El resultado en la omisión simple será formal o típico, mientras que en la comisión por omisión existe un resultado material a través de la inactividad del agente, Aquí se viola una norma prohibitiva y preceptiva. Se han considerado elementos de la omisión impropia:

- a) Voluntad (no consistente en los delitos de olvido)
- b) Inactividad o no hacer, cuya relevancia se encuentra en la acción esperada y exigida.
- c) Un deber de obrar y deber jurídico de abstenerse que resultan de una violación.

En la omisión impropia no siempre la norma penal es el fundamento del deber de obrar y se impone pasar revista a las críticas elaboradas:

- a) Se afirma que el deber debe surgir del precepto;
- b) Este afirma que el deber es una fundamentación especial de aceptación;
- c) Las críticas anteriores no son suficientes, por lo que existe una tercera que señala que la fundamentación del deber de obrar se encuentra en un hacer precedente. -- Cuando el sujeto actúa ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir una violación de bienes jurídicos con un resultado material antijurídico, nace el deber de él de evitar ese mal.

En los casos de fundamentación del obrar en la ley o deducido de una aceptación desde el punto de vista de la situación de peli--

gro ofrece dificultades en orden a su fundamentación de la responsabilidad criminal que ha de ser examinada en cada caso concreto. Pero no todo precedente de actuar da origen a un deber jurídico de obrar, ya que hay actividades dolosas encaminadas a la producción de delitos. La acción precedente podrá fundamentar el deber jurídico de obrar cuando no tenga carácter doloso. Por ello es que el deber jurídico de obrar se encuentra en la norma penal con el incumplimiento de mandatos de hacer.

Existen algunas diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, a saber:

En la omisión se viola una norma preceptiva, se da un resultado jurídico, la omisión integra el delito. Mientras que en la omisión impropia se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva penal. Se produce resultado tanto material como jurídico. En la omisión impropia es el resultado lo que configura el tipo punible.

Cabe hacer mención del resultado, como elemento del hecho, después se hablará del nexo causal este se da entre la conducta y el resultado ambos son elementos del hecho.

En una amplia acepción el resultado consiste en el obrar u omitir del hombre que produce un conjunto de efectos en el mundo naturalístico. En sentido restringido, al resultado deberá separarse de la conducta para aludir exclusivamente a las modificaciones que la misma produce en el exterior. Para Maggiore, el resultado:

"Es el efecto del acto voluntario en el mundo exterior o más precisamente, la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa". (72)

Similar criterio adopta Battaglini al afirmar que el resultado - lo constituye la modificación del mundo externo producido por la acción positiva o negativa del agente. A pesar de lo anterior, - no todos los efectos de la conducta pueden ser producidos por el hombre, no todos constituyen un resultado para el Derecho Penal, Se puede ejemplificar lo anterior con el homicidio que se ejecuta con arma de fuego, se constata que el efecto inmediato de la acción es el cambio de sitio del gatillo del arma, pero esta tiene un valor secundario para el derecho, lo importante es la muerte de la víctima todos los efectos que se pudieran causar son importantes, en cuanto a la serie causal iniciada por el movimiento -- corporal, pero sólo tiene rango de resultado aquel que jurídicamente hablando se considera relevante para la integración del tipo.

Lo anterior demuestra la diferencia entre efectos naturales y efectos jurídicos de la acción, es importante para constituir el concepto de resultado, tener a la vista el esquema de cada delito. Aceptando lo que dice Maggiore se reconoce que el resultado es consecuencia de la acción, que la ley considere decisiva para la realización del delito.

(72) Maggiore Giuseppe.- Ob. Cit. Pág. 205

Otro concepto importante es el de Liepmann, cuando expresa "que hay resultado siempre que se ha verificado un cambio que lógicamente corresponde en su presupuesto y en sus consecuencias a los requisitos de un contenido de delito bien concreto y determinado. Con un sentido diverso y en atención a la mutación causada se habla de un resultado material o formal, este último debe entenderse en forma diversa de la concepción naturalística o sea como un cambio en el mundo jurídico." (73)

En tanto que el resultado material sólo atiende a la transformación del mundo exterior que se produce como consecuencia de la conducta del hombre recogida por la ley e incorporándola al tipo. La aceptación de cualquiera de las dos posturas lleva a resultados diversos. De aceptarse el criterio material tendría que reconocerse que no todos los tipos exigen mutación en el exterior y si se adopta lo formal se quedaría sólo en la lesión de un interés jurídicamente tutelado.

Antolisei critica a Vanini que identifica el resultado con el daño, ya que si el resultado se identifica como efecto de la acción, existe imposibilidad de considerar como resultado todo efecto natural de la acción. Por lo que este autor indicó que el resultado es el efecto natural de la acción que es relevante para el derecho penal. Esta concepción es compartida por Maggiore que manifiesta que el resultado es un efecto pero habrá que agregar-

(73) Porte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 186.

le que ese efecto es conforme al tipo descrito en la ley.

Es preciso que se haga mención del daño y resultado, se le debe considerar como la consecuencia de la conducta y por tanto, elemento del hecho cuando el resultado trae una mutación del mundo de naturaleza material. En ausencia del resultado material la -- conducta y violación del ordenamiento jurídico, agotan ese elemento objetivo del delito, sin implicar que haya delitos sin resultado.

Si es aceptado que en los delitos de resultado material coexiste el resultado jurídico, el problema es aclarar que si partiendo de la base de la imposibilidad de construir un concepto de resultado sin atender al esquema legal, tal resultado debe identificarse con la lesión o peligro de daño al bien jurídico tutelado.

Vanini dice que el delito es la lesión o amenaza de lesión del bien o interés protegido. Sin embargo al estar ante la presencia de dos resultados no se puede aceptar la anterior tesis sin restricciones en virtud de que se confundiría el resultado con el daño, pues se trata de conceptos distintos, pues una cosa es lesionar el interés jurídico, que desde el aspecto causal se debe poner en relación con el delito tomado en conjunto, que el daño es producto del delito y no de la acción humana solamente; y -- otra cosa es el efecto natural de la acción que modifica el mundo exterior causado por el movimiento corporal.

Es por ello que en los delitos sin resultado material consisti--

ría el resultado en la lesión del bien o interés y por lo tanto el daño que producen, resultante de la violación del ordenamiento jurídico resultado convincente, con el material en aquellos delitos productores de efectos naturales de orden material según la descripción del tipo. El daño puede recaer tanto en el mundo material y no sólo en el jurídico, la privación de la vida, implica la destrucción de la existencia como bien personal protegido por la norma y en este caso el daño tiene doble acepción, una enfocada a la protección penal y otra que implica el efecto natural de la conducta en un proceso causal al cual ha querido referirse la ley y constitutivo a la vez del objeto de protección jurídica.

Ahora hablaremos del peligro como resultado. La diferencia entre ambos resultados es visible cuando la conducta consiste en una situación de peligro en tales casos el peligro constituye el resultado de la actividad o inactividad. Desde el punto de vista al orden jurídico, el resultado es la lesión efectiva al ordenamiento jurídico pues lo que se protege son ciertos bienes y la sola situación de peligro en la que se les coloca produce el resultado jurídico como daño efectivo a la protección penal.

De acuerdo a la teoría moderna el concepto de peligro va unido al de probabilidad, el peligro no se reduce a una simple probabilidad sino se concreta a una situación de realidad a un estado de hecho que se llama situación o estado de peligro. Por lo que Pavón Vasconcelos lo define como el estado de hecho que lleva con-

sigo la probabilidad de un suceso dañoso. (74)

El tercer elemento integrante del hecho es el nexo causal que entre la conducta y el resultado se da éste, siendo los tres elementos los que integran al hecho. Con la ausencia de cualquiera de estos elementos impide el nacimiento del hecho. Por ello resulta indispensable el nexo causal para atribuirlo a la conducta del hombre. La distinción entre resultado jurídico y material -- conlleva a señalar que sólo existe el nexo causal en aquellas -- conductas de resultado material, pues sólo tiene vivencia tal fenómeno en el mundo naturalístico y no jurídico, este concepto es lógico y no jurídico por constituir una forma del conocer que debe ser entendida como categoría, esto es, una posición de la actividad del pensamiento por medio del cual se trata de entender las conexiones dentro del mundo de la experiencia como expresa -- Mezger es un concepto que supone una referencia, una conexión entre dos procesos.

Ranieri lo define como la:

"Relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como a su causa". (75)

Maggiore dice que el concepto acción, sugiere la idea de una re-

(74) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 210.

(75) Porte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 119.

lación existente entre la conducta (positiva o negativa) y el resultado y aquélla produce un cambio en el mundo exterior.

Para Jiménez de Asúa, el resultado sólo puede ser incriminado si existe un nexo causal o relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido, existiendo cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad sin que deje de producirse el resultado concreto. El autor citado se basa en la aceptación de una teoría concreta, en el carácter causal de la condición identificada con el acto humano pues es prueba negativa, hipotéticamente verificada, confirma el valor causal de todas las condiciones concurrentes al resultado.

Siendo las teorías más importantes sobre el nexo causal las siguientes:

- a) Teoría de la Equivalencia de las Condiciones.- Creada por V. Buri, fué reestructurada, tomando como base el concepto causalidad de Stuart Mill y que según Mezger es inexacto en virtud de que Buri no tenía conocimiento del pensamiento del filósofo inglés. Según esta teoría por cause se entiende como la suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como todas aquellas condiciones equivalentes entre sí por tener el mismo valor causal cada una de ellas, a su vez debe considerarse como causa del resultado.

De acuerdo a esta teoría el maestro Porte Petit, tiene una confusión ya que para esta teoría toda condición es causa del resulta

do y el conjunto de todas las condiciones provocan el resultado. Esto parece un error pues las dos se complementan de una u otra forma. Así pues, tal teoría afirma que el carácter equivalente de todas las condiciones, lo conforman el mismo valor causal en relación al resultado y que la falta de cualquiera impediría el evento, por lo que sólo puede verificarse con el concurso o suma de todas.

Desde el punto de vista lógico es irreprochable, según Mezger la ciencia del Derecho y más el penal tiene que partir del concepto lógico-causal de la "conditio sine qua non", pero resulta fallido al pretender extenderse al fundamento de la responsabilidad, pero que actualmente las salas criminales considera al "sine qua non" del resultado concreto, no sólo como causa en el aspecto lógico causal sino también se fundamentó en la responsabilidad del agente. Tal y como fué concebida y además aplicada en los tribunales resulta inexacta, al considerar como causa a las condiciones más remotas, extiende la responsabilidad a conductas que deben estar fuera del Derecho.

Según Pavon Vasconcelos, dice que dentro de un concepto lógico-causal toda condición tiene naturaleza de causa pero ya no admite que se pretenda dar la equivalencia de condiciones en alcance indebido hasta la culpabilidad.

Jiménez de Asúa expresa que es exacta la teoría de la "conditio sine qua non" como concepto teórico causal, pero no así cuando con ella se pretende resolver la responsabilidad.

Por lo que han aparecido correctivos fundamentados en la culpabilidad. El correctivo de la culpabilidad ha querido limitar las consecuencias para aclarar la responsabilidad mediante el concurso de dolo o culpa, con lo cual quedó circunscrito a sus justos límites. El correctivo de la prohibición del retroceso, se prohíbe en la sucesión de condiciones causales ante la actuación dolosa de un tercero.

La solución correcta la de la propia teoría en un orden puramente lógico causal, sin admitir sirva de fundamento para la responsabilidad. Por lo que Petit dice que la relación de causalidad, es el nexo que existe entre un elemento del hecho y una consecuencia - del mismo. Por lo que su estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito independientemente de cualquier otra consideración. Es decir debe darse por existido el hecho elemento -- del delito cuando así lo exija el tipo. Con el estudio del elemento del hecho se resuelve únicamente el problema de la causalidad material, que es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otra, comprobar el nexo naturalístico entre la misma conducta y el resultado, es decir para que un sujeto sea responsable no basta el nexo naturalístico, sino además una relación psicológica entre el sujeto y resultado que es función de la culpabilidad y que constituye un elemento del delito. Por lo que no se puede admitir que la culpabilidad constituya correctivos, por ser un elemento del delito.

b) Teoría de la Última Condición o de la Causa Más Próxima.

Esta teoría del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa, la última de ellas, es decir la más próxima al resultado, desecha el valor causal de las demás condiciones mediatas.

Esta teoría en la práctica puede dar solución aunque no es aceptada universalmente. Si resulta difícil determinar qué causa es la última a ella habría que agregarse, que en muchos casos al que es causa mediata de un hecho es a quien se considera como responsable de él. A esto se le podría agregar que niega las concausas y no resuelve el problema de la participación.

- c) Teoría de la Condición Más Eficaz (Birkmeyer).- Se apoya en un criterio cuantitativo, pretende que tendría valor causal aquella condición que en el conflicto entre fuerzas antagónicas desplegara eficacia preponderante. (76)

Si esta corriente es aceptada, tendrían que suprimirse las causas concurrentes, con exclusión del problema de la participación de varias personas en la comisión del delito. Puesto que conforme a esta teoría debe considerarse como causa más eficaz a aquella más contribuida.

- d) Teoría de la Adecuación.- V.Bar, pretendió restringir el concepto de nexo causal al campo jurídico. Conforme

(76) Cfr. Mezger Edmundo.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Editorial Revisitas de Derecho Privado. Madrid. 1955. Pág. 205.

a ella es causa en la producción del resultado no toda condición sino aquella apropiada para producirlo.

(77)

La Teoría de la Adecuación combate la causalidad material y la reduce al campo jurídico, se destaca dentro del conjunto de condiciones concurrentes, aquella que es más adecuada, con exclusión de la irrelevantes, se convierte en una teoría individualizadora. La causa más apropiada sería aquella que produce regularmente el resultado, es decir la idónea de la que se deduce que no tendrán carácter de condición, causas aquellas que no fueran idóneas.

Pues bien, si las condiciones adecuadas son probables productoras tiene valor causal. Kries, dice que son desde el punto de vista del sujeto. Mezger expresa que se confunde el límite entre causalidad y culpabilidad Rumelin para apoyar a Kries elabora un punto de vista objetivo consistente en el pronóstico posterior que debe hacer el observador sobre la probabilidad y culpabilidad de la condición-causa, pero el criterio objetivo obliga a tomar en consideración todas las condiciones que ya existían en la acción humana.

(77) Cfr. Maggiore Giuseppe.- Ob. Cit. Pág. 324

Treager posteriormente formula la teoría de la circunstancia generalmente favorecida pretendiendo fundamentar la base de la probabilidad en la experiencia del hombre al realizar la acción. -- Destacando Forte Petit los méritos de esta teoría los cuales son:

- a) Limita los excesivos alcances de la teoría "sine qua non";
- b) Que sigue siendo la que mejor encaja a la tipicidad y culpabilidad, siendo favorable la apreciación conjunta de tales elementos del delito:
- c) Que tiene plena vigencia en los delitos cualificados -- por el resultado en la determinación de conceptos de peligro, tentativa imposible, estado de necesidad así como la delimitación de delitos culposos, precisar los delitos de omisión y la distinción objetiva entre autoría y complicidad. Sin embargo esta teoría también tiene -- sus críticas: siendo tres de ellas que deja impune aquellos casos en que la condición causal no es más adecuada, por no producir regularmente el resultado; confunde la causalidad material del delito, con el problema de la culpabilidad del sujeto; que aplica la idea de la posibilidad, donde ésta no existe realmente, sino donde se presenta la realidad del acontecimiento, introduciendo

do elementos extraños, tales como la antijuricidad e --
imputabilidad.

- e) Teoría de la Causa Eficiente.- Su iniciador fué Stoppato señalándose en esta corriente que dentro de las condiciones, contribuyentes al resultado sólo tiene valor la condición decisiva, la del criterio de eficacia que se distingue de su base cualitativa en razón de la teoría de la causa eficaz.

Posteriormente Stoppato pretendió evolucionar y trata de distinguir entre condición causa y ocasión, dándole carácter de causalidad a aquella fuerza del ser que con su acción produce un hecho. Conforme a este criterio Battaglini, define a la causa como el antecedente que se vincula ítimo y posteriormente con el efecto querido.

Cavallo, la define con el precedente que lleva en sí la eficacia para producir el resultado. Porte Petit opina que la sola forma de darse la teoría da base a su crítica. La distinción de causa y condición no deja de ser importante, pero el criterio de eficacia no se sustentó en una base sólida.

- f) Teoría de la Causa Humana Exclusiva.- Su creador Antolisei, en esta teoría se afirma que sólo en la esfera del actuar del hombre y en las condiciones de poner en juego sus facultades de conocer y querer que pueden -- considerarse como eventos producidos por la causa humana o por haberlas querido, o no y no las evitó. Los ag

tos fuera de la esfera del hombre no pueden ser atribuidos a él.

Los elementos de la relación de causalidad son:

- a) Positivo consistente en la acción humana que da vida a una condición del resultado.
- b) Uno negativo el cual consiste en la exclusión de factores excepcionales en la producción del resultado.

A esta teoría se le reprocha no haber establecido el criterio de cuando se está en presencia de factores excepcionales.

Cabe hablar en este tema de la causalidad en la omisión, las críticas que ha tenido y teorías elaboradas. Este problema se ha --querido trasladar a la omisión y más específicamente a la omisión impropia, así pues la problemática es determinar cuando el agente con su inactividad produce el resultado material y se encuentre el nexo causal. Existen diversas soluciones al respecto:

Teniendo fundamento la casualidad en los delitos de omisión cuando expresa que el sujeto dejó de hacer lo que se le prescribe pero que necesariamente actúa de otra forma, por lo que la casualidad consistirá en esa acción paralela a la omisión se le denomina la teoría del otro hecho.

El Gran Krug y Merkel, quieren encontrar el fundamento en la acción precedente y señalan que el que omite algo se ha puesto en la acción positiva, en la situación de no hacer nada por impedirlo.

El maestro Binding habla de interferencia y afirma que en la causalidad hay interferencia entendiéndose que con ella el omitente ha dominado el impulso que le compelia a actuar produciendo la contracorriente. No es aceptado por que la acción precedente es esencial de modo alguno en los delitos de comisión por omisión, la existencia de una conducta querida por el sujeto y acepta que la omisión no es causal debido al resultado sino que en la omisión la causalidad es jurídica.

Por su parte Mayer niega que los delitos de omisión sean contrapartida de los de acción. Explica que hay un mal entendido en el manejo del lenguaje pues la idea de que el mundo es un ser objetivo que no debe de ser alterado. Pero sí se comprende al mundo como un proceso, éste nunca es inactivo. Aunque se puede establecer distinción entre hacer y omitir.

Por ello Mezger se basa en el fundamento de todo delito de omisión lo constituye la acción, es esperada y sin esta acción no es posible hablar de omisión en sentido jurídico. El problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión, aparece planteado exactamente en las mismas formas que el hacer activo, sólo que no en referencia a la omisión como tal, sino como acción positiva.

Pavón señala que la solución de la causalidad en la comisión por omisión se encuentra en la omisión. Coincide con Mezger al señalar que la acción esperada adquiere relevancia jurídica la omisión, pues ésta no consiste en hacer nada sino en dejar de hacer

algo que la norma espera. Pero difiere al no aceptar que el problema de la causalidad se plantea en referencia a la acción positiva esperada y a su resultado. El mismo autor señala que la omisión es causal respecto al resultado y es la propia omisión la -- que constituye la condición causal por ser " conditio sine qua -- non " del evento. Por lo que la causalidad en la omisión impropia debe construirse necesariamente en referencia a la propia omisión y no en la acción esperada que convierte el no hacer en relevante para el Derecho.

Destaco que en este tema es de suma importancia hablar del sujeto de la conducta.

Fué a partir del siglo XVIII, concretamente desde la Revolución Francesa, el espíritu unidividualista penetró en definitiva en el Derecho trayendo como consecuencia, la responsabilidad penal, la cual se volvió personal. Así fué como se estimó que sólo el hombre es sujeto del delito porque es el único ser racional, que sólo el hombre tiene capacidad para delinquir. Solamente la persona individualmente considerada, puede ser penalmente responsable porque sólo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad que son las que constituyen la base de la imputabilidad.

Es obvio que sólo la conducta humana tenga relevancia para el Derecho penal. Tanto la acción como la omisión deben corresponder al hombre, ya que únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; por ser el único ser capaz de voluntariedad. Se considere sujeto activo aquél que realice la conducta o hecho,

típico, antijurídico, culpable y punible, se observa de esta manera que se puede considerar como autor material del delito, o en su caso cuando sólo participa en su comisión. Es importante que se precise que los sujetos constituyen un elemento primordial del tipo porque se encuentran ubicados en los extremos de la conducta típica en cuanto el uno lo pone en ejecución y el otro es titular del bien jurídicamente protegido que resulta vulnerado. Esa posición que dichos sujetos ocupan en el tipo que de ella se exigen, dan lugar a distinciones que es necesario puntualizar ya sea en relación con el agente, respecto del sujeto pasivo.

ahora bien, se entiende por sujeto pasivo, a la persona titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. El hombre individual cualquiera que sea su edad, sexo, estado mental, cualquiera que sea su situación jurídica durante su vida. No existe ninguna íntima relación entre el sujeto pasivo y el ofendido siendo este último la persona que resiente el daño causado por la conducta delictiva.

Pueden ser sujetos pasivos; el Estado, la colectividad social es de todo delito especialmente de aquellos que atentan contra su seguridad. El Estado puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva.

Como en el ámbito jurídico al decir que el hombre puede ser sujeto del delito, sin embargo hay que aclarar si sólo se refiere al hombre individual o cuando reunidos con otros hombres constitu-

yendo de esta forma una persona moral. Pues en efecto sólo la -- persona individual puede ser responsable penalmente ya que sólo en ella se da la unidad de conciencia y voluntad, entendiéndose -- por voluntad la potencia y facultad de querer, virtudes que sólo son posibles en la persona física. Siendo imposible e inadecuado imponer penas a las personas morales.

Gierke señala que las personas morales poseen una existencia --- real, no son seres ficticios, sino personas reales con conciencia y voluntad propia, distintas e independientes de la voluntad de los que la componen con derechos y deberes distintos a los de -- sus miembros. Sin embargo este criterio no puede ser aceptado, - ya que para que pueda existir una persona moral, es necesario -- que haya voluntad y conciencia de las personas físicas, sin las cuales la persona moral no podrá existir. Siendo las personas fi sicas que pueden representar a la persona moral en su totalidad son los administradores, gerentes, y directores. En sí no podrán ser sujetos activos de delitos por carecer de voluntad propia, - independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito.

Carrancá y Trujillo, da su crítica sobre la responsabilidad penal de las personas morales, en tal sentido dice; la imputabilidad de dichas personas nos llevaría a prescindir de la persona - física que le dió vida, como sujeto sancionable; por otro lado - la pena que se le aplicase a las corporaciones se reflejaría sobre todo sus miembros, sean culpables o inocentes.

Continuaremos con los objetos del delito, se habla de objetos -- porque en la doctrina se distinguen dos clases de ellos, el objeto material y el jurídico, este último se entiende el bien jurídico tutelado por la ley penal mediante la amenaza de sanción, - es dable decir que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir éste su ausencia. El material será la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debe confundirse con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones éste último puede al mismo tiempo constituir el objeto material. Villalobos dice: el objeto jurídico "es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito" (78)

De acuerdo a la conducta y al resultado el delito se puede clasificar:

- a) Delitos de Acción.- Cuando se manifiesta através de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales es el caso del homicidio.
- b) Omisión.- La conducta consiste en una inactividad en un no hacer voluntario. Una omisión del deber se traduce en una inactividad.
- c) Delitos de Omisión Mediante Acción.- Se ha negado la existencia de tales delitos en virtud de que no se puede hablar de una omisión mediante una acción previa.
- d) Delitos Mixtos de Acción y Comisión.- Se expresa cuando

(78) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 269.

estas dos formas aparecen y son cooperantes para la producción del evento, según Pannain, si este es requisito por el tipo penal y agrega Pavón Vasconcelos para -- agotar la pura conducta.

- e) Delitos Sin Conducta (de sospecha).- También se ha negado la existencia de delitos sin conducta, ya que es un elemento esencial del tipo. Manzine habla de estos, --- cuando no es requisito del tipo la existencia de una -- conducta positiva o negativa. Estos consisten según se pretende en una simple situación bajo la cual se coloca el sujeto, configurativo del hecho incriminado por la ley, vagancia y malvivencia. Se adhiere a Parte Petit y señala que no es posible la existencia de delitos sin - conducta.
- f) Delitos Doblemente Omisivos.- Es una variante de la Anterior.- En los cuales se viola un mandato de acción y uno de Comisión al no realizar un evento que debe ser - producido omitiendo el mandato de acción.
- g) Delitos Unisubsistentes Cuando la Acción se Agota en un Solo Acto.- Será Plurisubsistente cuando la acción - requiere para su agotamiento varios actos. Esta clasifi cación sirve para distinguir de los delitos de tentati va o de los carentes del proceso ejecutivo, así como pa ra resolver el problema de tiempo y lugar de la comisión del delito. Se considera que los delitos unisubsistentes

no son susceptibles de tentativa abuso de confianza, - sin embargo el robo admite la tentativa por lo que este criterio no es absoluto. Al hacerse referencia a -- los delitos unisubsistentes, los cuales se constituyen por un sólo acto que es la acción, los plurisubsistentes por una acción que se constituye por varios actos.

- h) Delitos Habituales.- Entendiéndose tales el constituido por diversos actos cuya comisión aislada no se juzga delictuosa. Por su parte expresa Parte Petit que -- existen delitos habituales cuando el elemento objetivo está formado por varios actos habituales de la misma especie y no constituyen delitos por sí mismos.

esta clasificación consta de los siguientes elementos:

- 1.-Una acción formada por una repetición habitual de - varios actos
2. Actos repetidos deben ser de la misma especie.
3. Cada uno de los actos realizados no constituyen delitos.
4. La suma de todos es lo que constituye el delito.

Siguiendo con las clasificaciones veremos de acuerdo al resultado, la siguiente:

- a) Delitos Instantáneos.- La acción según Castellanos Tena se perfecciona en un sólo momento, para Pavón Vasconcelos, es aquel en el cual la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente. Es delito

instantáneo cuando la consumación se agota en el momento mismo en que se han realizado todos los elementos constitutivos, esta definición atiende al criterio de consumación. Los elementos de acuerdo a esta definición son:

- a) una conducta;
- b) una consumación y agotamiento instantáneo del resultado.

- b) **Delitos Instantáneos con Efectos Permanentes:** Son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas.

Expresa Soler, que hay delitos instantáneos tanto en su acción como en sus efectos y serán aquellos que detrás de su momento consumativo no dejan más alteración que la lesión jurídica aún no reparada por la condena y con efectos permanentes en los cuales lo que permanece no es un mero efecto del delito sino el estado mismo de consumación.

- c) **Delitos Permanentes o También Denominados Continuo o Sucesivo:** Será permanente el delito de consumación indefinida, el delito que dura cuyo tipo legal continúa realizándose hasta que interviene una causa que lo hace cesar. (79)

(79) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL". - Ob. cit. Pág. 236.

Es permanente cuando la acción delictiva misma que -- permite, por sus características que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que es permanente o -- continuado cuando todo momento de su duración puede -- imputarse como su consumación, cuando este no se puede dar hablamos del instantáneo con efectos permanentes.

De las definiciones se desprenden los siguientes elementos:

Una acción u omisión, y

Una consumación duradera de un estado antijurídico.

Porte Petit alude a la consumación duradera con tres fases:

- a) Momento inicial del bien jurídicamente tutelado;
- b) Momento intermedio que comprende la comprensión del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico.
- c) Momento final cesación del estado antijurídico. - En este delito existe un período de consumación durante el cual todo el delito se está consumando.

En cierta apariencia el delito tiene una quietud o negativa, el agente no realiza posteriores acciones, no hay una segunda infracción.

Esta idea dió origen a la concepción bifásica del delito permanente según hay dos fases una activa en los delitos de acción identificada con el movimiento corporal que agota la actividad típica; y otra omisiva consistente en la no remoción por parte del agente del estado antijurídico creado con su acción. Frente al anterior criterio surge una concepción monofásica que ve en él, una acción u omisión cuyos efectos se prolongan en el tiempo por continuarse la violación del bien jurídico. Quien hace cesar el estado antijurídico puede ser el sujeto activo, pasivo o tercero.

Es interesante e importante en qué momento se consuma el delito permanente. Para algunos el momento consumativo es aquel en que tiene lugar la comprensión del bien jurídico. Este criterio es inaceptable porque se desconoce que la consumación continuará después de iniciada la comprensión, otros dicen que tiene lugar cuando cesa esa comprensión, pero olvidan que ya ha cesado dicha situación. Otros más, sostienen que no hay momento, sino que hay un período consumativo que va desde el inicio, hasta la cesación y por lo tanto en ese período se está consumando. Se aborda la existencia o no del período y que sirve para aclarar el tiempo y lugar de comisión, cuando empieza a correr el término de prescripción, la competencia del tribunal y el carác-

ter en el cual interviene un tercero.

Si se afirma la existencia de un período, es indudable que el término no corra mientras perdure el período, - la intervención de un tercero después de la consuma- ción de un delito instantáneo de origen al encubrimien- to. En el delito permanente dicha intervención coinci- den al período consumativo no integra la figura del en- cubrimiento, aun cuando se haya realizado la acción u omisión sino un concurso eventual de sujetos o partici- pación criminal, pues al delito se estaría cometiendo y en tal virtud se estaría participando en su consuma- ción. Por otra parte en el delito permanente es posi- ble la legítima defensa después del acto inicial de -- consumación pues todos los momentos son igualmente an- tijurídicos.

- d) Delitos Necesariamente Permanentes: Es aquél que re- quiere para su existencia una conducta antijurídica -- permanente.

Esta clasificación atiende a la naturaleza del delito- el cual requiere una forma necesaria, la persistencia- del estado antijurídico representado por la compren- sión del bien, este criterio es compartido por Maggio- re y Pannain, el primero afirma que la permanencia es necesaria, si la prolongación indefinida de la acción- ha sido supuesta por la ley como elemento esencial del

delito, el segundo es absolutamente una actividad positiva o negativa prolongada por más o menos tiempo largo. (80)

- e) **Delitos Eventuales Permanentes:** Contrario a lo que sucede en el necesariamente permanente, este no requiere de una permanencia de la consumación. Son aquéllos en los cuales la persistencia no es requerida para la existencia del delito, pero si realiza, existe un único delito y no delitos en concurso o continuidad. Algunos autores⁸⁰ consideran que la permanencia no es indispensable, pero si se verifica no da lugar a multiplicidad de delitos sino uno sólo.
- f) **Delitos Alternativamente Permanentes:** En los cuales se descubre una conducta culpable completamente diversa de otra. Ejemplo el delito de rapto instantáneo si el agente pone en libertad al sujeto pasivo, permanente si la retiene. No se puede admitir dicha clasificación, ya -- que sólo hay delitos instantáneos, sólo en forma eventual puede convertirse en permanente o en necesariamente permanente.
- g) **Delitos Formales y de Resultado:** Serán formales los de simple actividad los cuales se agotan con el simple ha-

(80) Efr. Parte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DE RECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 247.

cer o el omitir del sujeto, por el contrario cuando se hace necesaria la mutación material del mundo externo se habla de resultado material.

Maggiore al referirse a esta cuestión afirma que el delito material es el que no se consume, sino al verificarse el resultado material, el formal se perfecciona con la simple acción. Esta distinción es práctica su utilidad dado que el propio Maggiore argumenta que en los materiales aparece la tentativa para desarrollarse a través del inter criminis, en los formales no.

- h) Delitos de Peligro y Delitos de Daño o Lesión: Se identifican a los delitos de peligro que son aquellos que cuyo hecho constitutivo no causa daño efectivo y directo en intereses jurídicos protegidos pero crea una situación de peligro, pudiendo aparecer un resultado perjudicial.

Los delitos de lesión, serán los que consumados causan un daño efectivo y directo en el bien jurídico protegido por la norma.

Es relevante precisar el lugar y el tiempo de la comisión del delito, para la solución de diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley penal en los ámbitos espacial y temporal ya que así se tendrá una visión cuando una conducta o hecho haya tenido lugar en el territorio de la aplicación o bien cuando los

hechos son o no son punibles.

Esto habrá de influir en la operancia de algun aspecto negativo que permita el funcionamiento de causa de justificación, inimputabilidad o inculpabilidad. La operancia de las justificantes las hay cuando opera el consentimiento del ofendido debiendo extenderse su funcionamiento en aquellos casos en que se exterioriza el consentimiento. Una vez realizada la actividad pero antes de la producción del resultado. (81)

La determinación de la imputabilidad y culpabilidad sólo es posible con referencia al tiempo en que tiene lugar la actividad. Recordando lo que dice Mezger sobre la importancia de la capacidad del sujeto al realizar la acción y la intrascendencia de la imputabilidad surgida posteriormente. Por ello se destaca la importancia de lugar y tiempo del delito en la solución de los siguientes problemas:

1) Lugar

- a) Para saber si el hecho es o no punible en el territorio en el cual tiene obligatoriedad la ley penal.
- b) Precisar la competencia de los tribunales locales.

2) Tiempo

- a) Para dilucidar si es o no aplicable la ley vigente.

(81) Cfr. Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 321-322.

- b) Para fundamentar, la antijuridicidad, la imputabilidad o la culpabilidad.

Al dar tratamiento distinto a ambos casos, implica necesariamente su ubicación en lugares distintos de la sistemática de la Ciencia Penal.

Bettiol, dice que la primera forma parte del capítulo de aplicación de las leyes penales y la segunda con la sucesión de leyes penales, la mayoría pretende dar un tratamiento unitario tanto a la solución del problema de lugar y tiempo y a su ubicación dentro de la sistemática del derecho. Por lo que se ha abordado el estudio del tiempo y lugar del delito precisamente a continuación de la conducta o hecho por considerarlo el sitio correcto de su ubicación.

Existen algunas teorías que tratan de determinar el lugar y precisar el tiempo de la comisión del delito siendo estas:

- a) Teoría de la Intención.- Pretende determinar el lugar de la comisión del delito tomando en cuenta lo que dice Mezger el querer del sujeto o sea el lugar donde el sujeto ha tenido la intención de que el delito se produzca el cual deberá tomarse en cuenta para la aplicación de la ley, excluyéndose los lugares donde no está comprendida la intención.
- b) Teoría de la actividad.- Para esta es determinante la acción ejecutada el movimiento corporal que se exteriorizara. Es útil respecto a la validez tempo-

ral de la ley penal y encuentra plena vigencia en el "nulla poena sine lege". Para precisar el tiempo de comisión; interesa aclarar la total acción respecto a la punibilidad de la misma, pues no se trata de -- cuestiones referentes a la determinación de lugar -- sino de cosas que aparecen en el más estrecho vínculo con la punibilidad de la conducta. La determinación de la imputabilidad y aún de la culpabilidad es posible con referencia al momento en que el agente -- ha realizado su actividad.

- c) La Teoría del Resultado.- Esta se refiere al lugar y tiempo de la ejecución, es cuando se produce el resultado material exigido por el tipo legal. Tratándose de los delitos materiales es inobjetable por la -- mutación que se produce, pero no así en los delitos formales y en la tentativa en la cual el proceso requiere de actividad, pero también la no realización del evento por causas ajenas a la voluntad. Igualmente en aquellos delitos en que se producen varios resultados, por el conflicto que surgiría entre varias jurisdicciones, o bien porque alejarse la conducta ésta no era delictuosa, pero al producirse el resultado, sí.
- d) La Teoría de Efecto Intermedio.- Resulta adecuado el efecto intermedio entendiendo por tal, el resultado

inmediato productor de la lesión al bien tutelado; Mezger lo considere inapropiado o arbitrario porque pretende excluir en el proceso de la determinación local de la acción los resultados posteriores, pero pertenecientes al tipo.

- e) Como última teoría tenemos a la unitaria o de la --ubicuidad. Llamada mixta o de conjunto, por pretender resolver el problema al señalar que el lugar y tiempo el delito se pueda cometer, en los cuales ha tenido verificativo la actividad sea parcial o total, como en los que se produce el resultado y pretende resolver tanto la aplicación de la ley, competencia y prescripción atendiendo en ocasiones no al total desarrollo de las características típicas del hecho sino a una o varias de ellos. Conviene señalar que esta teoría fué aceptada en el anteproyecto de 1958 del Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 5.

Mezger dice que no es posible adoptar una posición generalizada y uniforme para todos los casos, que sólo es posible presentar soluciones en orden a los diversos problemas concretos. (82)

(82) Cfr. Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 323.

En la omisión, la violación es a un deber de obrar, siendo el lugar y el tiempo en que se comete el delito cuando el deber es exigible legalmente. En los delitos de comisión por omisión cuya esencia radica en la violación de dos deberes con producción de un resultado material. Quedando determinado el lugar y el tiempo atendiendo al resultado exigido por él.

Porte Petit, resume y expresa que son dos corrientes las que pretenden resolver el problema en la omisión: una propone idéntico criterio para resolver la omisión y la comisión por omisión. La segunda adopta diversos criterios diferenciando ambas formas. Con respecto a la primera adopta como solución el lugar y tiempo de la conducta esperada y exigida. La segunda distingue entre omisión simple para la cual debe estarse en lo esperado y exigido, en la comisión por omisión, se tienen dos criterios distintos, uno que sostiene que el tiempo y lugar son los dos en donde se produce el resultado, el otro identifica la omisión con la acción misma, afirma que el tiempo y el lugar son aquéllos en que se realiza la actividad.

La tentativa es un principio de ejecución sin llegar a la consumación por causas ajenas, es eficaz el criterio de la actividad con indiferencia sobre el tiempo y lugar, en los cuales se termina que producir el resultado, donde se encuentra exteriorizada la conducta ahí se encuentra el principio de la tentativa.

Al contrario de los delitos instantáneos donde el tiempo y lugar se determina de acuerdo a la actividad, si son formales, o

de resultado en los permanentes cuya naturaleza es un período - prolongado de consumación se toma en consideración todos los lugares y momentos en que se verifique.

El Código Penal vigente toma la teoría unitaria para resolver - la prescripción, en su artículo 102. Lo que revela que no sólo debe estarse al tiempo de la actividad sino al resultado cuando es integrante así se justifica la expresión de que sólo la existencia de la total acción permitirá que comience a correr el -- plazo de prescripción.

Siendo que desde un principio se adoptó la concepción analítica del delito y concluido la comparación de la conducta o hecho, - el primero de sus elementos constitutivos, ahora nos corresponde analizar en su correspondiente aspecto negativo: la ausencia de conducta o de hecho.

El hecho como conducta, entendido como tal abarca mayor amplitud que la conducta y que además se compone del resultado y del nexo causal entre una y otro.

La ausencia del hecho y por lo tanto del delito surge al faltar cualquiera de los elementos que lo integran, ausencia de conducta, inexistencia del resultado y falta de relación causal entre la acción u omisión. Tres cuestiones saltan a la vista. La primera la inexistencia de resultado en los delitos materiales y - la incomprobación de la relación causal suponen una conducta -- humana, pero sin esta no se puede plantear alguna hipótesis. -- Cuando hay inexistencia por ausencia de conducta, primero diré-

mos que este es un comportamiento del hombre, traducido exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria y comprende tanto la acción como la omisión. La conducta por lo tanto consiste en una actividad o movimiento corporal o bien una inactividad - que tiene una íntima conexión con un carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejercer la acción o de no verificar la actividad esperada. Recordando lo que se ha dicho anteriormente de la acción, que ésta consiste ante todo en un movimiento corporal pero no todo movimiento muscular es una acción, lo mismo sucede en la omisión por lo que no toda actividad o inactividad integran una conducta humana a menos que éstas fueren voluntarias. La volición es un elemento psíquico que se hace necesario, pues si falta éste no podría ser atribuible a un humano, así pues hay ausencia cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto no son suyos por faltar en ellos la voluntad.

Se han considerado de acuerdo a la dogmática moderna como casos de ausencia de conducta:

1. Vis Absoluta, también llamada violencia física o fuerza irresistible,
2. Vis Mayor

El jurista Argentino Jiménez de Asúa, coloca los casos de ausencia de conducta de la siguiente manera:

- "a) Sueño y el sonambulismo, sin incluir la embriaguez del sueño ni el estado crepuscular hípico.

- b) La sugestión, la hipnosis y la narcosis.
- c) La inconsciencia y los actos reflejos; y
- d) "La fuerza irresistible" (83)

La Vis Absoluta, también recibe el nombre de "fuerza física", en ésta el sujeto productor de la última condición del proceso material de la casualidad, está obligado por una "fuerza física exterior", que es superior y le impide resistirla. La Vis Absoluta presupone la ausencia del coeficiente psíquico por lo que el agente se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no puede oponerse.

Se desprende de lo anterior la autonomía del sujeto medio y del impulsor. Raúl Gallo, afirma que no existe nexo psicológico entre el agente y el resultado, hay quienes afirman que hay ausencia de culpabilidad, sin embargo como no hay nexo, esta conducta no llegara a nacer. Sostienen algunos autores que antes de entrar con el elemento subjetivo, hay que agotar el objetivo, por lo que no aceptan que la ausencia de la culpabilidad haciéndola derivar del elemento objetivo, en su opinión no hay punibilidad por falta de culpabilidad, la falta de ésta obedece a la falta de conducta. Porte Petit adopta la postura de Jiménez de Azúa y de Villalobos la considera una ausencia de conducta.

La fuerza mayor se presenta de manera muy similar a la "vis absoluta", en aquella hay una actuación sobre el cuerpo del sujeto,

(83) Jiménez de Azúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo III. Ob. Cit. Pág. 606-607.

que sea de carácter irresistible originada en la naturaleza o en seres irracionales. La diferencia es que la mayor proviene de -- una fuerza sobrehumana. La voluntariedad no permite la integración de la conducta.

Celestino Porte Petit, la define cuando "el sujeto realiza una actividad o inactividad o un cambio en el mundo exterior, por -- una violencia física irresistible, natural o subhumana" (84)

El sueño ha sido considerado por algunos juristas como ausencia de la conducta, siendo este un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos al no integrarse la conducta por falta de voluntad habrá inexistencia -- del hecho y por ende del delito.

El hipnotismo, consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial, que puede ir desde un estado de somnolencia, hasta un sonambúlico, se caracteriza por ausencia de dolor y de olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico cuando despierta de él. Se discute aún si en el estado hipnótico se puede realizar o no las órdenes dadas por el hipnotizador debido a dicho problema existen las siguientes corrientes:

Escuela de Nancy, la cual sostiene la posibilidad de ejecución -- de los actos, bastando repetir las órdenes por parte del hipnoti

(84) Porte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL" Ob.-Cit. pág. 116.

zador impidiéndose la integración de la conducta.

En cambio la Escuela de Paris se opone y no acepta la existencia de actos automáticos por el hipnotizado, pues éste conserva su capacidad de resistencia.

La Eclética expresa: habrá ocasiones que los sujetos puedan resistirse a los actos ordenados, pero en otras no, obrando en última instancia el automatismo fenómeno que se da en los individuos débiles de mente proclives al delito.

Siendo un caso más de ausencia de conducta el sonambulismo es similar al sueño, se distingue de éste cuando el sujeto deambula dormido, hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios. Para Jiménez de Asúa, es una enfermedad nerviosa.

Este caso de ausencia de conducta está comprendido dentro de las excluyentes de responsabilidad en el Artículo 15 Fracción II, estimándolo como trastorno mental transitorio, aún cuando como se ha precisado hay ausencia de voluntad que impide el nacimiento de la conducta.

Como último caso de ausencia de conducta tenemos los actos reflejos. Los considera Mezger como movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es que en el estímulo, no pasa por la conciencia y va de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento, no hay voluntad. (85)

(85)Cfr. Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 215-216.

Se ha venido señalando que para que exista el delito se necesita una conducta o hecho humano, recordando que no toda conducta o - hecho son delictuosos, también es necesario que se precise, que sean típicos, antijurídicos y culpables. Es sabido que la tipicidad es el segundo elemento esencial que integra el delito, su ausencia de ésta impide su configuración, siendo necesario que previamente, se haga el análisis del tipo para precisar su concepto y por supuesto su contenido. Es por ello que no debe confundirse el tipo con la tipicidad. Siendo el primero la creación legislativa, descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La segunda es la adecuación de una conducta con la descripción legal. En nuestra Constitución, se establece en - el Artículo 14 en forma expresa la ausencia de tipicidad dicho - artículo dice:

"En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"

Significando lo anterior, que no existe delito sin tipicidad. Algunos autores consideran al tipo como lo injusto recogido y -- descrito en la ley penal. En síntesis el tipo es a veces la descripción legal del delito, también se le considera la descripción del elemento objetivo o sea el comportamiento. Se ha considerado al tipo como un presupuesto general del delito por dar lugar a la fórmula: "nullum crimen sine tipo", desde un

punto de vista amplio es el delito mismo, en otras palabras la suma de todos sus elementos constitutivos. En el sentido de la teoría general del delito Mezger sostiene que el tipo es el "conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una -- consecuencia jurídica" (86) En un sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, se ha denominado al tipo como el conjunto de características de todo delito, diferenciándolo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura delictiva.

Cuando se ha comprobado de que existe una conducta o hecho, se deberá entonces investigar la adecuación al tipo. Siendo necesario determinar el papel que desempeña la tipicidad en la teoría del delito, en tal sentido se ha dicho que: la tipicidad es una característica esencial del delito, un requisito del hecho, o -- uno de los elementos esenciales, o es una condición, pero no elemento del delito. Sin embargo para el jurista Forte Petit la tipicidad constituye una relación conceptual.

Se ha definido a la tipicidad como la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa por violar una norma.

(86) Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 365.

La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal (87). También consiste en la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los Códigos Penales a modo de definición de las conductas delictivas bajo amenaza de sanción.

La tipicidad no debe especificarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque además el tipo puede contener elementos normativos o subjetivos del injusto o ambos o solamente el objetivo. Por ello que la tipicidad consiste en la adecuación o conformidad por el tipo.

Destaco que la tipicidad es de gran importancia para la integración del delito, tal importancia consiste en que de una manera clara y precisa, se deduce que no hay delito sin tipicidad, surgiendo así un aspecto negativo de una relación conceptual del ilícito siendo dicho aspecto la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Como es sabido la historia de la tipicidad es consecuentemente la historia del tipo. Antiguamente se consideraba a este como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; es decir incluyéndose el dolo y la culpa. Esto era para los antiguos juristas españoles la figura del delito. Con el transcurso del tiempo aparece en Alemania la doc-

(87) Cfr. Parte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 470.

trina de Belling quien considera al tipo una mere descripción. - Para el maestro Meyer considera que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino iniciaría de la antijuridicidad. Siendo -- así que no toda conducta típica es antijurídica, pero sí será iniciaría de antijuridicidad; considerandose que en toda conducta típica hay un principio, o probabilidad de antijuridicidad. Para Mezger el concepto anterior se modifica ya que para este -- autor el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino de la "ratio essendi", de la antijuridicidad en razón de ser de ella, su real fundamento. Define al delito como acción típicamente antijurídica y culpable. Dicha opinión se -- asemeja a la de Sebastián Soler.

El que actúa típicamente obvio es que actúa antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. Como ya se ha dicho que el tipo jurídico-penal, es fundamento real "ratio essendi" de la antijuridicidad, aunque a reserva de la acción no aparezca justificada, si existiera alguna exclusión del injusto, la acción no será antijurídica a pesar de su tipicidad.

Antiguamente se estimó al tipo como la "ratio cognoscendi" de la antijuridicidad; es decir como indiciario de ella, pero se observó que en los casos en los cuales existe cierta seguridad de dicha antijuridicidad al no operar ninguna causa de ilicitud por lo que se advierte que no pertenece a manera de marco jurídico, sino como absoluta contradicción al orden jurídico.

Se concluye que el maestro Mezger tiene razón, al expresar que toda conducta típica es siempre antijurídica, existiendo algunas excepciones como cuando surgen causas de justificación; por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. Es necesario hacer una aclaración con respecto en que el tiempo de la existencia de una justificante, no significa anulación de la antijuridicidad, porque ésta nunca existió.

Para Luis Jiménez de Asúa, "la tipicidad desempeña una función - predominante descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. Expresa el mismo autor, la tipicidad no sólo es pleza técnica. Es como secuela del principio legalista, garantía de la libertad." (88)

Pavón Vasconcelos expresa que el tipo legal dandosele connotación jurídica penal, se considera como la descripción hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputandola como delictuosa al establecerse a ella una sanción penal.

Jiménez de Asúa dice el tipo tiene cierta evolución la cual se divide en tres fases, a saber:

- a) Independencia

(88) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Ob. Cit. Pág. 315.

b) Carácter Indiciario

c) "Ratio essendi" de la antijuridicidad.

Comúnmente el tipo legal se nos presenta, como una mere descripción de la conducta humana. Sin embargo existen otros tipos que nos describen también el efecto o resultado material, o referencias a los sujetos a los medios de comisión que especifica la figura especial, modalidades de la propia acción que forman parte del mismo tipo o hace referencia a algunos estados de ánimo o tendencia al sujeto, al fin de la acción. Es por ello que se considera de gran necesidad estudiar cada uno de los elementos que le dan vida al tipo, dicho estudio es de gran utilidad para que se precise los efectos de su ausencia, elementos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva. Entendiéndose por los primeros aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento su función es descubrir la conducta o -- hecho que pueden ser materia de imputación y también de responsabilidad penal. A los elementos normativos los define el maestro Mezger como "presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho" (89). Para Pavón Vasconcelos, forman parte de la descripción legal, denominándolos normativos por ampliar una valoración de ellos por aplicar la ley. A dicha concepción se ha dividido en dos clases, una valoración jurídica y valoración (89) Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 388

cultural, esta última surge cuando se realiza de acuerdo a un criterio extrajurídico; y la primera de acuerdo con el contenido "iuris" del elemento normativo.

Jiménez de Asúa, no está de acuerdo con el criterio de Mezger, porque los elementos normativos, se encuentran vinculados a la anti-juridicidad, pero no se puede con ello excluirseles de la descripción legal y negarles su carácter de elementos como lo pretende Mezger.

Los elementos subjetivos se refieren al motivo y al fin de la conducta descrita. Para Jiménez de Asúa tales elementos exceden del marco de referencias típicas, ya que su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste lo requiera. A estos elementos se les han denominado subjetivos del injusto, por consistir en características subjetivas, situadas en el alma del autor.

Al estudiar esta cuestión se han elaborado varias clasificaciones formuladas sobre los tipos penales, siendo a la que nos aludiremos la del maestro Jiménez de Asúa, siendo la siguiente:

- a) Tipos Fundamentales y Especiales: Tipos Fundamentales - cualificados y privilegiados.
- b) Tipos Independientes y Subordinados: Tipos Básicos y -- complementarios.
- c) Clasificación en atención al acto:
 - 1) Tipos de formulación libre, casuísticos, alternativos o acumulativos.

- 2) Otras clasificaciones en orden al resultado.
 - 3) Los delitos condicionales
 - 4) Delitos de resultado cortado
- d) Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos del injusto:
- 1) Por los elementos subjetivos referentes al autor
 - 2) Por los elementos subjetivos fuera del agente.

Al tipo básico se le ha estimado como la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código Penal. También llamado fundamental, y se estiman como tales a los que constituyen, por sus elementos integrantes la esencia o fundamento de otros tipos penales. Jiménez Huérta los considera como aquel tipo en que cualquier lesión jurídica basta para integrar un delito. Por consiguiente los tipos especiales se integran con los elementos del tipo básico, agarrando nuevas características, de esta forma el nuevo tipo que ha surgido, comprensivo del anterior con el cual se ha integrado, de esta manera adquiere vida propia e independiente sin subordinación al tipo básico.

Son tipos complementados los tipos que se integran mediante el tipo básico, al cual se vienen a sumar nuevos elementos, quedan subordinados a éste, por ello carecen de vida independiente, -- funcionando siempre relacionados al tipo fundamental, de éste se forman tanto los tipos especiales como los complementados y pueden ser:

a) Cualificados o Agravados; y

b) Privilegiados o atenuados,

desde luego se debe de atender a su penalidad con relación al tipo básico.

Los tipos autónomos y subordinados. A los primeros se les conocen también por independientes, deben de ser distinguidos de -- los subordinados, tomando como base para su clasificación su relación o autonomía. Siendo así que los autónomos no necesitan -- de ningún otro tipo para su integración o vida propia, mientras que los subordinados debido a su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, que es siempre autónomo adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino subordinan.

Los normales y anormales. Los primeros se integran con elementos objetivos de aprehensión cognoscitiva material, en cambio los -- anormales incluyen también elementos normativos y subjetivos, -- cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de las leyes.

Los tipos de daño y de peligro. Jiménez Huerta los clasifica en torno al alcance y sentido de la tutela penal, por lo que pone de relieve que la tutela penal tiene de acuerdo a los bienes jurídicos un doble alcance y significado; "unas veces el tipo tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución; y otras el tipo protege especialmente el -- bien jurídico del peligro que puede amenazarle". (90)

(90) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL", Ob. Cit págs. 99.

Al tomarse como base la unidad o pluralidad de los bienes tutelados se clasifican los tipos en simples y complejos, siendo -- los primeros aquellos que tutelan un sólo bien jurídico, y los complejos son los que tutelan dos o más bienes jurídicos.

Los tipos de formulación libre. Son aquellos en los cuales se describe en forma genérica, la conducta o el hecho delictivos, de tal manera por su amplia fórmula se pueden comprender multitud de variedades con fisonomía común, o bien se caracterizan por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado. En oposición a esta clasificación se encuentran los tipos de formulación casuística en donde se acumulan detalles innecesarios en las definiciones de determinadas conductas o hechos.

Tipos de formulación alternativa y acumulativa. En los primeros es suficiente una conducta o hecho además para que exista el delito. Pero habrá casos en que el tipo puede contener más de una conducta o hecho. En cambio los tipos acumulativos implican autonomía funcional por falta de fungibilidad entre los actos por motivo de su diversa exigencia valorativa. Es por ello que en este tipo se recogen una pluralidad de actos.

Los tipos acumulativamente formados. Son los que suponen concurrencia de todas las hipótesis descritas, esta clasificación es escasa en la legislación punitiva.

Ya estudiada la figura de la tipicidad, pasaremos a analizar su

aspecto negativo de la misma llamado atipicidad. Al existir la atipicidad consiguientemente hay carencia de hecho punible, -- cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo. Afirmando que hay ausencia de tipicidad: cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descritos en el Código Penal o en las leyes penales especiales, y cuando la ley penal ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta -- con características antijurídicas. Para Beling hay carencia de delito tipo, cuando a la acción le falte alguna de las características requeridas y típicas o esenciales.

La atipicidad abarca un número determinado de causas que le dan vida, las cuales podrán aumentar en razón del contenido que se le dé al propio tipo.

Siendo estas causas las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad del sujeto activo exigida por el tipo.
- b) Por ausencia de la calidad del sujeto pasivo exigida -- por el tipo.
- c) Cuando hay ausencia del objeto o cuando exista éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus tributos.
- d) Dándose la conducta, están ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo.
- e) Al faltar hechos concretos en la conducta o los medios

de comisión señalados por la ley.

- f) Falta de los elementos subjetivos del injusto, requeridos por el tipo legal.

Hemos venido insistiendo que el delito es una conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, además se debe precisar que dicha conducta sea típica, antijurídica y culpable. Examinaremos ahora el elemento antijuridicidad o antijuricidad, de gran importancia e inclusive necesario para la integración del delito. Para hacer más breve y preciso dicho estudio nos basaremos en varias tesis a saber:

- a) La que afirma que constituye un carácter del delito.
- b) La que sostiene que es un elemento del delito
- c) Que constituye un aspecto del delito y
- d) Que es el delito en sí.

Con respecto a la tesis que afirma que constituye un carácter del delito su principal expositor es el maestro Massari, para quien la antijuridicidad no es un elemento, sino un carácter del hecho punible y en caso de que fuera un elemento constitutivo del delito, debería entonces distinguirse la antijuridicidad de los demás elementos, presentandose entonces como un dato aislable, capaz de ser separado idealmente y contrapuesto a los mismos, como sucede respecto a los elementos generales del delito - como la voluntad, para la conducta, para el resultado; no siendo posible esto con la antijuridicidad, la cual constituye la sínte

ais integral del fenómeno punible y sus elementos que la componen; es así como la antijuridicidad representa sólo un atributo, un predicado común del delito y de sus componentes. Por ello se considera que es una nota que penetra en todas las partes de la entidad criminosa y califica a todas ellas, de tal manera se explica que puede hablarse de una voluntad y de un resultado antijurídicos. Los autores Graf Zu Dohna y Ranieri, estiman a la antijuridicidad como un carácter del delito.

Los que consideran a la antijuridicidad, como un elemento son: - Jiménez Huerta, Puig Fena y Petrocelli entre otros. Por su parte Petrocelli expresa que la antijuridicidad es por ende, uno de los tres elementos del delito. Señalando que el sentido que se da al término elemento como requisito, será como aquello que se requiere para constituir, comprender el delito. La antijuridicidad en particular es una nota que colorea por sí misma cada parte del delito y por eso se, puede definir, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ellos establecidos. Debido a lo anterior se ha llegado a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico la cual puede evitarse ya que la antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; - mientras que el hecho jurídico, es el objeto del calificativo jurídico denominado antijuridicidad.

También se ha considerado a la antijuridicidad como un aspecto -

del delito, uno de los expositores que están de acuerdo con esta tesis es Maggiore, quien expresa que la antijuridicidad no es un elemento sino un aspecto, ya que en efecto, no es una parte que se puede desintegrar del todo, de manera que al quitarle al delito la antijuridicidad, quede siempre delito, por más que le sea mutilado un órgano; de manera contraria ella reviste y compenetra todo el delito, que sólo por un esfuerzo de abstracción puede considerarse al delito por el aspecto de la antijuridicidad, concluyéndose que en todo delito está presente de manera expresa o sobreentendida el vocablo antijuridicidad.

Vale decir que la antijuridicidad es un elemento constitutivo -- del delito. Ella es mucho más como lo expresa Rocco, es la "esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito"(91)

Para Cuello Calón 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.

Destaco que la antijuridicidad constituye un concepto unitario, siendo el resultado de un juicio substancial. Sin embargo se ha elaborado una teoría dualista de la antijuridicidad siendo su principal exponente Franz Von Liszt, en dicha teoría establece la diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo mate--

(91) Porte Petit Celestino.- Ob. Cit. Pág. 483

rial. Considerando a la acción como contraria al Derecho, desde un punto de vista formal al implicar transgresión a una norma establecida por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico, y materialmente antijurídico al significar contradicción a la misma colectividad.

Cuello Calón expresa que existe en la antijuridicidad un doble aspecto; uno de ellos es la rebeldía contra la misma norma jurídica, correspondiéndole a la antijuridicidad formal; y la otra es el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía, antijuridicidad material (92).

Para Villalobos la infracción de las leyes implica una antijuridicidad formal y todo quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituyen la antijuridicidad material.(93)

Es rechazado vigorosamente lo dualista por Jiménez de Asúa, --- quien dice que Von Liszt, confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad. expresando el primer autor que la antijuridicidad formal es la tipicidad y la material es la antijuridicidad propiamente dicha. Consistiendo el error de Liszt, en que la terminología se hace valorativo normativo a lo formal, que es descriptivo, es decir típico. (94)

(92) Cfr. Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 285 8a.Edición

(93) Cfr. Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 244

(94) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Tomo III Ob. Cit. Pág. 877

Sebastián Soler también está en desacuerdo con la antijuridicidad formal porque ésta no resulta sino la adecuación externa de provista de todo sentido de valoración, en este sentido opina igual que Jiménez de Asúa. Por ello Sebastián considera a la antijuridicidad un juicio valoración sobre el hecho en su comparación con el Derecho, del cual se comprueba la oposición del mismo, en su consecuencia o en su proyección a lo que el mismo decho quería evitar; de ahí se deduce que la antijuridicidad de una acción debe considerarse como el resultado de un juicio sustancial.

Sin embargo hay quien opina en sentido contrario a lo expuesto por Jiménez de Asúa y Sebastián Soler. Una de las opiniones contrarias es la de Rocco, para quien no hay más ilicitud que la formal, porque la antijuridicidad material de acuerdo a su criterio está constituida por el daño o peligro de daño inmediato, -- elemento integrante del delito. Es así como sostiene la existencia de una antijuridicidad formal negando la material. (95)

Algunos juristas opinan que la antijuridicidad material es la -- ofensa a los bienes o intereses jurídicos tutelados por las normas penales, siendo por ello inútil su definición.

Pasarémos a analizar las causas que tiene el poder de excluir a la antijuridicidad de determinada conducta típica, representando

(95) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL" Ob. Cit. Pág. 302.

de esta manera su aspecto negativo del delito; en presencia de una de ellas falta un elemento integrante del delito llamado antijuridicidad. Esas causas son las denominadas de justificación también conocidas como causas eliminatorias de la antijuridicidad, o causas de ilicitud.

A las causas de justificación generalmente se agrupan al lado de otras causas que extinguen el delito. Siendo catalogadas como causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación, es usada la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad por nuestro ordenamiento jurídico, comprendiendo varias, de naturaleza diversa. El vocablo circunstancias es aquello que esté alrededor de un hecho, modificandolo accidentalmente; mientras las causas de justificación cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia.

A saber las causas que excluyen la incriminación son:

Ausencia de conducta.

- a) Atipicidad,
- b) Causas de justificación
- c) Causas de inimputabilidad, y
- d) Causa de inculpabilidad.

Sin embargo no hay que confundir las causas de justificación -- con otras eximentes. Entre ellas existe una precisa distinción -- en función de los diferentes elementos esenciales del delito -- que anulan. Al decir de Soler, quien expresa que las causas de justificación son objetivas, referidas al hecho e impersonales.

En cambio las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva e intransitiva. Sus efectos de las primeras, son "erga omnes" respecto a los partícipes y en relación con cualquier forma de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo, es el decir de Núñez, quien es citado por Castellanos Tenas.

También existe diferencia entre las causas de inculpabilidad y las de inimputabilidad; mientras las primeras tratan a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas ostentan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente tanto en grado como en forma diversas.

Se considera al inimputable desde un punto de vista psicológico incapaz, ya sea perdurable o transitorio, para todo tipo de acciones. Debido a las causas de inculpabilidad es anulada la inculminación en quien fue capaz; mientras las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no puede tenerla.

De lo anterior se concluye que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena. Pues bien como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, por tal motivo son objetivas por referirse al hecho y no al sujeto, atañen a la ejecución externa. Mientras que otras eximentes miran el aspecto personal del autor por ello son subjetivas. Ahora bien por ser las justificantes objetivas, aprovechan a todos --

los copartícipes, por ello son reales, en cambio las otras eximenes no.

Su razón de ser de las causas de justificación es gracias a su doble carácter material y formal de la antijuridicidad, sólo puede eliminarse por una declaración expresa del legislador. Se sabe que el Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones comunes substiría, en caso de que no exista el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos bienes que se tratan de proteger no pueden salvarse ambos, por lo que el Derecho opta por la conservación del más valioso.

Las causas comunes de justificación, son aquellas que pueden hacer valer cualquier persona; considerándose como tales las siguientes:

- a) Legítima defensa
- b) Estado de necesidad. (si el interés salvado es de más valor que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer, en caso de que se equipare al cumplimiento de un deber.
- f) Impedimento legítimo.

a) LA LEGITIMA DEFENSA.-

Es una causa de justificación que tiene más importancia dentro de las causas de ilicitud, siendo definida como la repulsa inme-

diata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente.

Para Jiménez de Asúa, la legítima defensa:

"Es la repulsa de una agresión anti-jurídica, actual o inminente, por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios" (96)

Desde tiempos muy remotos ha sido reconocida la legítima defensa ocupándose de ella principalmente el Derecho Canónico estableciendo: "Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt" -- (Todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza). Aún es discutido este tema. Para Hegel, si la agresión injusta viene siendo la negación del derecho, la defensa legítima es la negación de esa negación y, por lo tanto, la afirmación del Derecho, y su fin será la anulación de la injusticia.

La Legítima Defensa, viene a fundamentar la preponderancia de intereses, por ser de mayor importancia y así es como se debe de considerar el interés del agredido que el del injusto agresor. Se afirma que la defensa privada se legitima de forma suficiente tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en

(96) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Ob. Cit. Pág. 363

el sujeto, la cual se revela por sus motivos y fin, también por la imposibilidad en que el Estado acuda en defensa del interés - agredido injustamente.

Se puede deducir de lo mencionado anteriormente, y teniéndose -- muy presente que quien ejerce la legítima defensa, obra con derecho y no como un aturdido o irresponsable, ni como un pobre ser humano que de una manera benévola se puede excusar.

Se consideran como elementos de la legítima defensa los siguientes:

- a) Una agresión injusta y actual;
- b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión sobre intereses jurídicamente protegidos; y
- c) Repulsa de dicha agresión.

En nuestro Código Penal vigente, se recoge esta causa de justificante en su Artículo 15, fracción III, al decir:

"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal;

III Repeler el acusado, una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende". (97)

(97) "CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL" Editorial Porrúa, S.A. 43a. - Edición. México. 1987. Pág. 11

Se ha señalado que la figura de la legítima defensa, uno de sus elementos es la agresión como ya se había hecho mención, entendiéndose por tal, la conducta de un hombre que amenaza lesionar intereses jurídicamente tutelados. Para nuestro ordenamiento dicha agresión ha de ser real o actual entendiéndose por real, -- que exista, y por actual, que sea de presente; de lo contrario no se integra la justificante; en el caso de que la agresión ya se haya consumido, no existirá la legítima defensa sino una venge ganza privada no aceptada por nuestra Constitución al establecer "que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho". Tampoco llegará a integrarse la legítima defensa ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras.

No basta una agresión real, actual o inminente, que en realidad al hablar de inminente se refiere al daño, pues el peligro para los bienes jurídicos se actualiza con la agresión misma. En sí el peligro es la posibilidad de daño. Entendiéndose por inminen te lo próximo, muy cercano, inmediato. También se debe precisar que la agresión sea injusta, sin derecho; esto es, antijurídica contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. En tan to que la agresión sea justa, la reacción defensiva no puede -- quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante -- contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra -- el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la de-- fensa legítima.

Por ello que la agresión ha de amenazar intereses protegidos ju
ridicamente: estos intereses son la persona, el honor o los bie
nes del que se defiende o de un tercero a quien se defiende.

En el ámbito de la legítima defensa, puede darse casos en que -
sea inexistente, considerándose tres cuestiones:

- "a) Cuando la agresión no reúna los requisitos legales se-
ñalados;
- b) Cuando la agresión no haga surgir un peligro inminente
para los bienes protegidos;
- c) Cuando el agredido haya provocado la agresión, dando -
causa inmediata y suficiente para ella" (98)

Al hablarse de la legítima defensa, se debe hacer mención al ex
ceso de la misma siendo que en ocasiones, a pesar de que no se
integre esta figura, la imputación del resultado dañoso no gene
ra una plena responsabilidad en cuanto a la aplicación de la --
sanción correspondiente al delito doloso. Esto puede suceder de
bido a dos importantes cuestiones a saber:

- a) Cuando no hay necesidad racional en elle; y
- b) Al existir notoria desproporción entre la defensa y el
ataque antijurídico; entre el daño causado y el que po
dría haber causado el agresor.

Necesariamente se supone en el exceso de la defensa, la existen
cia de una agresión, con sus elementos esenciales, como también

(98) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL". Ob. --
Cit. Pág. 318.

una defensa verdadera, real, pero en la cual se excede quien la realiza, a virtud de un error sobre la necesidad del medio empleado o del poder lesivo de la legítima defensa. Destacándose que en tales casos no hay legítima defensa, no hay licitud en el hecho, por no encontrarse en el supuesto justificado por la ley.

La legítima defensa como causa de justificación tiene una problemática, llamada así en la doctrina penal, a una serie de cuestiones que surgen entre la legítima defensa y otras concepciones y cuyo interés es evidente para la solución de problemas prácticos, siendo dichas cuestiones las siguientes:

- a) Ríña y legítima defensa.
- b) Legítima defensa recíproca.
- c) Legítima defensa contra el exceso de la misma.
- d) Legítima defensa del inimputable
- e) Legítima defensa contra la agresión de un inimputable.

EL ESTADO DE NECESIDAD.-

Es otra de las causas de justificación, es llamado generalmente "La situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". (99)

(99) Soler Sebastián.- "DERECHO PENAL ARGENTINO". 4a. Edición. Buenos Aires. 1951. pág. 359.

Lo estima Cuello Calón, como el "peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona". (100)

Considera Vonz Liszt, al estado de necesidad como "una situación de peligro actual a los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro bien jurídicamente protegido" . (101)

En cada una de las definiciones que se hicieron alusión anteriormente, destaca una situación de peligro. Caracterizándose por ser una colisión de intereses los cuales pertenecen a distintos tutelares; he aquí la situación de peligro, cierto y grave, cuya superación del amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Aún es tema de discusión en la doctrina, la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para poder precisarla es necesario distinguir si los bienes en controversia son igual o de diferente valor. Cuando el bien sacrificado sea de menor valor que el amenazado, se trata de una causa de justificación, pero cuando el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, entonces sí podrá configurarse el delito, excepto si concurre alguna otra cir-

(100) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 362.

(101) Castellanos Tena Fernando.- Ob. Cit. Pág. 203

constancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Y cuando los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por el hecho de que se anule la antijuridicidad, sino en función de una causa de inculpatibilidad o, podría subsistir la delictuosidad del acto, pero por lo que respecta a la pena ésta no será aplicable si opera alguna excusa absoluta.

Villalobos, al ocuparse de la naturaleza del estado de necesidad, termina afirmando que la justificante proviene de la "racionalidad y conveniencia de proteger el interés más valioso y por lo tanto la excluyente existe lo mismo para salvar la propia vida que para la conservación de cualquiera otra clase de bienes jurídicos siempre que el daño causado sea menor"(102).

A continuación haré mención de las diferentes teorías que pretenden fundamentar el estado de necesidad.

- a) Algunos juristas como Puffendorf entre otros, trataron de encontrar el fundamento de esta causa de justificación en el llamado Derecho Natural, por creer que la necesidad rebasa los límites del Derecho Positivo, por lo que crean un criterio extra jurídico el negar toda validez al ordenamiento positivo.
- b) Dentro de una situación subjetiva cabe hacer mención de una teoría de la violencia o coacción mo-

(102) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 368.

ral, la cual fué aceptada principalmente por Fe-
 verbach, pretendiendo fundamentar el estado de -
 necesidad en la coacción que sobre la voluntad -
 del individuo produce la amenaza del mal actual-
 o inminente. El autor citado, considera a la ne-
 cesidad como el origen de una coacción de natura
 leza irresistible, impulsora del hombre para lle-
 var a cabo el acto ofensivo al bien ajeno. Justi-
 ficase el resultado a virtud de que el agente -
 fué obligado por la propia necesidad, creada por
 una fuerza irresistible, de tal manera que el su-
 jeto no tuvo libertad de escoger libremente su -
 modo de proceder, faltando la posibilidad de ele-
 gir". (103)

Pero no debe de ser confundido el estado de necesidad con la --
 coacción, son dos cuestiones diferentes, pues en la coacción se
 ve constreñido a obrar sin tener otro camino que escoger. Mien--
 tras que en el estado de necesidad puede abstenerse de seguir --
 con este único camino y sacrificar el bien amenazado ya sea por
 la ley o el derecho.

- c) Esta última teoría, estima inútil la represión -
 del mal causado bajo el estado de necesidad, es-

(103) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL --
 PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 329.

ta tesis considera que el hombre se ve obligado al actuar, para evitar un mal de carácter inmediato, a causar daño a otro bien ajeno, sino -- por llevarlo a cabo se ve intimidado por la amenaza de la pena, esta constituye un mal remoto. En este sentido opina Puig Peña; en esa virtud, no existe utilidad práctica en la represión, pues la sanción no cumple su finalidad y la pena, resultado inútil, es injustificable.

El estado de necesidad contiene los siguientes elementos:

- a) Una situación de peligro, real, grave e inminente.
- b) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado ya sea propio o ajeno;
- c) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado de necesidad;
- d) Ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

El peligro es considerado como la posibilidad de sufrir un mal; tal peligro debe de ser real, tratándose de conjeturas imaginarias, de manera que no se pueda configurarse la eximente. El legislador exige además que sea grave; esto es de gran importancia. Anteriormente se dijo que lo inminente es lo muy próximo o cercano, por ello que el peligro debe de ser inminente y no

remoto.

Para Pavón Vasconcelos los elementos del acto de necesidad son:

- a) Un peligro, real grave e inminente. Siendo este elemento común con el de la legítima - defensa, en la cual el peligro se origina - por un acto injusto del hombre, en el esta- do de necesidad se trata de un hecho o una situación no dependiente de su voluntad. La actualidad o la inminencia del peligro es - un requisito fundamental, ya que si hay --- tiempo de evitarlo sin violencia, no podrá excusarse el acto ejecutado;
- b) El peligro ha de recaer sobre algunos bie- nes jurídicos. Estos bienes en nuestra le- gislación son la propiedad persona y sus -- bienes, o la persona o bienes de otro;
- c) Que dicho peligro no haya sido provocado do losamente;
- d) Que se lesione o se destruya un bien prote- gido por el Derecho;
- e) La no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial". (104)

(104) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GE NERAL". Ob. Cit. Pág. 331.

Se puede dar el exceso en el estado de necesidad, por lo que el Código Penal para el Distrito Federal, establece en su Artículo 16:

"Al que exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho u obediencia jerárquica a que se refieren las fracciones III, IV, V y VII del Artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia".

Concluyéndose que gracias a esta nueva reforma se toman en cuenta las diferentes causas de justificación ya que el anterior -- texto sólo hacía mención de la legítima defensa. Porque el exceso supone el peligro pero también la causación de un daño mayor al indispensable, puede ser producto de una actitud dolosa o -- culpable del sujeto por su falta de previsión.

Después de haber analizado las dos anteriores causas de justificación existen otras que también privan a la conducta del elemento antijuridicidad, dando como resultado la imposibilidad de la integración del delito. Estas causas son: El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Con respecto al cumplimiento de un deber no actúa antijurídicamente el que obra en cumplimiento de un deber. Haciendo la aclaración de que no se trata de deberes morales, sociales o de caridad, sino deberes jurídicos es decir lo que emana del ordenamiento jurídico. Por ello en esta causa se establece una relación directa entre el agente y la norma que tiene la obligación

de cumplir, esta norma puede ser del campo privado o del público. No hay que olvidar que esta clase de eximente corresponde -- también a deberes profesionales, porque el mismo desempeño de -- funciones públicas obligan a cumplir determinadas obligaciones -- derivadas directamente de la norma.

Siendo así como el cumplimiento de un deber debe ajustarse a la norma jurídica que le sirva de base. Mientras que sus límites se hallan en el respeto que el propio ordenamiento jurídico establece a otros bienes jurídicos, que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las mismas exigencias profesionales. Debido a lo anterior han de ponderarse en cada caso las circunstancias que conciernen de las que pudieran deducirse excesos que no quedarían comparados por la eximente.

Sin embargo Carrancá y Trujillo, expresa que no actúa antijurídicamente:

"El que por razón de su situación oficial o de su servicio está obligado o facultado para actuar en la forma que lo hace, encontrándose el límite de la licitud de su conducta en la obligación o facultad ordenada o señalada por la ley". (105)

El ejercicio de un derecho. Es otra de las causas de justificación. En tal caso no actúa antijurídicamente el que obra en el ejercicio de un deber donde el individuo carece de opinión para

(105) Carrancá y Trujillo Raúl.- Ob. Cit. Pág. 100.

actuar de otra manera, en el ejercicio de un derecho hay una facultad del titular a la que pueda renunciar o de la que puede no hacer uso. La eximente sólo podrá concurrir en el caso en que el derecho sea utilizado.

El propio Artículo 15, Fracción V, declara: "Circunstancias excluyentes de responsabilidad; V El obrar en ejercicio de un derecho consignado en la ley".

Es por ello que la tipicidad del hecho no implica su antijuridicidad la cual habrá de ser buscada, objetivamente a través de un juicio de valoración entre el propio hecho y la norma, sin olvidar que el Derecho Penal no crea a la norma, sino simplemente la garantiza.

La ilicitud del hecho supone la inexistencia de una norma que permita tanto a la conducta como al resultado causalmente ligado a ella, ya que una realidad contraria no es jurídicamente posible. De ahí que lo que está jurídicamente permitido no esté jurídicamente prohibido y viceversa, de lo cual se observa que una conducta no puede estar al mismo tiempo permitida y prohibida, por ello que las normas contradictorias entre sí, no son válidas.

Comúnmente en el precepto penal sólo se contiene al decir de Soler:

"Elípticamente una prohibición, pues todas las figuras delictivas suponen el carácter delictivo de su realización, pero éste no se lo otorga a la acción la ley

penal, sino el Derecho total y unitariamente entendido" (106)

En conclusión el ejercicio de un derecho, como causa de justificación se origina:

- a) En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado.
- b) De una facultad o autorización. (Para esto se requiere):
 - a) Que derive de una autoridad
 - b) La cual debe de actuar dentro del marco de sus competencias.
 - c) Que la autorización reúna los requisitos legales.

Nos quedan por señalar dos causas de justificación que la doctrina describe como tales al impedimento legítimo y la obediencia jerárquica.

Con respecto al primero, se encuentra prescrito dentro del capítulo de las excluyentes de responsabilidad en su Artículo 15, -- Fracción VIII; "contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Siendo obvio que la conducta ejecutada será siempre omisiva, ya que sólo las normas preceptivas, cuya violación se origine en -- una omisión, imponen un deber jurídico de obrar. Cuando el impe-

(106) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 362-363.

dimento deriva del propio ordenamiento está legitimado y por -- esa razón la omisión típica no es antijurídica. Pues bien, el impedimento legítimo es una auténtica causa de justificación -- por tratarse de un impedimento de derecho, mientras el insuperable es un impedimento de hecho que puede surgir de la imposición sobre el sujeto, de una fuerza física irresistible, es decir, una vis absoluta, de una fuerza mayor o de una coacción sobre la voluntad, tratándose de situaciones que impiden el nacimiento del delito por integrar casos de ausencia de conducta o de inculpabilidad.

Por último tenemos a la Obediencia Jerárquica, la cual es colocada por algunos autores como causa de inculpabilidad, mientras que otros la sostienen como causa de justificación. Esta se da cuando la obligación del acatamiento del mandato, con independencia del conocimiento de su ilicitud, deriva del propio ordenamiento jurídico.

El gran penalista Porte Petit, señala en general y como conjeturas de la obediencia debida las siguientes:

- a) La orden es lícita; el obedecer a un superior con relación a un mandato legítimo, no existiendo ningún aspecto negativo del delito por ser la orden lícita.
- b) La orden es ilícita conociéndola el inferior y sin obligación de acatarla, es decir teniendo poder de inspección. Cuando se cumple tal orden el sujeto es responsable.

- c) La orden es ilícita conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, no teniendo poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación.
- d) La orden es ilícita, cuando el inferior la cree lícita por error invencible. Aquí estaremos 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 la no exigibilidad de otra conducta" (107)

Sin embargo el Derecho Positivo, recoge de tales hipótesis, un caso de obediencia por error, la cual se integra en una causa de inculpabilidad. El Artículo 15 en su Fracción VII, declara circunstancias excluyentes de responsabilidad, VII, Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si ésta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Por ello que la excluyente se refiere solamente, a las órdenes ilícitas, por lo que las de conforme a derecho no necesitan ampararse en la eximente. Al respecto la ley exige, como requisitos para conformarla los siguientes:

(107) Porte Petit Celestino." PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 542.

- a) Que la orden no sea notoriamente delictuosa; y
- b) No se pruebe que el acusado conocía su ilicitud.

La imputabilidad, es otro de los elementos positivos que integran al delito, después de hacer un breve estudio pasaremos como es lógico a las causas de inimputabilidad que componen el aspecto negativo del delito.

La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito, como elemento integrante del mismo o como presupuesto de la culpabilidad. Es conveniente hacer una distinción entre presupuestos generales y particulares del delito. En este sentido tenemos las opiniones de Massari y Marsich, quienes expresan que como ya se ha argumentado que el delito siendo un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia de un sujeto imputable. De manera diferente opina Porte Petit, para este autor los presupuestos los califica en generales y especiales del delito, como generales, a la norma penal, al sujeto; al bien tutelado y a la imputabilidad. (108)

En la definición del delito de Jiménez de Asúa, se observa como le da el carácter de elemento integrante del delito a la imputabilidad. Siendo su definición del delito; un acto típicamente anti-jurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, "imputable" a un hombre y sometido a una sanción.

Una gran parte de los escritores alemanes, tratan los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad "sensu stricto", bajo la (108) Cfr. Porte Petit Celestino.- "IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL". Ob. Cit. Pág. 135.

rúbrica común de culpabilidad que en sentido amplio, abarca to dos los problemas existentes al nexo moral que une al sujeto - con su acto, surgiendo entonces la imputabilidad. El aspecto - que limita a la culpabilidad, supone a más del estudio general de este gran problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el agente aplicó en su conducta. Siendo que Mayer emplea el vocablo imputabilidad "lato sensu". Por su -- parte Mezger como Liszt, emplean el término culpabilidad. Siendo Jiménez de Asúa, quien le da vida propia a la imputabilidad como requisito del crimen con el fin de darle una mejor base a la culpabilidad.

En base a la imputabilidad existe un criterio de gran importan cia, en el caso de que si esta es capacidad del sujeto, consis tiendo de forma común en el conocimiento de la significación - del hecho en el mundo normativo; es decir, capacidad de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, y por ello se hace posible la culpabilidad penal, debido a esto se afirma que la imputabi lidad es presupuesto de la culpabilidad. El penalista Ignacio Villalobos se adhiere arbitrariamente a este criterio. Para él la intención en su significado vulgar, es el común a la conduc ta normal y a la de los enajenados, como igualmente a la del - niño, por ser habitual a todos ellos, técnicamente o como signo nimo de dolo puede darse a los incapacitados dicha intención o voluntad consciente de ejecutar un acto antijurídico, ya que - algunas leyes como tratadistas se refieren a la intención de-

lictuosas; por tanto el que considere a la imputabilidad como -- presupuesto o elemento de la culpabilidad, dependerá del concepto que se tenga del dolo y de la culpa. Si por dolo se entiende la intención ya formada en los seres humanos (discernimiento y voluntad normales) esa capacidad de funcionamiento por los elementos intelectuales y emocionales genuinos y limpios - y no por sus títulos de atrofia o perturbación, no será sino - presupuesto de la culpabilidad. (109)

Algunos autores opinan que la imputabilidad es la posibilidad- condicionada por la salud mental y por el desarrollo del agente para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Otros la definen como la capacidad de obrar en Derecho Penal, - o sea, de realizar actos que se refieren al Derecho Penal además que traigan consigo las consecuencias penales de la infrac ción.

Pero hay que entender a la imputabilidad de una manera clara - y precisa como la capacidad de querer y entender en el campo - del Derecho Penal.

De acuerdo al criterio del gran maestro Carrancá y Trujillo, - se considera imputable; aquel sujeto que en el momento de la - acción posee, las condiciones psíquicas exigidas por la ley, - para poder desarrollar su conducta socialmente.

Ordinariamente se afirma que la figura de la imputabilidad es-

(109) Cfr. Villalobos Ignacio.- Ob. Cit.. Pág. 272

tá determinada por un mínimo físico el cual está representado - por la edad y otro psíquico, consisten en la salud mental. Son dos aspectos del tipo psicológico: uno es la salud y el otro el desarrollo mental, con respecto a este último casi siempre se - relaciona estrechamente con la edad. Ahora bien el problema de los menores de edad, autores de actos típicos del Derecho Penal, se tratarán en el estudio del aspecto negativo de la imputabili-
dad.

Así como la imputabilidad y la imputación son conceptos esencia- les e indispensables para poder fundamentar el juicio de culpa- bilidad. Bien es cierto que el juicio de culpabilidad presupone un juicio de imputabilidad. Puesto que el primero es un juicio- que cae sobre el hecho, en el cual se afirma que el agente es - culpable; mientras que el de la imputabilidad, tiene por conte- nido una posibilidad, en cuanto se afirma que determinado suje- to está en condiciones de ser declarado culpable; por ello se - juzga al hombre como sujeto posible; y por lo que respecta al - de la culpabilidad se juzga como sujeto real. La imputación se une al juicio de culpabilidad e imputabilidad, pues imputar equi- vale poner algo a cargo de alguien; es decir imputación es un - juicio sobre un hecho ya sucedido, en tanto imputabilidad, será la contemplación de una idea lo cual lleva necesariamente a con- siderar que si únicamente el hombre es imputable, la imputabili-
dad es la expresión técnica para demostrar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal. Mayer define a la imputabili-

dad como la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento. Y para Villalobos, un tecnicismo referido a la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico; la capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, así como para ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente. (110)

Es importante la responsabilidad, por ser el deber jurídico en el cual se encuentra el individuo imputable al responder ante la sociedad por el acto ejecutado. Considerandose imputables sólo a los que tienen desarrollada la mente sin padecer de algún mal -- psicológicamente hablando, que los imposibilite para querer y entender, es decir, a los poseedores, al tiempo de la acción del "mínimum" de salud y desarrollo mental exigido por la ley del Estado; sin embargo sólo serán responsables quienes habiendo ejecutado el acto, están obligados a responder del mismo.

Existe cierta confusión en el Derecho Penal de la que debe de entenderse por responsabilidad. Algunas veces se utiliza dicho vocablo como sinónimo de culpabilidad también suele equipararse a la imputabilidad, teniendo acepciones diversas. Es por ello que se argumenta que el sujeto imputable tiene la obligación de responder de manera concreta del ilícito ante las autoridades. En

(110) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 375.

tendiéndose con esto que se da la sujeción a proceso donde puede resultar condenado o absuelto, de acuerdo con lo que demuestre con su conducta. El término responsabilidad puede ser que se utilice para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un ilícito contrario a derecho, si obró culpablemente. Con esa declaración es como suelen concluir los fallos judiciales, teniendo al acusado como penalmente responsables del delito que motivó al proceso y señalan la pena respectiva. Concluyéndose que la responsabilidad, una relación entre el sujeto y el Estado, de acuerdo con aquella si el sujeto obró culpablemente y por ello se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Como la imputabilidad es soporte básico de la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y resolviendo espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad crea de manera constante la ausencia de dicha capacidad, creándose -- incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Se ha venido insistiendo que la imputabilidad es calidad del sujeto, por lo que respecta al desarrollo y salud mentales; por lo que la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de aquella. Entendiéndose por causas de inimputabilidad, todas aquellas capaces de anular o de neutralizar, tanto el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. Conviene señalar que tratándose de la

inimputabilidad son aceptadas tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales. Las de naturaleza legales son:

- "a) Estado de inconciencia (permanentes o transitorios).
- b) El miedo grave;
- c) La sordomudez" (111)

Las legislaciones penales, para llevar a cabo la determinación de las causas de inimputabilidad toman en cuenta los criterios biológico; psicológico y mixto. El primero excluye la imputabilidad con base a un factor biológico; el segundo, por anomalía del sujeto como lo es la perturbación de la conciencia; el último es decir el mixto su nombre lo dice, se apoya en los dos criterios anteriores. El biológico se basa en consideraciones de tipo biológico u orgánico los cuales se relacionan con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Han señalado los Códigos que se basan en este criterio, en una edad determinada que fluctúa entre los 16 y 18 años, para poder establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables. En cambio el psiquiátrico elabora la noción de inimputabilidad en función del trastorno mental sea transitorio o permanente, este último se le llama comúnmente enfermedad mental. Por ello este criterio psicológico se basa en el concepto que desde este punto de vista merece el sujeto, resolviéndolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación, comprendiendo así la inmadurez mental, -

(111) Pavón Vasconcelos Francisc.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 409

independiente del factor cronológico, o toda clase de alteraciones o traumas psíquicos. Siendo que esta clase de factores afectan a la calidad intelectual de la personalidad o limitando su - voluntad, o alteraciones más o menos profundas del biosiquismo en la medida que disminuyan su capacidad de comprensión y de actuación. El mixto emplee las dos anteriores, siendo las más comúnes; la biológica psiquiátrica, la psicológica-psiquiátrica y -- biopsicológica.

En la legislación mexicana en este sentido se acepta un sistema biopsicológico-psiquiátrico, por atender ese triple orden de factores que de una u otra forma afectan la capacidad del individuo es así como para estructurar las conjeturas legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas biológicas, es decir minoría de edad, y la psicopsiquiátrica o sea estados de inconsciencia y enfermedades mentales.

Ahora bien se puede observar que el Código Penal vigente en su - capítulo Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad, Artículo 15, Fracción II, se denota la forma exclusiva de los trastornos - de carácter transitorio que nulifican la capacidad de comprensión del sujeto en cuanto se refiere al carácter ilícito del hecho o - le impiden conducirse de acuerdo con esa comprensión. Señalando la fracción II; "Padecer el inculgado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de -- acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el pro-

pio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intelectual o - imprudencialmente".

El maestro Enrique Federico Pablo Bonet, distinguió dos especies de trastornos, el completo y el incompleto, el primero engloba - preferentemente:

- a) La ebriedad fisiológica completa;
- b) La ebriedad patológica;
- c) La ebriedad del sueño;
- d) La manía o locura transitoria;
- e) El sonambulismo;
- f) La hipnosis;
- g) La sicosis post-partum;
- h) La epilepsia paroxística;
- i) El raptus emocional y pasional; y
- j) Los estados oníricos.

Mientras que el trastorno mental transitorio incompleto comprende:

- a) Los oniroides;
- b) Los reflejados;
- c) Las emociones violentas;
- d) Los puerperales;
- e) Los pre-paroxísticos epilépticos; y
- f) Los post-paroxísticos epilépticos" (112)

(112) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 378.

Las expresiones trastorno mental comprende toda clase de trastornos mentales transitorios; en cambio el desarrollo intelectual retardado comprende los casos en que si bien no existe un trastorno en el individuo, no se encuentra en posibilidad de -- comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, esto es debido a su desarrollo intelectual retardado o incompleto, este estado podría darse en el caso de los ciegos y sordomudos.

Concluyendose que en la Fracción II de Artículo 15, recoge exclusivamente como causas excluyentes de responsabilidad, el -- trastorno mental transitorio y los actos ejecutados por sujetos cuyo desarrollo intelectual retardado les impide comprender el carácter ilícito del hecho o bien conducirse de acuerdo con dicha comprensión, salvo las excepciones señaladas en el propio ordenamiento y que abarca las diversas especies de acciones libres en su causa.

Pues bien los sujetos que actúan bajo trastorno mental permanente son objeto de tratamiento, dependiendo del caso de que se -- trate y los cuales deben ser tipificados por el Código Penal en sus Artículos 67, 68 y 69, se estiman responsables socialmente de sus conductas, aún cuando no son objeto de materia de responsabilidad penal en sentido estricto, debido a que no se les aplican penas sino medidas de seguridad. Por lo que respecta a -- los menores, cuya situación tan particular que poseen, es reconocida debida a su inmadurez mental, han quedado por tal motivo

al margen de la aplicación de normas penales a partir de la promulgación de la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores.

La Fracción VI del susodicho Artículo 15, en su primera parte, refiere como excluyente de responsabilidad al "miedo grave", - causa de inimputabilidad pues se caracteriza como un trastorno mental transitorio que desgrege en el sujeto el uso normal de sus facultades psíquicas.

El miedo al decir de Carrancá y Trujillo, se considera como la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación. Por ello el miedo grave tiene motivación exterior, por la existencia real de una amenaza, tiene cierta semejanza al temor fundado, al constituir diferentes grados de un estado psíquico provocado por un sujeto de entidad diversa al autor del hecho de él demana un peligro - real, inminente y grave. El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras que el temor fundado, su origen se encuentra en procesos materiales. Por lo que el miedo se engendra en la imaginación, o por una amenaza inexistente, no tendrá más semejanza con el temor que el constituir ambas excluyentes grados de un estado de conmoción psíquica, ya que mientras éste es fundado, el otro es infundado, es decir, el miedo va de dentro para fuera y el temor de afuera para dentro. Constituyéndose una verdadera causa de inimputabilidad, porque el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de

la voluntad. Sin embargo puede funcionar como causa de inculpabilidad en el caso de que aquel surja a consecuencia de un peligro real, grave e inminente, no suprime en el sujeto dicha capacidad.

Bien es cierto que la imputabilidad debe de subsistir en el momento mismo de la ejecución del hecho; sin embargo en ocasiones el sujeto, antes de actuar voluntariamente o culposamente se coloca en situación inimputable, siendo en ese momento cuando precede el ilícito. Estas acciones reciben el nombre de "Acciones Liberae in causa", (Acciones libres en su causa), pero determinadas en su efecto.

El Derecho las estima como manifestaciones de una voluntad libre y consciente en su origen. Para Von Franz, la presencia de las llamadas acciones libres en su causa será cuando:

"Se produce un resultado contrario a Derecho por un acto o por una omisión, en estado de inimputabilidad si bien esta conducta fue ocasionada por un acto doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad".

(113)

Pavón Vasconcelos, expresa que las acciones libres en su causa se refieren a las:

"Causación de un hecho, ejecutado bajo el influjo de

(113) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 383.

un trastorno mental transitorio, pero originado en - un comportamiento anterior dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestada. Por tanto, en ella se da un acontecer o evento ilícito determinado en un comportamiento precedente plenamente voluntario". (114)

La definición anterior comprende tanto los casos en que el resultado delictuoso no haya sido querido ni previsto, pero dicho resultado sea consecuencia de una conducta voluntaria culposa; abarca también aquellos en que el resultado antijurídico ha sido previsto como probable y no siendo de manera directa, querido haya sido aceptado; por último están los que el resultado antes dicho sea diverso del querido, con mayor razón los hechos - en que un resultado delictuoso haya sido previamente previsto y querido.

El maestro Mario Dondina, define a la acción libre en su causa como;

"Todo hecho contrario al derecho, producido mediante comisión u omisión, en estado de alteraciones fisiopsíquicas transitorias derivada de un anterior comportamiento voluntario del agente, (pre ordenado o no)".

(115)

(114) Pavón Vasconcelos Francisco.- "IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD" Editorial Porrúa. S.A. México. 1983. Pág. 75

(115) Pavón Vasconcelos Francisco.- "IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD" Ob. cit. Pág. 75.

Constantemente, la problemática de las acciones libres en su causa se origina, como es fácil de advertir, en la exigencia de la imputabilidad citada en el momento mismo de la ejecución del hecho, pues como en aquellas el sujeto, al ejecutarlo no era imputable, en cambio lo ha sido en el momento de poner su causa decisiva.

Anteriormente se dijo, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el ámbito penal, corresponde por ahora expresar la noción sobre la culpabilidad.

Por ello al seguir un proceso de referencia lógica, se llega a la conclusión que una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica sino además culpable. Cuello Calón considera culpable a la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada." (116)

Argumentan algunos autores contemporáneos, que la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin él, no es posible concebir su existencia. Esta realidad quedó anotada por el maestro Belling al elaborar el principio "nulla poena sine culpa", cuyo orden es fundamental en el Derecho Penal moderno.

Por su parte Jiménez de Asúa define a la culpabilidad en su más amplio sentido como "el conjunto de presupuestos que fundamentan-

(116) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 290.

la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (117)

En cambio en sentido estricto, la culpabilidad es reprochabilidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.

Porte Petit, opina que la culpabilidad, es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. Sin embargo esta definición sólo se puede considerar válida para la culpabilidad a título doloso, por no comprender los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; caracterizándose por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero sucede por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado.

Villalobos define a la culpabilidad, de manera genérica, la cual consiste en el "desprecio del sujeto por orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo desprecio que manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas de desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (118)

(117) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Ob. Cit. Pág. 213

(118) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 272

Son dos los principios doctrinales que se encargan de la culpabilidad a saber el: Psicologista y el normativista.

Para el primero la culpabilidad radica en un hecho psicológico, - pues toda valoración jurídica la deja para la antijuridicidad; -- consistiendo la esencia de la misma culpabilidad en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor. Soler se une a esta concepción, expresandose con relación al hecho concreto, que afirmare la culpabilidad cuando el sujeto capaz obra no obstante la - valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito -- del orden jurídico. Ello supone, en primer lugar, la vinculación- del sujeto con el orden jurídico y por otra parte la vinculación- subjetiva del propio sujeto con su hecho, fenómenos ambos de natu- raleza psicológica pero que atiende a fundamentos distintos, pues el primero implica una valoración normativa, mientras que el se- gundo está privado de toda valoración. (119)

Es cierto que la culpabilidad con fundamento psicológico, consis- te en un nexo psíquico entre el agente y el resultado, por ello - se dice que contiene dos elementos; uno volitivo o emocional y -- otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres de la misma conducta y el resultado; el segundo elemento indica el congrimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Pues bien se observa que esta teoría dispone que la culpabilidad .

(119) Cfr. Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 68.

la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado la cual supone una valoración normativa. Siendo la antijuridicidad resultado de una valoración objetiva concreta del hecho. Se concluye que en esta tendencia prevalece la relación subjetiva entre el autor y su hecho punible, esto nos hace afirmar un carácter fundamentalmente psicológico.

La segunda teoría la llamada Normativa. Esta teoría presupone para su composición de su concepto de la culpabilidad la existencia de una conducta o hecho antijurídico. Considera esta concepción, el ser de la culpabilidad, lo forma un juicio de reproche; una conducta se considera culpable si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. Por lo que la esencia del normativismo -- consiste en fundamentar la culpabilidad, es decir el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

Ahora bien, la exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Ya que la culpabilidad no se origina en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, debido a que falta un elemento básico del juicio de reprochabilidad, el cual nace de la ponderación de dos términos; por una vertiente, una situación -- real, una conducta dolosa o culpable cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a derecho, es decir el deber ser jurídico. Siem

do para esta concepción la culpabilidad no simplemente una liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, pues esta sólo representa el punto de partida.

La culpabilidad tiene como elementos los siguientes:

- I La imputabilidad
- II Las formas de culpabilidad, dolo, y culpa los cuales -- han sido considerados por algunos juristas partes integrantes de la primera, que constituyen la referencia -- psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y
- III La ausencia de cause de exclusión de la culpabilidad, ya que al figurar una de ellas desaparecería la culpabilidad del agente.

Se consideran tradicionalmente como formas de culpabilidad, al dolo y a la culpa, considerandosele al dolo la forma más grave de la misma culpabilidad y al lado de ella, como segunda forma, a la culpa. Ambas formas han de ir referidas al tipo del injusto de que se trate. Algunos autores han visto en el delito preterintencional una mixtura de dolo y culpa, manifestación observada de tiempos remotos, iniciando la tendencia al reconocimiento que caracteriza a los ya conocidos delitos preterintencionales, estos delitos han sido colocados por la mayoría de los juristas dentro de la familia de los delitos dolosos.

El dolo es la principal forma de culpabilidad, tal vez constituye un impedimento difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, ya que al darse el concepto de dolo algunos trata--

distas apoyan el elemento psicológico en la voluntad, mientras otros lo hacen en representación, en lo que respecta al elemento ético se pretende fundamentar en el conocimiento de la tipicidad del hecho o de su antijuridicidad, o bien en la conciencia del quebrantamiento del deber, por lo cual se ponen de relieve la existencia de diversas teorías en su formulación de su concepto:

a) La Teoría de la Voluntad.- En esta tendencia, se define al dolo, como el acto de intención más o menos perfecta dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores, con lo cual se identifica dolo e intención haciendo consistir ésta en la dirección de la voluntad a un fin remoto.

La intención se considera perfecta, cuando la voluntad está plenamente iluminada por la inteligencia o por la violencia de las pasiones: También llámase directa cuando la voluntad tiende a un fin necesario; será indirecta cuando tiende a un fin meramente posible.

Sin embargo el criterio anterior es erróneo, porque, al unir un acto interno intención con uno externo acción, dándole a éste carácter de condición, con lo cual se está confundiendo la noción del delito con la de dolo.

En los casos de delitos dirigidos contra el individuo - expresa Carrara, el ánimo de daño podrá ser una necesidad para afirmar el dolo. Pero en los delitos que di-

rectamente ofenden a la sociedad, el ánimo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, porque la determinación de violar la ley envuelve en sí misma la idea de daño social. En una sola palabra, la falta del "animus nocendi", puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de no violar la ley.

Es necesario distinguir el ánimo de dañar de la intención de dañar; el ánimo consiste en la previsión del perjuicio el segundo en la voluntad dirigida a producirlo, esta no será esencial para constituir el dolo; pero sí lo es la primera.

- b) Teoría de la Representación.- Esta teoría pretende superar los inconvenientes de la teoría de la voluntad, algunos autores substituyen voluntariedad o intención por el concepto de previsión o representación, ésta consiste en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.

Aclara Jiménez de Asúa, a medida que evoluciona la técnica, se substituye voluntariedad por representación. En -- tal sentido la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación - de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción sino también cuando esa representa- ción no le movió a cesar en su actividad voluntaria.(120)

(120) Cfr. Jiménez de Asúa Luis, "LA LEY Y EL DELITO" Ob.Cit. Pág. 365

c) Teoría de la Representación y de la Voluntad en Forma -- Vinculada.- Para esta teoría no sólo basta integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, porque ambas son indispensables. En consecuencia, de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significado sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado. Actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacer lo. Existiendo el dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consecuencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. (121)

Los dos componentes del dolo son, por consiguiente, el elemento intelectual, intencional, cognitivo que se realiza y por lo -- que respecta al querer será el elemento volitivo o emocional, - ejecutar el tipo del injusto. El elemento intelectual. El tipo del injusto está constituido por elementos objetivos y subjetivos, descriptivos y normativos, positivos y negativos. Es necesario concretar a cuales de estos elementos del tipo ha de refe

(121) Cfr. Jiménez de Asúa Luis.- Ob. Cit. Pág. 365.

rirse el saber necesario al dolo. Es obvio que el sujeto que actúa dolosamente ha de conocer los hechos pertinentes a su acción. De igual manera ha de conocer la significación del hecho que realiza, esto se refiere a los mencionados elementos normativos o valorativos del tipo como a la totalidad de su acción. Por lo tanto el dolo exige, en los delitos materiales o de resultado, que el sujeto conozca el curso causal que, iniciado por su actividad, va a producir el resultado; en los delitos de comisión por omisión, que por su inactividad se producirá el resultado dañoso. Sin embargo en los delitos de simple actividad y en los delitos de pura omisión para que exista dolo basta que alcance a la conciencia de que está realizando un movimiento corporal o que está omitiendo el cumplimiento de un deber que le incumbe de actuar. Ahora bien no es necesario que el conocimiento de los hechos comprenda el de aquellas condiciones personales que fundamentan la imputabilidad del agente. Tampoco a las condiciones objetivas de penalidad, pues se deben a la acción de terceras personas.

El elemento volitivo del dolo. Es suficiente para que haya dolo que el agente se haya representado y haya previsto las consecuencias de su actividad o inactividad, o que estuviera consciente de que estaba ejecutando una conducta prohibida. Además es preciso, que lo que ha sido contenido de su conciencia haya sido querido .

Tomando en consideración las clases de dolo antes estudiadas --

por la doctrina, formula el gran maestro Porte Petit, las siguientes clasificaciones:

| | |
|---|--|
| "En cuanto a su nacimiento: | Dolo inicial o precedente |
| | Dolo subsiguiente |
| En cuanto a su extensión: | Dolo determinado |
| | Dolo indeterminado |
| De acuerdo a las modalidades de la dirección: | Dolo directo |
| | Dolo eventual |
| | Dolo de consecuencia necesaria |
| De acuerdo a la intensidad: | Dolo genérico |
| | Dolo específico |
| A su duración: | Dolo de ímpetu |
| | Dolo simple |
| | Dolo de propósito. |
| De acuerdo a su contenido: | Dolo de daño |
| | Dolo de peligro |
| | Dolo de daño con resultado de peligro. |
| | Dolo de peligro con resultado de daño. |
| En razón a su categoría: | Dolo principal |
| | Dolo accesorio |
| De acuerdo a su realización: | Dolo posible |
| | Dolo real" (122) |

(122) Porte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 447.

El artículo 89 ya reformado del Código Penal vigente, conserva - las expresiones; delitos intencionales y no intencionales o de - imprudencia, adoptando una tercera forma de culpabilidad en su - fracción III la correspondiente a los delitos preterintenciona-- les. En el mismo ordenamiento pero en su artículo 90, igualmente reformado, se precisa cuando se obra intencionalmente en forma - imprudencial o bien con preterintención, rompiéndose con el sis- tema de omitir los conceptos de dolo y culpa es decir de inten- ción o de imprudencia.

Otra forma de culpabilidad es la Culpa; se ha venido repitiendo que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros - requisitos, que haya sido determinada por una intención, es de- cir dolo, o por un olvido del mismo de disciplina social, "cul- pa". En ausencia del dolo como de la culpa no hay culpabilidad, no intengrándose por ello el delito.

Ahora bien, la culpa existe cuando se obra sin intención y sin-- la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y por supuesto penado por la ley.

"Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede -- prever". (123)

Para determinar la naturaleza de la culpa, la doctrina revela - la existencia de teorías que constituyen la noción de la culpa,

(123) Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 171

ya en la previsibilidad del evento o en la causalidad eficiente; en un defecto de la inteligencia o bien de la voluntad, haciendo verdaderamente complicado el problema.

Dichas teorías son las siguientes:

a) Teoría de la Previsibilidad.- Dentro de esta corriente destacan Carrara y Brusa. Para el primero la culpa radica en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. El maestro Carrara afirma que la culpa es un defecto de la voluntad, porque el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas, es decir por un vicio de la inteligencia, ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear la reflexión con la cual podría conocer esas consecuencias siniestras. Si se dice que la culpa, radica en un vicio de la inteligencia, la culpa no sería imputable, no moral ni políticamente. Lo es precisamente porque la negligencia tuvo causa en la voluntad del hombre.

Hay que advertir que la previsibilidad es cosa distinta de la previsión, puesto que la esencia de la culpa reside en la primera.

"Se puede no prever absolutamente una consecuencia que se ocasiona después. Se puede prever como posible, pero esperar evitarla, y después no lograr evitarla. Se tiene la mera culpa no sólo en la primera hipótesis, - sino también en la segunda siempre que no se haya obrado con el fin de dañar. Si se obra con el fin de dañar

en esta segunda, el hecho es doloso, porque el dolo - emerge del primer fin. Pero si se obra con un fin inocente, en esta segunda hipótesis, no hay más que mera culpa, porque tanto vale no prever un efecto, como -- prever que no sucederá. (124)

Brusa le añade a la prevenibilidad al criterio de la previsibilidad, estimando que la culpa es la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible, y prevenible.

Dentro del mismo enfoque de la culpa, tomando como base la previsibilidad, el autor alemán Von Liszt conjuga nuevos elementos para elaborar una noción formal de la misma al decir: la culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento que tuvo lugar la manifestación de voluntad, este mismo autor agrega que el resultado es previsible cuando el agente hubiera podido y debido preverle, esto es, la previsibilidad fundamenta formalmente la culpa cuando en el momento de la manifestación de la voluntad el sujeto no previó lo previsible teniendo la -- obligación de prever; el acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero sí previsible. Para este autor el concepto de culpa requiere:

1o. Falta de precaución.

(124) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 406

2o. Falta de previsión.

3o. Falta de sentido.

b) Teoría de la Imprudencia o Negligencia.- Esta tendencia hace radicar la culpa en la negligencia ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses ya sean públicos o privados. A los delitos se pueden llamar no intencionales o comtidos por simple culpa. Se llaman también involuntarios porque - aún cuando el delincuente había querido la causa, no ha querido el evento que debía prever o preveⁿir.

Para Villalobos una persona tiene culpa:

"Cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de - pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente pudo prever o previó y cuya realización era evitable por él mismo, pero al describir los elemen- tos de la culpa destaca que la realización de aquellos que hacen el acto típicamente antijurídico, se debe a negligencia o imprudencia, puesto que los demás térmi nos empleados en la definición no tienen un contenido autónomo por constituir formas mediante las cuales se manifiesta la negligencia o la imprudencia". (125)

(125) Villalobos, Ignacio.- "DERECHO PENAL MEXICANO". Ob. Cit. Pág. 298-299.

c) Teoría de la Causalidad Eficiente.- El motivo de la elaboración de esta teoría, es que se trata de encontrar la noción de la culpa, fuera de la previsibilidad, siendo elaborada por Sttopato, por lo que esta teoría encuentra apoyo, en dos criterios de diversa naturaleza. El primero consiste en la causalidad eficiente, por cuanto se pone voluntariamente la actividad como causa, cuando escoge el hombre en forma libre los medios de acción, de manera que responderá del resultado por haber sido su causa voluntaria eficiente, sin importar el no haber podido preverlo o que tal resultado fuera previsible con más o menos facilidad. -- Por el simple hecho de haber causado el evento voluntariamente, por haber escogido libremente la actividad que ha sido su causa, hace al hombre responsable y lo somete a la represión social. -- Ahora bien, el segundo criterio cuya conjugación con el anterior hace posible la incriminación por culpa, este consiste en haber obrado con medios no conformes a derecho.

Se concluye de lo anterior que el resultado dañoso y contrario al Derecho es punible, cuando es el producto inmediato o mediato de un acto voluntario del hombre, acto que, aunque no estuviera dirigido a un fin antijurídico, se ha realizado con medios que no se demuestran conformes con la idea del Derecho.

d) Teoría del Error Evitable.- Kostlin, para quien negligencia equivale a culpa, considera existente cuando el sujeto no ha evitado el error, que, por dicha razón, es puesto como principio -- del evento dañoso. En el no evitar estará la esencia de la falta

y en el contenido negativo de la voluntad la diferencia del do-
lo. (126)

El jurista Luzón Domingo entiende que el problema fundamental de esta teoría reside en que si culpabilidad, es una situación fáctica que necesita ante todo, conciencia y voluntad, difícilmente se podrá basar uno de sus grados sobre el error, esto es sobre la falta de conciencia, que desde luego, en la culpa existe como en el grado superior de la culpabilidad, si bien esta conciencia se refiere tan sólo a una parte de los elementos reales concretamente al elemento sobre el que ha de operar la voluntad motora.

e) Teoría de la Culpa como Defecto de la Inteligencia.- En esta tendencia se ha negado reconocer en la culpa un vicio o defecto de la voluntad. Aceptando la teoría de la previsibilidad, considera a la imputación como una declaración que pone a cargo del sujeto, en razón de su voluntad y conciencia, la modificación -- producida en el mundo externo, dándole a los actos culpables el carácter de vicios de la inteligencia por la reflexión, de manera que si en tales casos el poder de elección es inexistente en el agente, encontrando la culpa el fundamento de su punición en la necesidad de amonestar con la pena al delincuente para que evite en el porvenir, de otras acciones culpables.

(126) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. -- PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 409.

Para Pavón Vasconcelos la culpa es el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres.

La culpa al igual que el dolo, presupone la ejecución de una acción típicamente antijurídica y ha de ir referida a ella. Es decir una culpa antecedente o subsiguiente a la realización del tipo del injusto carece de relevancia jurídica penal. Por ello si estamos frente a un ilícito de resultado, la culpa ha de ir referida al mismo; si el delito es de simple actividad, al movimiento corporal; en cambio si es una omisión pura lo que incrimina la ley, será aquella falta de diligencia que lleve al sujeto a permanecer inactivo sin cumplir con el deber de actuar que de él exige el mismo ordenamiento.

El problema central de la culpa consiste en determinar cuando concurre en la ejecución del tipo del injusto una ausencia de la diligencia debida, una infracción del deber de cuidado que incumbe al sujeto que actúa. Significando la omisión de la diligencia debida la omisión de aquel comportamiento que hubiera evitado la realización del tipo del injusto.

La culpa ha sido calificada en consciente o con representación o previsión, e inconsciente, sin previsión o sin representación. Hebré culpa consciente, cuando el agente ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud -

de su acción u omisión, pero se tiene la esperanza de que las mismas no sobrevengan. La culpa será consciente de acuerdo a la opinión de Cuello Calón:

"Cuando el agente se representa como posible que de su acto originen consecuencias perjudiciales, pero no -- las toma en cuenta confiando en que no se producirá".

(127)

De igual criterio es el autor español Mezger, hay culpa cons-- ciente cuando el sujeto autor ha considerado como posible la -- producción del resultado, pero ha confiado en que no se produci-- rá.

La culpa consciente la identifica Sebastián Soler, como aquella

"En que el evento es previsto como posible, pero no -- querido y además, el sujeto espera infundadamente que no ocurrirá". (128)

En cambio la culpa será inconsciente, cuando no se prevé un re-- sultado previsible o sea penalmente tipificado. Hay voluntarie-- dad de la conducta causal, pero no hay representación del resul-- tado de naturaleza previsible.

Esta clase de culpa se da, cuando el sujeto no previó un resul-- tado por falta de diligencia. A esta forma de culpa sin repre-- sentación o inconsciente antiguamente se solía clasificar en la ta, leve y levisima. Siendo lata cuando el resultado hubiera po

(127) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 397.

(128) Sebastián Soler.- Ob. Cit. Pág. 148.

dido ser previsto por cualquier individuo; leve, cuando el hombre es cuidadoso puede por tal situación preverlo, y será levísima en razón de una extraordinaria diligencia.

En el Código Penal vigente para el Distrito Federal, aún se clasifica la gravedad de la imprudencia en su Artículo 60, se clasifica a la culpa, que atiende a su intensidad, en el caso de culpa inconsciente, o sea cuando el sujeto actuó sin previsión del resultado.

Se han señalado como formas de culpa, principalmente a la imprudencia, a la negligencia y a la impericia. La imprudencia, se caracteriza por la temeridad del sujeto frente al resultado delictuoso previsto como posible pero no querido, por lo cual tiene el carácter de culpa consciente. Siendo la negligencia la falta de atención, un descuido que da origen a la culpa sin previsión o inconsciente. Se caracteriza porque el agente, en razón de su falta de cuidado, no ha previsto como posible el resultado delictuoso que ha causado. Por último la impericia es la falta de pericia en la práctica de un arte, profesión u oficio, es decir la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

Anteriormente se señaló que las formas de culpabilidad son el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, figura de la cual nos ocuparemos en seguida. En la doctrina penal se considera bajo el vocablo genérico de preterintencionalidad como una serie de casos en los cuales, concurriendo algún elemento de culpabi-

lidad, no existe plena coincidencia entre dicho elemento y el resultado típico producido por el agente.

Ha sido negado por algunos autores la posibilidad del delito -- preterintencional, debido a que afirman que la misma actividad psicológica del autor no puede ser estimada de manera simultánea, abarcada por el dolo y la culpa. La naturaleza de los delitos preterintencionales también es tema de discusión en la doctrina. Para algunos se trata de una forma de dolo, mientras que para otros le es la culpa; sin embargo hay quienes lo consideran como una mezcla de ambos, también es considerado como una especial forma del obrar culpable. Son pocos los Códigos Penales que le otorgan a la preterintencionalidad el rango de forma de culpabilidad. Se consideran casos de preterintencionalidad:

- a) Delitos Preterintencionales,
- b) Delitos Calificados por el Resultado,
- c) El "versari in re illicita".

En los delitos preterintencionales se origina el fenómeno en -- que el sujeto, al ejecutar dolosamente un hecho ilícito, produce otro más grave que no tenía la intención de causar. El jurista Angel Reyes Navarro, expresa que el delito preterintencional se configura cuando el delito causado es mayor de aquel que tenía intención de causar el agente, o dicho en otras palabras -- cuando el resultado ha sobrepasado a la intención del autor. (129)

(129) Cfr. Ravón Vasconcelos Francisco- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 422.

Jiménez de Asúa expresa, que el término preterintención:

"denuncia, la índole más subjetiva en su estructura, que el término usado en Alemania que es "delitos calificados por el resultado", puesto que más allá de la intención no sólo está la responsabilidad objetiva, sino también y antes la culpa. No faltan autores italianos que niegan la necesidad de exigir la previsibilidad, nos parece posible definir la preterintencionalidad como una alianza entre el dolo y la culpa en que el autor del acto doloso origina una consecuencia más grave que el agente pudo al menos prever". (130)

Se les conocen como delitos calificados por el resultado, a aquellas situaciones captadas por la ley, de conductas dolosas que producen resultados más graves de los previstos y queridos, en los que la pena se aplica en función del principio meramente causal entre tales conductas y los eventos producidos, con independencia del fin perseguido por el autor. Por ello en esta clase de delitos se quiere realizar una conducta dolosamente delictiva y a consecuencia de dicha conducta resulta un acontecimiento distinto y más grave, que la misma ley se lo toma en cuenta al agente, aunque no lo haya previsto. Sin embargo para poder determinar esta clase de delitos es necesario que el evento más grave -

(130) Jiménez de Asúa Luis.- Ob. Cit. VI Pág. 84.

no haya sido querido dolosamente, porque frente a tal situación aunque haya sólo dolo eventual, se sanciona directamente por la figura dolosa que corresponda.

La expresión de delitos calificados por el resultado, fué la -- más notoria al principio "nulla poena sine culpa", que se traduce en que toda pena supone culpabilidad en su autor, es por --- ello que se ha considerado por algunos penalistas como es el caso de Löffler, "como un baldón ignominioso y retroceso brutal, por representar expresión de una responsabilidad objetiva que - atiende al puro proceso causal y no a la verdadera culpabilidad del autor". La situación ha variado notablemente.

Desde tiempos remotos se viene discutiendo que el "versari in re ilícita", se da cuando el sujeto que realiza una acción ilícita responde de los resultados de ella a título de dolo, excluyendo la culpa. Pero se ha discutido si pertenece a la culpa necesaria licitud de la acción, lo que ha planteado dicho principio de "versari in re ilícita".

Los delitos preterintencionales se encuentran previstos en el Artículo 8º del Código Penal, vigente, en la Fracción III; sin olvidar el Artículo 9º en su párrafo tercero prescribe; "Obre preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor - al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

Se ha considerado correcta la redacción del Artículo 9º, en su párrafo tercero, ya que en la citada fórmula va en el obrar preterintencional la concurrencia del dolo o la intención respecto

al resultado querido o aceptado y culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido. Esta disposición se complementa con la fracción VI del Artículo 60, que dentro del Capítulo referente a la aplicación de las sanciones a los delitos imprudenciales y preterintencionales, en el cual se determina:

"En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional". (131)

Es con el vocablo de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad. También conocidas como causas de exculpación son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautológica, que sin superarla del todo podríamos decir que son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. (132)

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad es decir el conocimiento y la voluntad. Por lo que se considera que tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la misma imputabilidad del agente, puesto que si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

(131) Código Penal.- Ob. Cit. Pág. 25

(132) Jiménez de Asúa Luis.- Ob. Cit. Pág. 389.

Al hablar de la inculpabilidad o de las causas que excluyen la culpabilidad se hace mención a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Se han considerado como causas genéricas de exclusión de la culpabilidad a saber:

- a) El Error, y
- b) La no Exigibilidad de Otra Conducta.

Ahora bien, para que un sujeto sea considerado culpable, de acuerdo con lo que ya se ha dicho anteriormente, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; es por ello que la inculpabilidad debe referirse a esos dos requisitos o elementos intelectual o el volitivo. Se debe considerar toda causa eliminatoria de alguno o de ambos, como causas de inculpabilidad.

Al hablar del error cabe hacer mención de la ignorancia, pues ambas son actividades psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diferentes. Mientras que el error ha sido considerado como un vicio psicológico consistente en la falta de analogía entre el agente cognoscente y el objeto conocido. En sí el error consiste en la falsa o errónea idea -- respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. En cambio la ignorancia es el desconocimiento total de una cosa, lo que supone una actividad negativa. Para los efectos del Derecho, los conceptos se identifican ya que tanto vale ignorar como conocer falsamente.

Tanto la ignorancia como el error pueden constituir causas de inculpeabilidad, sólo si producen en el autor desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta. - En el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en el error se conoce, pero se conoce mal. Mientras que la ignorancia hay ausencia de conocimiento; es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y de derecho, el primero se subdivide en esencial y accidental; este último abarca: "aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti".

El error de derecho, no crea efectos de eximentes, porque el incorrecto concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. Porque cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpeabilidad, y pues la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

Para que el error esencial de hecho pueda tener efectos eximentes, de acuerdo al criterio de Porte Petit; debe ser invencible de lo contrario deja subsistente la culpa. Para Vennini, es el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la realización del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal. En concreto, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye, como se había dicho anteriormente, el aspecto negativo del ele-

mento intelectual del dolo. (133)

La doctrina alemana contemporánea divide el error en dos clases-- que son de tipo y de prohibición, ya que con la otra división -- del error de hecho y de derecho se establece una notoria y clara frontera entre ambos errores, es por ello que prefirieron hablar del error de tipo y de prohibición. Algunos juristas como es el caso de Enrique Cury, han considerado a la teoría del error de hecho y error de derecho como obsoleta, por su impracticabilidad porque en los casos particulares es difícil trazar un límite entre los elementos de hecho y de derecho que le dan vida al delito, particularmente después de la intervención de los tipos por elementos normativos.

La división del error de tipo y el de prohibición se da cuando recaiga sobre un requisito constitutivo, del tipo penal, siendo el caso cuando el agente ignora obrar típicamente o podría darse el caso que el sujeto conociendo que está actuando típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.

Hoy en día la situación ha variado radicalmente, ya que el nuevo texto del Artículo 59 bis del Código Penal vigente, claramente prescribe: "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena co-

(133) Porte Petit Celestino.- "IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL". Ob. Cit. Pág. 52.

respondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso". Destacándose que este nuevo precepto limita el error de derecho, que en estricto rigor es un error de prohibición, porque no opera como una circunstancia excluyente de responsabilidad penal, sino como un caso especial en el que, condicionado su funcionamiento al extremo estrés cultural y al aislamiento oscila del sujeto, la ley le otorga facultad al juzgador para poder imponer una pena atenuada.

Se reconocen como casos de error de derecho o de prohibición los siguientes: Error invencible, cuando se estima que el hecho típico realizado no está prohibido. O cuando el hecho siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado -- por una circunstancia que en realidad no tiene ese grado. O podría ser que al considerarse que el hecho, está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido en una auténtica causa de justificación que en realidad no concurre.

Continuando con el error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. El primero produce inculpabilidad en el agente cuando es invencible, pudiendo recaer en los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad. Este clase de error se da cuando el sujeto pudo y debió prever el error, este error excluye el dolo pero no la culpa por lo cual carece de naturaleza inculpable, salvo en caso contrario. En cambio el error accidental o inessential, no es causa de inculpabilidad cuando no recae sobre circun-

tancias esenciales del hecho, sino secundarias. En sí, el error accidental lo constituyen los casos de aberración, llamados "aberratio ictus y aberratio in persona". El primero se produce cuando el resultado no es precisamente el querido o él equivalente. En el segundo, el error no se origina en el acto si no recae sobre la persona debido a errónea representación.

Para algunos autores los casos de aberración de los cuales se ocupan como especies de error sobre el objeto de la acción. Se afirma que si el agente ignora, al realizar la acción, alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal, se excluye el dolo; por ello se ha dicho que el error de tipo constituye una causa que impide que el sujeto tenga conocimiento sobre el carácter ilícito de la acción realizada, es decir el sujeto no sabe lo que hace desde el punto de vista del derecho punitivo.

El dolo no será excluido por el error sobre el objeto de la acción, cuando se da equivalencia típica entre el objeto de la representación y el objeto atacado, será diversa la solución en el caso de que falte la aludida equivalencia típica. Se estima que la confusión de los objetos carece de importancia para la punibilidad de quien erra cuando los objetos son típicamente equivalentes, ya que se trata de un error irrelevante sobre el motivo; para poder determinar la significancia de este error depende mucho de las circunstancias de que una acción dolosa debe ser afirmada sino que ha sucedido objetivamente tiene concordancia, en sus rasgos esenciales, con lo que debía suceder, según la repre-

sentación del autor, en el momento de la ejecución del hecho.

Se puede considerar dentro del error sobre el objeto, el error - en la ejecución, denominado como casos de "aberratio ictus y aberratio in persona", en los cuales la lesión se produce en objetos diversos a aquel constituye la materia de la agresión.

Ahora bien, en el texto vigente de las presunciones de intencionalidad, cabe considerar que, de igual manera, los casos de "aberratio" o errores accidentales, no rompen la estructura del dolo y por ello de la culpabilidad, siendo reprochable el hecho.

Continuaremos con las eximentes putativas; por tales, se entienden al decir de Fernando Castellanos Tena:

"Son las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo". (134)

Jiménez de Asúa, se refiere a ellos cuando al tratar de los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, las incluye dentro del esencial, en tanto éste recae:

"Sobre la existencia de causas que excluyen la pena", supuesta erróneamente la concurrencia en el hecho de los elementos de una justificante, prefiriendo denominarlas eximentes putativas, en vez de justificantes -

(134) Castellanos Tena Fernando.- Ob. Cit. Pág. 352-353.

putativas como lo hacen los autores alemanes, ya -
que ambos son términos antitéticos". (135)

Al decir de Soler, el error será esencial cuando se crea estar en una situación justificada. En dicho caso el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determina porque además, erróneamente, cree que existan --- otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta. -- Esos son los casos de la legítima defensa putativa, y en general, de justificación putativa. (136)

Se señalan como eximentes putativas:

- a) Defensa Putativa;
- b) Estado de necesidad Putativo;
- c) Ejercicio de un Derecho Putativo y
- d) Cumplimiento de un deber Putativo.

Pues bien, para obtener el concepto de cada una de las eximentes putativas señaladas, nos servirán los propios elementos constitutivos de las causas de justificación señaladas con anterioridad, pero se les debe de agregar a éstas el error esencial e invencible en que se encuentra el sujeto del hecho enjuiciado respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta.

En el caso de la defensa putativa el sujeto cree, encontrarse --

(135) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO".- Ob. Cit. Pág. 429

(136) Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 89.

fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo dicha creencia injustificada debido a la inexistencia de una auténtica agresión.

En el estado de necesidad putativo, se estará en la creencia de un estado de peligro real, grave e inminente, fuera de toda realidad, dando origen al falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos.

En el caso del ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber putativos, la conducta antijurídica se supone lícita, de acuerdo a la calidad del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o se complementa.

Deduciéndose de lo anterior que el funcionamiento de estas eximentes debe sustentarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho.

Sin embargo no debe ser confundido el error de derecho con las eximentes putativas, debido a que si en ambas situaciones hay -- disconformidad entre la realidad y la representación, en lo que respecta al primero el agente cree que su conducta no es delictuosa porque desconoce la existencia de alguna norma penal que lo estipule o podría ser por inexacto conocimiento de la misma; de lo contrario en las eximentes, el sujeto tiene la creencia -- que la realización de su conducta es jurídica no por el hecho de tener desconocimiento de la norma penal sino porque el sujeto -- cree encontrarse frente a una causa de justificación como consecuencia de un error esencial e invencible.

Con la expresión "no exigibilidad de otra conducta", se da a entender que la realización de una conducta penalmente tipificada, obedece a una situación especialísima que hace excusable ese comportamiento. La doctrina moderna considera aquella como causa -- eliminatoria de la culpabilidad, igual que el error esencial de hecho.

El Maestro Mezger, estima a la no exigibilidad de otra conducta, como garantía de las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del autor. Agrega el autor citado, que los dos grandes caracteres del delito es decir la antijuridicidad y la culpabilidad -- tienen en sus fases negativas: causas de justificación y causas de inculpabilidad, dos fórmulas en las que pueden refugiarse toda conducta no antijurídica o no culpable, aunque la ley no lo hubiera previsto taxativamente, siempre que se halle reconocido así por el derecho. (137).

Sin embargo existen criterios que están en contra de lo anteriormente dicho como es el caso de Villalobos entre otros, quien dice que al hablar de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho por las cuales resulta humano, excusable o no culpable -- que el sujeto obre en un sentido determinado aún cuando haya violado una prohibición de la ley o ejecutado un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido de acuerdo con los fines--

(137) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 444.

del derecho y con el orden social. (138)

El mismo autor afirma que la no exigibilidad de otra conducta, - se debe de considerar como un grado de inclinación al hecho prohibitivo, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de - determinación, ya que sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos.

A continuación nos ocuparemos del caso fortuito. Para el maestro Carrara, el "casus", no sólo comprende el acto originado por las fuerzas físicas de la naturaleza, sino todo aquello que dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana. En cambio Jiménez de Asúa, considera - límite para la imposición de las penas, el cual se encuentra en lo inculpable, es decir en el caso fortuito. (139)

Es preciso señalar que el caso fortuito surge más allá de la culpa, por ello no debe de entenderse como ausencia de causa, pues no existe un sólo hecho en el mundo de los fenómenos en el cual no se opere la ley de la casualidad, surge el fortuito cuando -- dándose una relación de casualidad, la acción del individuo interviene en ella para producir el resultado, es por ello que el

(138) Cfr. Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 421

(139) Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". VOL III. Ob. Cit. Pág. 383.

caso debe considerarse como una causa de exclusión de la voluntad culpable, pero no de la relación causal. Al buscar la no ción del fortuito, se concluye en considerar que cuando en la actividad del individuo no se encuentre dolo ni culpa, por no haber querido el resultado ni habérselo causado negligentemente momento en el cual surgirá el fortuito, sin dar lugar a ningún reproche, ni siquiera de ligereza, con relación al autor del -- hecho.

Battiol es uno de los penalistas que consideran al caso fortuito como excluyente de la integración de la culpabilidad en el delito. Por ello su fundamentación radica en la no exigibilidad de otra conducta. Define al caso fortuito el mismo autor como todo lo que supera la previsibilidad del hombre particular, en cuanto la exigibilidad sólo puede referirse al hombre como individualidad psico-física y por consiguiente, lo que es fortuito con relación a un individuo puede ser culposo y aún culpable -- respecto a otro.

Otros lo consideran como una forma de error esencial e invencible, como aspecto negativo de la culpabilidad. Dentro de este punto de vista tenemos a Antonio Ferrer Sama, quien dice que -- "mientras en la culpa el agente no ha previsto las consecuencias de su conducta, en el caso fortuito esas consecuencias no eran previsibles y por ello ninguna responsabilidad puede generarse al sujeto por su falta de previsión." (140)

(140) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob.Cti. Pág. 450.

Ubicado el caso dentro de los aspectos negativos del delito, -- hay quienes opinana que es una causa de supresión de la conducta y por ello aspecto negativo de la misma. Algunos autores niegan en el caso fortuito la relación causal material entre la acción humana y el resultado, a virtud de la operancia de concusas o procesos causales originados anterior, concomitante o posteriormente con la acción de un hombre. En cambio para el Profesor Raúl López Gallo, quien considera que en el caso fortuito -- hay ausencia de conducta y que debe reconocerse homogeneidad entre la fuerza mayor, el constreñimiento físico y el caso para ubicarlos conjuntamente dentro de la "vis absoluta", de lo cual deduce la conveniencia de suprimir la fracción X del Artículo 15, del Código Penal. (141).

Existe una corriente denominada mayoritaria, la cual estima al caso fortuito como el límite de la culpabilidad. Donde termina la culpa surge lo fortuito; puede darse el caso que éste quede fuera del ámbito de lo culpable no es posible el juicio de reprobación respecto del hecho y a su autor.

Pues bien, carecen de todo sentido las hipótesis que ven en el caso fortuito una ausencia de conducta o un aspecto negativo de la culpabilidad, dado que el fortuito adquiere atención del derecho, no sólo por cuanto en el resultado interviene la activi-

(141) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 451.

dad del hombre, así como lo advirtió Manzini, sino en tanto dicho resultado no puede conectarse con la violación de un deber - cuyo cumplimiento lo hubiera impedido. Sin embargo sigue teniendo validez el criterio de la imprevisibilidad para obtener un -- concepto del caso fortuito. No existe culpabilidad y por ende -- responsabilidad cuando el resultado dañoso se cause por falta - de previsión de lo imprevisible, siendo así como no existirá reproche fundable en alguna omisión del sujeto a un deber especial pues la ley no pone a su cargo la previsión de lo imprevisible. Recordando la definición del delito desde un punto de vista substancial expresamos que un concepto del mismo sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico y del cual - se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dándosele entonces a - la figura de la punibilidad, el tratamiento de carácter fundamen- tal o elemento integral del delito. En cambio desde un punto de vista formal, el concepto de delito se reduce, como lo dejamos - precisado antes, a la conducta punible "acto u omisión que san- cionan las leyes penales", según lo determina el Artículo 7º del Código Penal.

Por consecuencia debe de entenderse por punibilidad, la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, las cuales son dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Para Cuello Calón, el delito es fundamentalmente acción punible,

es por ello que le da a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquel. Semejante es el decir de Jiménez de Asúa para quien lo característico del delito es ser punible; "la punibilidad es por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena". (142)

Sin embargo existen algunos autores que no están de acuerdo con tal opinión ya que excluyen a la punibilidad de sus rasgos esenciales del delito. Sebastián Soler considera al delito:

"Como una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Definir al delito como un acto antijurídico, culpable y punible, al decir que es un acto punible, incurrir en el error lógico de incurrir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos, para que cuando los elementos concurren, la pena pueda o deba aplicarse. La construcción en la dogmática tiene un objeto más práctico que cognitivo. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos, de modo que toda la tarea sistemática con-

(142) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Ob. Cit. Pág. 458.

siste en examinar el contenido de ésta". (143).

Tanto Villalobos como Castellano Tena, no aceptan que la punibilidad forma parte del delito, la han considerado como un merecimiento, una coacción de las normas penales o como aplicación -- concreta y específica de una pena, siendo merecida a consecuencia de la naturaleza del comportamiento; en sí porque el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, y por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción, y es por ello que no se puede considerar a la punibilidad como elemento integral dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al autor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo.

Villalobos hace hincapié en que el delito es oposición al orden jurídico, tanto objetiva como subjetivamente, mientras la pena es la reacción de la sociedad y por ello externa a aquél, constituyendo su consecuencia ordinaria, terminando por afirmar que un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible, invocando con el maestro Silvela la existencia de delitos no punibles conforme a la ley, cuando esta otorga una excusa absolutoria. (144).

Decir que la pena es la consecuencia del delito es del todo co-

(143) Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 240.

(144) Cfr. Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 203-204.

recto, pero no se debe confundir con la punibilidad, elemento-constitutivo del delito, por cuanto es fuente de la obligación jurídica. Por ello negamos la existencia de delitos no punibles expresión equívoca con la cual se pretende, entre otros argumentos, hacer valer el punto de vista negativo del carácter esencial de la punibilidad en el delito.

Continuaremos con las condiciones objetivas de penalidad, estas tampoco son elementos esenciales del delito. Ernesto Beling, -- las define como:

"Ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo -- del delito, que no condicionan la antijuridicidad y -- que no tienen carácter de culpabilidad". (145).

Aquellas circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo, en que aquellos no son circunstancias que pertenezcan al tipo, por ello no se requiere que sean abarcadas por el dolo -- del sujeto, sino que hasta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se suelen denominar condiciones objetivas de punibilidad. Von Liszt, las define como las -- circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción.

(145) Jiménez de Asúa Luis.- Ob. Cit. Pág. 416.

Si las condiciones objetivas de punibilidad las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes - del tipo; si faltan en él mismo entonces constituirán meros requisitos ocasionales y por ende, accesorios. Aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. Frecuentemente se les ha confundido con los requisitos de procedibilidad, como la que rella de parte en los llamados delitos privativos. Es por ello que urge una adecuada y correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y naturaleza jurídica.

Comúnmente son definidas las condiciones objetivas de punibilidad como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Un ejemplo claro es el de la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; nótese como este requisito en nada afecta la naturaleza misma del delito.

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, llamadas excusas absolutorias, las cuales constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la existencia del delito.

Jiménez de Asúa, las define:

"Son causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna

por razones de utilidad pública". (146)

Se considera a la punibilidad como una consecuencia del delito, se precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basada en consideraciones de variada índole, excusa de pena al autor. Así entendida la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias. Las denominadas excusas absolutorias no se hallan consignadas en la parte general de los Códigos Penales, sino que se encuentran dispersas en los artículos de la parte especial donde se definen los tipos de delitos. Pero a diferencia de lo que ocurre con las formas atípicas y la ausencia de condiciones objetivas, cuyo aspecto negativo no se fija en los Códigos, las excusas absolutorias aparecen junto a los delitos que legalmente se perdonan.

c) LOS ELEMENTOS RELACIONADOS CON EL TIPO

PENAL.

(146) Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Vol.III. Ob. Cit. Pág. 465-466.

Después de haber realizado el análisis de cada uno de los elementos positivos y aspectos negativos del delito. Se resumen -- los elementos que integran el tipo penal en estudio.

Artículo 90.- Serán sancionadas con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario del -- Distrito Federal:

I Las personas que con el propósito de obtener un préstamo, proporcionen a una institución de -- crédito, datos falsos sobre monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta quebranto patrimonial para la institución.

a) De acuerdo a la conducta: Se considera de acción simple; con el sólo hecho de proporcionar datos falsos de activos o pasivos se agota la conducta, no hay resultado material porque no se le ha otorgado el préstamo. En cambio si el préstamo se le es concedido habría resultado material y -- por ello se le consideraría de hecho.

b) En orden a los sujetos: Puede ser unisubjetivo pero también plurisubjetivo. En caso de que sea persona física ésta puede ser común e indiferente ya que el tipo no describe persona determinada. -- Y cuando la persona que proporcione los datos fal

so sea una persona moral, sólo sus directores, gerentes y administradores, son los autorizados para tales efectos siendo sus representantes legales, aquí si necesitan tener su personalidad acreditada por la misma persona moral.

c) En orden al resultado: Como se dijo anteriormente de acuerdo a la conducta, es de acción simple por ello es de resultado formal, es de peligro porque está el patrimonio de la institución bancaria en peligro de sufrir un quebranto patrimonial.

d) De acuerdo a la duración: Es instantáneo porque se consume en el momento mismo de proporcionar datos falsos de los activos o pasivos.

e) De acuerdo al tipo de acto: Puede ser unisubsistente o plurisubsistente, tomándose en cuenta el número de actos que se llevan a cabo para realizar la conducta delictiva.

f) Ausencia de conducta: No la hay en este tipo.

g) Elementos normativos: Quebranto patrimonial.

h) Es un tipo anormal: Por contener elementos objetivos, subjetivos y normativos.

i) Tipo de formulación exclusiva: Por el sólo hecho de proporcionar datos falsos sobre el activo o pasivo.

j) Elementos del tipo: El objeto jurídico será el patrimonio de la institución de crédito.

El objeto material: El patrimonio de la institución de crédito, en caso de que se otorgue el préstamo será material. La ley está tutelando el patrimonio ante una posible pérdida, si el préstamo se concede cambia la figura o sea el tipo.

k) Penalmente tipicidad, procesalmente cuerpo del delito: El cual encuadra o llena todas las hipótesis que señala el tipo.

l) Atipicidad: Puede haber cuando; por falta de conducta de la persona física o moral.

Falta de calidad del sujeto pasivo que no sea una institución de crédito.

Falta de objeto material, el cual se identifica con el patrimonio de la institución.

Falta de objeto jurídico, que es cuando se afecta en forma alguna los intereses del patrimonio del banco, pues para que pueda constituirse el banco necesita una cierta cantidad de dinero.

Falta de los medios de ejecución, que sería -- cuando no se proporcionen datos falsos sobre el monto del pasivo o activo; el tipo expresa que puede ser tanto el activo como el pasivo no im-

portando si es sólo uno de ellos.

m) Por lo anterior se deduce que el tipo será alternativo; Porque se señala activo o pasivo.

n) La antijuridicidad: Este elemento constitutivo lo encontramos, ante el propósito de la persona - para obtener un préstamo a través de proporcionar datos falsos sobre el pasivo o activo, de una persona física o moral.

o) Causas de justificación: No opera ninguna de - las causas de justificación que se analizaron oportunamente. Sin embargo podría darse la obediencia jerárquica si el inferior no conoce de la ilicitud del acto.

p) Imputabilidad: La persona que proporcione los datos falsos con el propósito de obtener un préstamo tiene que ser esta persona común e indiferente, ya que el tipo no describe una determinada -- persona, además tiene que ser imputable, mayor de 18 años, capaz de querer y entender, en plenitud de sus facultades mentales.

q) Causas de inimputabilidad: La única cause que operaría en este tipo serán los menores de edad.

r) Culpebilidad: Es un delito totalmente doloso - o intencional, porque la conducta del sujeto para obtener ese fin, la conoce sabe la situación ple-

na de proporcionar datos falsos, conoce su antijuridicidad de su conducta, en el dolo el sujeto -- busca y quiere el resultado, conoce y sabe que es indebida e ilícita la conducta que va a realizar, por ello es difícil que se de la imprudencia.

a) Causas de inculpabilidad: Podemos encontrar el error de hecho es una falsa apreciación de las cosas, invencible que no puede superar, esencial en cuanto afecta al acto mismo que se está desplazando no sólo basta con la disculpa sino que tiene - que probar. No se puede estar frente al error accidental o obediencia jerárquica. Cuando hay coacción existe la inculpabilidad. Si podría darse el encubrimiento entre familiares el cual no opera--ría, sería la no exigibilidad de otra conducta.

t) Punibilidad: En este tipo se estipula con 2 a 10 años de prisión, siendo muy severa por circunstancias propias de la ejecución.

u) Condiciones objetivas de punibilidad: No las hay en este delito.

v) Excusas absolutorias: No las encontramos en este tipo.

w) Tentativa: Como ya se mencionó que era de re--sultado formal y de peligro por este simple motivo no se da la tentativa, en cambio sí es admiti-

da la tentativa si es de resultado material, si - hay quebranto patrimonial otorgando el préstamo - solicitado.

x) Concurso. Este delito puede concursar, con el delito de falsificación de documentos, también -- con delitos patrimoniales, sexuales, delito de -- servidores públicos; siendo que puede darse tanto el concurso real como el formal.

y) Participación: Si se aceptan todos los grados de participación, doctrinariamente hablando, a -- los partícipes también serán sancionados por la pena que regula la Legislación Bancaria y el capí tulo correspondiente del Código Penal vigente.

d) LA TENTATIVA EN EL TIPO PREVISTO POR ESTE TEMA:

En este tema trataremos de manera breve la definición de tentativa así como las formas de la misma. En primer lugar hablaremos del "inter criminis", que abarca el estudio de las diversas fases recorridas por el delito que son desde su ideación hasta su agotamiento, esto es lo que comprende el "inter criminis", que significa el camino del delito. En sí el delito tiene un proceso - que se desarrolla mediante un desenvolvimiento propio, pues la actividad en que consiste, se observen dos fases, a saber: la -

interna o psíquica y la externa o física, también conocidas como subjetiva y objetiva. El delito se encuentra en la fase interna cuando aún no ha sido exteriorizado; es decir no ha salido de la mente del autor la idea del ilícito, en este estrado se coloca la ideación, a la liberación y a la resolución de delinquir.

También es llamada la ideación, como la concepción, esta fase se produce en el momento mismo que en la mente del sujeto surge la idea de llevar a cabo un delito. Puede suceder que dicha idea sea rechazada en forma definitiva o bien suprimido en un principio, sin que pueda surgir la posibilidad de que nuevamente surja la idea, inclandose entonces la deliberación, en ésta etapa el individuo realiza cierta valoración de las posibles alternativas de lo que él cree que es lo bueno y lo malo, tomando en cuenta el sujeto que en un momento dado tenga que enfrentarse a la justicia ocasionándole cierto temor dicho enfrentamiento.

El momento que existe entre las dos fases anteriores que es la idea criminal y su realización puede transcurrir un tiempo corto o quizás mayor, esto va a depender del ímpetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del agente; sin embargo si en éste persiste dicha idea criminosa, -- después de haberse agotado la fase psíquica de la deliberación, será el momento en que el sujeto ha tomado ya la resolución o decisión de delinquir. Por lo que la fase subjetiva no tiene t-

trascendencia penal, debido a que no se llegó a materializar la idea delictuosa, ya sea en actos o tan sólo en palabras, sin llegar a lesionar ningún interés jurídicamente protegido. --- Siendo obvio que el derecho regula tan sólo ejecuciones de las personas, por ello se considera que el pensamiento no delin--- que.

No se debe dividir que la simple resolución interna de delin--- quir sucede la manifestación, a la cual no se le puede considerar que forma parte de la fase externa pues no constituye en -- ningún momento una actividad material; no es propiamente un hecho material sino tan sólo una expresión verbal. En este sentido opina Jiménez de Asúa:

"Que por tal razón no se le incluye en la fase interna pero tampoco en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas". (147)

Pavón Vasconcelos, dice que esta fase consiste en el acto de voluntad mediante el cual el sujeto exterioriza su idea criminal por medio de la palabra. Cuando se habla de la fase externa u - objetiva, en el momento en que la resolución criminal se ha exteriorizado a través de la realización de actos materiales; es llamado por algunos autores proceso ejecutivo del delito. Para Maggiore dicho proceso comprende la preparación, la ejecución, y la consumación. La ejecución puede ser subjetivamente compl

(147) Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Ob. Cit. Pág.500

ta y objetivamente imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado, subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta en el que se habla de delito tentado, tentativa o connato.(148)

La preparación será en el momento en que el sujeto manifiesta - todas aquellas conductas de naturaleza intelectual y material - que anteceden a la ejecución del delito.

El proceso mental o motor será la ejecución que produce cierto-resultado delictivo. Por lo que en esta etapa se origina la punición y aparece la figura de la tentativa, la cual es castigada, pues no es solamente una intención, sino una intención manifestada, es un propósito traducido a la acción, siendo operante en el campo exterior del derecho; motivo suficiente para considerarlo como un hecho objetivamente antijurídico y crimenable, porque ha demostrado una conciencia malvada, no desde un punto de vista ético tan sólo, sino capaz de rebelarse contra el Derecho.

La tentativa difiere de los actos preparatorios; porque no hay en éstos todavía, hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito, dichos actos materiales pueden ser lícitos o ilícitos; pero no sucede lo mismo en la tentativa, en ésta -- existe un principio de ejecución y por ende, la penetración en el núcleo del tipo, se habla de penetración en el núcleo porque

(148) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- Ob. Cit. Pág. 468-470

ésta consiste en realizar algo en relación con el vocablo principal del tipo del delito. Para el gran Soler la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; por ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa.

Jiménez de Asúa, define a la tentativa como:

"La ejecución incompleta de un delito". (149)

Otros autores la consideran como un dispositivo amplificador del tipo, la norma que los códigos penales contienen en orden a la tentativa delictuosa, ya que a través de ella se torna punible una conducta humana que, de otra manera, quedaría impune.

"La norma sobre la tentativa no integra por sí sola una figura típica, pues carece de los específicos caracteres autónomos consustanciales a los tipos delictivos. Es accesoria su naturaleza y rango jurídico-penal. Ontológica y teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un determinado tipo. Por ello Carnelutti; ha podido afirmar que la tentativa es un delito secundario previsto en relación con un tipo principal. En virtud de este dispositivo divienen punibles conductas humanas que si bien ubicadas fuera del tipo, está finalísticamente dirigidas, en forma idónea e inequívoca, a su realización". (150)

(149) Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL". Vol. III. Ob. Cit. Pág. 595

(150) Jiménez Huerta Mariano.- "DERECHO PENAL MEXICANO I". Editorial Porrúa. 4a. Edición. México. 1983. Pág. 357.

Concluyéndose que se entiende por tentativa, los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, el cual no llega a su consumación por causas ajenas al querer del agente.

El maestro Javier Ramos Bejarano, aclara que es preferible no hacer referencia únicamente a la ejecución;

"porque se puede tomar el vocablo en un sentido estricto, siendo así que no comprendería las omisiones en las cuales, sin duda, también es dable la tentativa. Este autor define a la tentativa como la ejecución o inejecución de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas independientes del querer del sujeto" (151)

Ahora bien, continuaremos con la punibilidad de la tentativa, ésta obedece a la concreta voluntad del agente de afectar un bien jurídicamente protegido, por el derecho penal. En el Artículo 12 del Código Penal vigente, se establece: Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Siendo que en la tentativa, se viola una norma, pero esta violación sólo pone en peligro los bienes jurídicamente protegidos, se debe de sancionar en forma menos enérgica que el propio deli

(151) Castellanos Tena Fernando.- Ob. Cit. Pág. 279.

to consumado pues en este delito además de que se está violando una norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho. - Es por ello que en caso de que el sujeto desiste espontáneamente de su acción delictuosa, no es punible la tentativa. La punibilidad de la tentativa se basa en dos aspectos; por un lado, - en la voluntad delictiva, que se da igual que en el delito consumado, y por el otro, en el peligro en que ha estado en un momento concreto el bien jurídico que se atacaba, así como en la alarma o daño.

Se han elaborado varios criterios para justificar la punición - de la tentativa. Resumiéndose en los siguientes:

- 1.- En razón del peligro corrido;
- 2.- En razón de la violación del mandato de la norma principal;
- 3.- En razón de la intención manifestada reveladora de -- una conciencia malévola, atentatoria al Derecho.

(152)

La elaboración de los elementos de la tentativa, ha tenido ligeros variantes por los mismos juristas, considerando como tales los siguientes:

Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito;

Elemento material u objetivo, consistente en los actos --

(152) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ob. Cit. Pág. 486.

realizados por el agente y que deben ser de naturaleza -
ejecutiva, y

El resultado no verificado por causas ajenas a la volun-
tad del sujeto.

Maggiore considera como elementos de la tentativa los siguien-
tes:

- *a) La intención dirigida a cometer un delito;
- b) Un acto idóneo, o sea la manifestación de voluntad, -
traducida al mundo externo, con eficacia para produ-
cir el resultado que se ha propuesto el agente; y
- c) Una acción no realizada o el resultado no verifica-
do". (153)

Existen diversas formas de tentativa. Se habla de tentativa a-
cabada o delito frustrado, cuando el sujeto emplea todos los -
medios adecuados para cometer el delito y ejecutar los actos -
encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se --
llega a producir por causas ajenas a su voluntad. En cambio la
tentativa inacabada, consiste en que en el plan del autor se --
verifican varios actos tendientes a la producción de un resul-
tado, y en el momento en que el autor desiste quedando por con-
cluir otros actos para que se produzca el resultado, por tal -
motivo el evento delictuoso no surge; debido a que hay una in-
completa ejecución. Por ello el delito intentado no se consume

(153) Maggiore' Giuseppe.- Ob. Cit. Pág. 77

de acuerdo a sus elementos objetivo y subjetivamente; en cambio el frustrado se realiza subjetivamente pero no objetivamente.

Cabe hablar del desistimiento en la tentativa inacabada o delito intentado, siendo de manera contraria en la tentativa acabada o delito frustrado, porque no es posible el desistimiento, - sólo es aceptable hablar de arrepentimiento activo o eficaz; ya que no se puede desistir de lo ya ejecutado. Este arrepentimiento sólo se da en la tentativa acabada, surgiendo cuando el sujeto ha agotado todo el proceso ejecutivo del ilícito, teniendo como consecuencia que el resultado no se produzca por causas propias. Resultando de ello una actividad desarrollada por el mismo sujeto que impide la consumación del delito interrumpiendo - el curso causal de la acción. El Artículo 12, Párrafo Tercero - del Código Penal, vigente, recoge el desistimiento como arrepentimiento eficaz, expresándose: Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos -- ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

No debe confundirse la tentativa acabada o delito frustrado con la tentativa de delito imposible, se reputa aquella conducta -- que no realizará nunca el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados por el agente o bien por faltar el objeto contra el cual va dirigida. El maestro Mannizi hace una distinción entre inidoneidad e insuficiencia de medios.

Esta última significa falta de fuerza en el medio para llegar al resultado perseguido, mientras la primera es la ausencia -- completa de potencia causal. El mismo autor citado, ha diferenciado entre inidoneidad inicial y sucesiva, así como general y parcial.

Se estará frente al delito imposible, por la inexistencia del objeto jurídico tutelado por el derecho, o bien el objeto material, o sea el elemento constitutivo que representa la entidad física principal, respecto de la cual se desarrolla la actividad delictuosa del sujeto. Sin embargo existen algunos tipos -- de delitos en los que no es posible hablar de tentativa. En razón que aquella necesita representación de la conducta o del hecho y voluntariedad en la ejecución de los hechos, pues bien son los delitos culposos los que no admiten la figura de la -- tentativa. De igual manera sucede con los delitos preterintencionales, en los que el dolo está ausente respecto al resultado, también en los delitos de ejecución simple no es factible hablar de tentativa, porque la exteriorización de la idea consuma el delito. Por último tenemos a los delitos de omisión -- simple, los cuales no adoptan la tentativa, debido a que estos delitos surgen en el momento en que se omite la conducta esperada al darse la condición exigida por la norma para actuar. Por lo que no hay un antes en que pueda empezarse a omitir la acción esperada. En cambio los delitos en que sí se da la tentativa son:

Delitos Dolosos integrados por un proceso ejecutivo;

Delitos Materiales;

Complejos; y

Los de Comisión por Omisión.

De lo anterior se concluye para la figura de la tentativa en el tipo previsto en la fracción I del Artículo 90, se integrará de la siguiente manera:

Artículo 90.- Serán sancionadas con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario del -- Distrito Federal:

I Las personas que, con el propósito de obtener un préstamo, proporcionen a una institución de -- crédito, datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta quebranto pa trimonial para la institución;

En este tipo no es factible la figura de la tentativa, ya que -- se utilice el vocablo proporcionen con ésto, se deduce que está consumado el delito. Recordando que los delitos de resultado -- formal no admiten la tentativa, en cambio en los de resultado -- material sí es aceptada; pues bien, si en este tipo se da el -- préstamo solicitado por el sujeto cambiaría la situación ya que habría resultado material y por ello se podría darse la tentati va, pero como es de resultado formal no se puede hablar de tentativa.

e) LA PUNIBILIDAD ENCUADRADA A ESTA FIGURA

Como ya se dijo anteriormente que la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la ejecución de determinada conducta. Siendo un comportamiento punible cuando se hace acreedor a la pena; es por ello que tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

La palabra punibilidad también suele utilizarse, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a --- quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

Ahora bien, la punibilidad encuadrada en esta figura es de 2 a 10 años de prisión, como se puede apreciar no tiene libertad -- provisional porque el término medio aritmético no lo permite -- porque rebasa los cinco años. Además la multa a la cual se hace acreedor el sujeto activo es muy elevada, por ser el equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal. Por lo que en el momento de la ejecución del hecho se to maré en cuenta el salario mínimo vigente para la multa.

Dando mi opinión al respecto, creo que es poco injusta la multa porque es algo elevada y con respecto al término de 2 a 10 años de prisión, debería de existir una cuantía, es decir tomando en cuenta la cantidad del quebranto de la institución, si es que - se llega a consumir.

f) COMENTARIOS PERSONALES

Este tercer capítulo intitulado análisis dogmático relacionado con la figura de este tema. Es un breve estudio de todos y cada uno de los elementos que integran al delito, siguiendo un orden es decir una prelación lógica pues para que se integre un delito el primer elemento que debe de existir es una conducta, una actividad o inactividad, la cual debe de ser típica, antijurídica, imputable a un hombre, punible y culpable, y en caso de fallar uno de los elementos integrantes del delito será el momento en que se deba de hablar de los aspectos negativos del delito.

Ahora bien, el tipo a estudio que se encuentra regulado en la Prección I del Artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, y de acuerdo a lo expresado anteriormente en el contenido del presente capítulo podemos concluir que este delito de acuerdo a la conducta es de acción simple, - puesta que el sólo hecho de proporcionar datos falsos del pasivo o activo se agota en ese momento la conducta, por ello se ha dicho que es instantáneo; observándose que el mismo tipo lo dice, aún no hay resultado material por tal motivo se considera - de resultado formal y de peligro porque el patrimonio de la ins

titución está en peligro de sufrir un quebranto aún no lo sufre porque no se le ha otorgado el préstamo al sujeto activo. Sería considerado de hecho si existiera resultado material.

El patrimonio de la Institución de Crédito es el bien protegido por el derecho, será donde recaiga el daño si se llega a dar el préstamo.

Como es sabido el comportamiento de un hombre, traducido exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. Comprendiéndose que las formas en las cuales se puede expresar la conducta es la acción u omisión. Por ello se insiste que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien una inactividad, una abstención un no hacer tanto en el actuar como en el omitir. De esta forma se considera que en nuestro tipo no se da la ausencia de conducta porque el sujeto está llevando a cabo su comportamiento, es decir su actividad de proporcionar datos falsos.

La adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en concreto. Es uno de los elementos esenciales del delito y su ausencia impedirá su configuración. Desde un punto de vista penal se considera tipicidad, procesalmente cuerpo del delito; el cual encuadra con cada una de las hipótesis que señala el tipo, este es la creación legislativa, es decir, la descripción que hace el Estado de una conducta en los preceptos penales.

La atipicidad se daría en este delito por la falta de conducta

de la persona de proporcionar datos falsos del activo o pasivo; cuando falta el objeto material, porque no existe objeto sobre el cual recaiga la acción; y sin la institución o el interés -- por proteger no habría objeto jurídico que podría ser una causa de atipicidad.

Cuando un hecho reúne en sí todos los coeficientes para producir lo contrario a la norma, surgiendo así los efectos jurídicos por la misma norma establecidos, a esto se le llama anti-juridicidad, aunque se ha discutido si es o no elemento del delito, sin llegar a confundirse con el hecho anti-jurídico; porque la anti-juridicidad sólo exprese una relación de contradicción entre la norma y el hecho, mientras que el hecho jurídico, es el objeto del calificativo jurídico denominado anti-juridicidad. Nosotros consideramos a la anti-juridicidad como un elemento integrante del delito, ya que para que una conducta sea considerada como delito debe de ser típica, anti-jurídica y culpable he aquí como forma parte de los elementos del delito para poder configurarse el mismo.

En nuestro delito a estudio encontramos la anti-juridicidad, ante el simple propósito de la persona para obtener un préstamo a través de proporcionar datos falsos del activo o pasivo.

Sabemos que al no integrarse totalmente la anti-juridicidad son por algunas causas de justificación que son el aspecto negativo de aquella. En nuestro tipo no opera ninguna causa de justifica

ción, llamadas también causas de ilicitud, causas eliminatorias de la antijuridicidad, o justificantes. Podría darse la obediencia jerárquica, pero sólo en el caso que el inferior no conociera de la ilicitud del acto.

Vemos que la descripción que hace el tipo de acuerdo a la persona, sujeto activo, se considera que es común e indiferente por no señalar alguna característica en especial para dicho sujeto, como sería el caso de que dijera los servidores públicos como - lo describe la Fracción II del Artículo 90 de la Ley en cuestión, en este tipo sí se da una clasificación de la persona sujeto activo, y si se señalara sujeto activo especial cambiaría la configuración de la imputabilidad, además debe de ser una -- persona imputable esto quiere decir mayor de 18 años, capaz de querer y entender, en buen uso de sus facultades mentales, no -- operaría el caso de un menor de edad que sería una causa de -- inimputabilidad. El sujeto activo que realiza la conducta para obtener un préstamo, sabe y conoce la situación plena de proporcionar datos falsos. Por ello se ha dicho que es un delito totalmente doloso o intencional, porque el sujeto conoce su antijuridicidad y como se sabe en el dolo se busca se quiere el resultado, sabe que está actuando indebidamente, siendo difícil - que se de la imprudencia.

El sujeto activo puede encontrarse ante una falsa apreciación de las cosas sería el caso del error de hecho como causa de inculpabilidad la cual surge en ausencia de la culpabilidad, tam-

bién podría darse el error invencible que no puede superar, o el error esencial al afectar al acto mismo que se está desplazando en esta clase de error no basta con una disculpa sino -- que tiene que ser probado el error.

Se ha discutido si la punibilidad es o no elemento integrante del delito o es una consecuencia del mismo. De acuerdo a mi -- criterio considero a la punibilidad como parte integrante del delito ya que una característica muy importante del delito es ser punible, porque la punibilidad le da cierto carácter específico al ilícito, porque como se sabe sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena... Pues -- bien, si tomamos en cuenta la definición del delito desde un punto de vista substancial, siendo obvio que sólo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico, entendiéndose por tal la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible a un hombre. Es por ello que se considera a la punibilidad el carácter integrante del delito. Y desde un punto de vista formal el concepto de delito se reduce, a la conducta punible "acto u omisión que sancionan las leyes penales" Considerándose así a la punibilidad como la amenaza de la pena que el mismo Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas. Siendo su objetivo de las -- mismas, garantizar la permanencia del orden social.

Las condiciones objetivas de punibilidad lo mismo que el elemento anterior se discute si son o no elementos integrantes --

del delito, a estas condiciones se les ha definido como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Las causas de imputabilidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, llamadas excusas absolutorias, constituyendo el aspecto negativo de la punibilidad, recibe este nombre porque en un acto típico, antijurídico, imputable a un hombre y culpable, no se le designa pena alguna, esta clase de causas aparecen en delitos que legalmente se perdonan. En nuestro tipo, no encontramos alguna excusa absoluta.

Ahora bien, el momento pleno de la ejecución del delito ofrece la tentativa y consumación. Esta última es la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. En cambio la tentativa difiere de los actos preparatorios puesto que no existen todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito, estos actos pueden ser lícitos e ilícitos. A diferencia de la tentativa ya que en ésta existe un principio de ejecución surgiendo así la penetración en el núcleo del tipo, puesto que esto implica la realización de algo en relación con el vocablo principal del tipo del delito de que se trate.

Entendiéndose por tentativa, los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, el cual no llega a su consumación por causas ajenas al querer del agente.

En nuestro ya mencionado delito no se da la tentativa por ser

de resultado formal y de peligro, en caso de que se otorgara - el préstamo sería de resultado material entonces sí podríamos hablar de tentativa.

Pero cabe hacer mención que en este delito podría darse la equiparación de fraude. Recordando el contenido del primer capítulo de esta tesis, donde fueron expresados los antecedentes legislativos de la legislación bancaria, deduciéndose que a partir de 1932 se comenzó a darle una cierta protección a las instituciones de crédito, por lo que en estas primeras leyes - donde se describen capítulos de prohibiciones y sanciones, se consideraba como fraude el proporcionar datos falsos del activo o pasivo: sin embargo vemos que en la ley reglamentaria de servicio público de banca y crédito, vigente, no es considerado como fraude es una figura autónoma, pudiendo surgir la equiparación al delito de fraude, tomando en cuenta el resultado. Para entender mejor dicha equiparación haré mención de lo que es el fraude de acuerdo a la doctrina penal y la descripción - que hace nuestro Código de tal delito. Conforme a su noción -- doctrinaria penal, el fraude es un delito patrimonial que consiste en términos generales, en obtener mediante falacias o en engaños o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la -- usurpación de cosa o derechos ajenos.

La definición legal de acuerdo al Artículo 386 del Código Penal, vigente señala: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se

hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro in debido.

Examinando la descripción legal se puede establecer los siguientes elementos del delito:

- a) Un engaño o el aprovechamiento de un error:
- b) Que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcan se un lucro indebido; y
- c) Relación de causalidad entre el primer elemento actividad engañosa y el segundo, o sea que el elemento "hacerse de la cosa o alcanzar un lucro" sea consecuencia del engaño empleado por el sujeto activo o del aprovechamiento que - hace del error en que se encuentra la víctima. Estos tres requisitos son inseparables; no basta con probar la existencia de uno o de dos de ellos sino que se necesitan los tres.

El engaño lo constituye una mentira dolosa, cuyo objeto es producir en la víctima una falsa apreciación de la verdad. El enga ño debe de ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo y embaucarlo debiendo ser el mismo una causa de error en el pasivo.

El aprovechamiento del error en que se encuentra el pasivo presupone en el agente el conocimiento de la falsa apreciación de la verdad que aquél sufre. El dolo en el delito de fraude consiste, en el caso, en aprovecharse del error para obtener la -- prestación que es objeto material del delito.

Al hacer mención que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido, es un elemento normativo que se refiere al dolo específico consistente en la conciencia y voluntad del agente de obtener su enriquecimiento patrimonial valiéndose de un medio operatorio ilícito, indebido e ilegítimo. Este elemento de hacerse ilícitamente de una cosa significa que basta que el agente del delito tome la cosa, para que se tenga por reunida la constitutiva. Alcanzar un lucro indebido, significa una ganancia o provecho económico y de manera ilícita, siendo un delito de daño doloso en el que es configurable la tentativa teniendo su objeto jurídico el patrimonio económico de las personas.

La relación de causalidad lógica entre el primer elemento y el segundo. El engaño causado o el error aprovechado deben ser el motivo del enriquecimiento indebido del infractor. Esa obtención de la cosa o lucro debe de ser consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad de la mentira empleada por el sujeto.

En el fraude existirá, condición "sine qua non", cuando como resultado del engaño o del aprovechamiento del error en que se encuentra el sujeto pasivo, el autor logra la apropiación de cosas o derechos patrimoniales ajenos.

Como se puede apreciar puede darse la equiparación al delito de fraude si se reúnen los elementos para ello. Pudiéndose encuadrar esta equiparación en lo prescrito por el Artículo 389

del Código Penal, expresando:

"Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años y multa de cuatrocientos a cuatro mil pesos, al valerse del cargo que se ocupe en el gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal, o en cualquier agrupación de carácter sindical, o de sus relaciones con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos, para obtener dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o aumento de salario en tales organismos".

C A P I T U L O I V

DE LA PARTICIPACION Y CONCURSO EN EL TIPO PREVISTO
EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 90 DE LA LEY EN CUESTION.

- a) CONCEPTO DE PARTICIPACION
- b) FORMAS DE PARTICIPACION
- c) LA PARTICIPACION EN EL TIPO PREVISTO EN LA
FRACCION I DEL ARTICULO 90
- d) DEFINICION Y FORMAS DE CONCURSO
- e) EL CONCURSO EN EL TIPO PREVISTO EN LA FRAC-
CION I DEL ARTICULO 90
- f) COMENTARIOS PERSONALES

DE LA PARTICIPACION Y CONCURSO EN EL TIPO PREVISTO
EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 90 DE LA LEY
EN CUESTION

a) CONCEPTO DE PARTICIPACION

Comenzaré este tema con el concepto de participación; entendiendo que la naturaleza misma de determinados delitos requieren -- pluralidad de sujetos. Por lo que en la mayoría de los casos, - el delito es el resultado de la actividad de un individuo; pero bien es cierto que en la práctica dos o más sujetos conjuntamente realizan un mismo acto ilícito siendo en este momento donde encuadraría la figura de la participación o la del concurso eventual, consistiendo la participación en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito.

Como anteriormente se hizo la distinción entre delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, según el tipo legal, exija para su realización del comportamiento de uno o de varios individuos. Por otro lado si la descripción típica no precisa como requisito indispensable, la concurrencia de dos o más sujetos, siendo en --

tal caso considerado el delito monosubjetivo, aún cuando en -- forma contingente intervengan varias personas.

Citaré como ejemplo el delito de homicidio, si diversos sujetos son los que intervienen, tanto en la planeación como en su ejecución, correspondiéndole a cada uno distinta actividad, -- siendo que cada actividad se encuentran encaminadas a un mismo propósito, pues sus conductas convergen a la producción del resultado deseado que en este caso es el de "muerte" formándose así el concurso eventual o participación. Pero en dado caso de que la estructura del tipo requiera de dos o más agentes activos será cuando se integre el concurso necesario.

"Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades puedan infringir una sola norma.- En el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo unidad en el delito con concurso de sujetos". -

(154)

El Derecho Penal, empero no puede limitar su alcance a sancio-- nar exclusivamente las conductas de aquellas personas que de modo principal lesionan o ponen en peligro de lesión a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. En el ámbito de su -- area entran también en juego otras personas diversas de las que

(154) Pavón Vasconcelos Francisc.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO" Editorial Porrúa, S.A. 6a. Edición. México. 1984. Pág. 459.

el tipo expresamente menciona, pues en torno a la conducta principal que en él se describe, existen a veces otras conductas accesorias, anteriores o simultáneas. En el momento en que estas acciones accesorias son en mayor o menor grado coadyuvantes de la acción principal y por tanto inequívocamente antijurídicas, obvio es que adquieran una importancia trascendental que no es posible desconocer si se requiere que el Derecho Penal valore los hechos del mundo circulante en su viviente plenitud. Existen diversas doctrinas que pretenden desentrañar la esencia de la participación con un propósito sintetizador se reducen a tres, a saber:

- a) De La Causalidad
- b) De La Accesoriedad; y
- c) De La Autonomía.

a) DE LA CAUSALIDAD.- consiste en la intervención de individuos ya sea de manera directa o indirecta, intervengan en la -- producción de un delito siendo así como colocan su particular a actuar en el rango de condiciones que en conjunto producen el resultado típico. Sin embargo con base en la causalidad se intenta resolver el problema de la naturaleza de la participación al considerar codeincentes a quienes contribuyan con su aporte, a formar la cause del evento delictivo.

Para Von Buri, la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia pa-

ra la causación del hecho prealmente tipificado. (155)

b) TEORIA DE LA ACCESORIEDAD.- Se le ha denominado así, porque considera autor del delito sólo a quien realiza los actos u omisiones descritos en el tipo legal; no obstante la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios que se le presten al autor principal. Es por ello que esta doctrina se encuentra apoyada en la labor de síntesis, afirma la punición de los actos ejecutados por cada partícipe, con una medida acorde con su mayor o menor aportación objetiva en la realización de lo que - indiscutiblemente en un sólo delito, pero de acuerdo también -- con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad.

La tesis de la accesoriadad, fué de gran aceptación, porque sólo admite el problema de la participación como un delito único, pretendiendo encontrar al autor quien, ejecuta los actos descritos en el precepto legal; considerando que los demás actos realizados por distintos individuos, se encuentran en relación accesoria con el autor principal, quedando unidos a él en virtud del propósito común para obtener el resultado idéntico.

Expresa el profesor Cavallo:

"Autores los son quienes intervienen en la comisión de los actos ejecutivos. Y partícipes serán los que se adhieren mediante actos diversos a la actividad de aquellos. Tal enlace, a través del cual se co-

nectan los actos accesorios al principio, no puede ser sino de naturaleza psíquica y consistente precisamente en la identidad de la intención". (156)

De lo anterior se deduce que la teoría de la accesoriedad parece ser la más aceptada, ya que dicha doctrina se basa en la necesaria relación subjetiva de los actos realizados, desde luego pretende resolver la cuestión de identificar al autor através de la actividad principal, la cual es extraída de la descrita por el tipo penal; sin olvidar su firme jerarquía entre aquél y los partícipes, por lo que éstos le encuentran en dependencia accesoria de carácter material aún cuando existe concordancia psíquica con él. No obstante para los autores Frank y V. Hippel sus opositores han puesto de relieve las consecuencias inadmisibles de su aplicación integral, por originar impunidad de las conductas accesorias en aquellos casos en que la acción principal, y por ello el autor debe quedar sin pena. Dicho concepto llevó a los dogmáticos a constituir la noción de autor mediato; resultando ser éste no sólo quien ejecuta el hecho por sí, sino también quien lo ejecuta por conducto de otro, inculpable teniendo el último, el carácter de puro instrumento en manos de aquél.

Guillermo Sauer expresa:

(156) Parte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 496.

"No constituyen ninguna realidad natural, sino son - realidades artificiales se apoyan en consideraciones normativas, las cuales aunque necesarias y permitidas, no deben conducir a construcciones extrañas a - la vida". (157)

Pues bien, el ilícito producido por varios individuos único e indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, las cuales corresponden a los partícipes.

c) LA DOCTRINA DE LA AUTONOMIA.- Para esta tesis el hecho producido por varias personas pierde su unidad por considerar a la realización del suceso delictivo, llevans cabo comportamientos autónomos surgiendo así distintos delitos con vida propia cada uno. En efecto los sujetos que intervengan en un evento delictivo ya no son considerados partícipes, debido a la naturaleza de la autonomía de sus conductas, por ende a la actuación de un sujeto no se le comunican las circunstancias de los demás. Siendo admisibles individualmente las causas de excluyentes de responsabilidad, las que señala el ordenamiento jurídico para tales casos.

(157) Sauer Guillermo.- "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Editorial Bosch. 1956. Pág. 302

b) FORMAS DE PARTICIPACION

Como se ha dicho la figura de la participación precisa de varias personas que encaminen su conducta hacia la realización de un evento delictuoso, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Sin embargo, si todos son causa del delito, no siempre lo serán en la misma forma; ésto se relacionará con la actividad o inactividad en su caso, de cada individuo surgiendo de esta manera diferentes formas de participación a saber:

Autores

Inducción o Instigación.

Ayuda o Auxilio: Delincuente Principal-Acciones Principales

Complices-Acciones Secundarias

Se le determina autor Principal, a la persona que concibe, prepara o ejecuta el comportamiento delictuoso; reconociendo a los individuos que de una manera indirecta cooperan para la producción del suceso delictuoso, llamandolos delincuentes accesorios ó cómplice. A la persona que pone una causa eficiente para que se lleve a cabo una conducta típica se les llama Autor; no obstante esa conducta en unos casos ejecutada de una forma directa e inmediatamente por el sujeto existiendo algunos casos en que es realizada por la intervención de otra persona o personas. Distingue tanto la doctrina como la ley dos formas de autoría;

La Intelectual y La Material.

Se le ha considerado al autor intelectual por algunos autores - como instigación, presentándose esta forma de autoría, en el caso de que un sujeto realice una conducta típica, valiéndose de la actividad de otra persona para obtener su resultado deseado. Para Villalobos, autores intelectuales se consideran en Derecho a quienes;

"No realizan por sí un delito pero logran que otro - lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido"(158)

Instigación significa de acuerdo al maestro Novoa Monreal:

"Es crear en el ánimo de otro la voluntad de cometer el delito; hacer surgir en la mente de otro la decisión de realizar el hecho punible; generar en otro - el propósito de delinquir" (159)

El instigador como acertadamente menciona Soler:

"Quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar un hecho através de la psique de otro, determinando a éste en la resolución de ejecutarlo" (160)

(158) Villalobos Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 470

(159) Maggiore Giuseppe.- Ob. Cit. Pág. 109

(160) Reyes Alfonso.- "LA TIPICIDAD". Universidad Externado de Colombia. 1976. Pág. 217.

La instigación comprende, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación. Cuando se le encarga - a otro la ejecución de un delito, siendo esta ejecución para exclusiva utilidad y provecho de quien encomienda, será en ese momento cuando se está en presencia del mandato. Una orden, es la imperativa manifestación de voluntad que una persona superior - jerárquicamente hablando, conduce a su inferior para que desarrolle determinado comportamiento ya sea positivo o negativo. - Habrá coacción, cuando se utilice la fuerza física o moral las cuales operando sobre la voluntad de una determinada persona -- anulándole su libertad de obrar, para que al emplear dicha fuerza sobre el individuo éste realice determinado comportamiento - de acción u omisión. Es decir que el autor intelectual emplea - la coacción cuando domina violentamente la voluntad de otro, logrando que la persona bajo la presión de una agresión física o de una amenaza de daño grave e inminente, ejecute hechos descritos en la ley como delitos. Se habla de consejo, cuando el autor intelectual utiliza este mecanismo, manejando la voluntad - ajena con ciertas razones y argumentos convincentes, hasta lograr así que el aconsejado lleve a cabo cierta acción u omisión típicas teniendo la creencia para sí que le conviene, aún cuando realmente está con su comportamiento satisfaciendo la voluntad del consejero. En sí el consejo es la instigación que se -- hace a alguno para inducirlo a cometer un delito para la exclusiva autoridad y provecho del instigador.

Por último tenemos la asociación, no es más que el pacto realizado:

"Entre varias personas para cometer un delito para - utilidad común o respectiva de todos los asociados."

Esta subclase ha sido negada por algunos autores, --- pues niegan que la:

"Asociación constituye una forma de autoría intelectual pues lo más se le puede situar como un estado delictuoso". (161)

La existencia del dolo en la instigación, se ha considerado un interesante problema, para el gran Mezger:

"Le da como contenido lo que caracteriza objetivamente a la instigación comprendiendo la representación y la voluntariedad de que se hace surgir en otro la resolución de cometer el acto y de que el resultado se produce por ese "otro" como autor plenamente responsable".

(162)

El alcance del concepto anterior esté en relación a la idea de la instigación como causación dolosa del resultado, se hace surgir en otro la resolución de delinquir, es decir, de expresar su conducta y producir el resultado como autor plenamente res--

(161) Maggiore Giuseppe.- Ob. Cit. Pág. 109

(162) Franco Guzmán Ricardo.- "EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO". Procuraduría General de la República. Publicaciones Especiales. México 1959. Pág. 14.

ponsable. De manera tal, si no hay responsabilidad plena en el sujeto ejecutor material del hecho no puede hablarse propiamente de instigación, sino de autoría mediata, respecto del primero.

No obstante la plena responsabilidad del ejecutor material como base indispensable para construir la definición de instigación aceptada casi unánimemente en la doctrina, no era aplicable en nuestro Derecho, de acuerdo al anterior Artículo 13 del Código Penal, antes de sus reformas. Sin embargo con nueva reforma las cosas tomaron un sentido más adecuado, debido a que en su fracción IV precisa, como responsables del delito a: "los que lo --lleven a cabo sirviéndose de otro", caso donde se demuestra la autoría mediata, porque el autor material es tan sólo un instrumento del verdadero autor, la fracción V encierra a los que "determinen intencionalmente a otro a cometerlo", en otras palabras a los instigadores o inductores en la real significación - del término que precisa plena capacidad en el instigador o inducido.

En los casos en que la instigación se aplique en exceso Cuello-Calón dice;

"Si el inducido ejecuta hechos no comprendidos en la intención del inductor no pueden ser imputados a éste, pues sólo responde dentro del ámbito de lo querido, a menos que aquellos hechos sean consecuencia de

los queridos y previstos por el inductor". (162)

Por su parte, welsel precisa el límite de la responsabilidad al afirmar que el instigador responde "solamente en cuanto el hecho coincide con su dolo y por ello no responde por el exceso - del autor". El mismo autor negando en un principio "la responsabilidad del instigador por exceso, afirma con razón que responde del resultado más grave en los delitos calificados por el resultado" (163)

La instigación culposa es negada por algunos autores entre ellos se encuentra Soler, nos apoyamos en su decir; de negar la responsabilidad de la instigación culposa, pues la "actividad imprudente de carácter psíquico no se encamina...directamente' a generar la resolución criminal y por ende, si este fenómeno se produce, no puede el resultado ponerse a cargo de nadie como instigador"(164) Cuando el propio instigador no desea el resultado pero sí la actividad ejecutiva, será impune su despliegue psíquico o moral de no erigir por sí mismo un delito diferente, será entonces cuando se hable de la instigación de tentativa. Pero cabe hacer una aclaración al respecto, no resulta lo mismo - instigación de tentativa que responsabilidad derivada al dicho instigador cuando el evento delictivo no llegó a consumarse quedando dicha intención como simple tentativa.

(162) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 504.

(163) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 504.

(164) Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 294.

Mezger considera:

"Que a virtud del principio de la accesoriedad es - impune la instigación en grado de tentativa, haciendo hincapié en la diversa solución al caso de la -- instigación de un delito que sólo queda en grado de tentativa, pues ésta cuando es punible alcanza al instigador con la pena atenuada aplicable al autor material". (165)

Ahora bien, en la inducción no seguida de ejecución, la conjetura de que el inducido no llegue a la ejecución del acto, opinan algunos juristas que debe sancionarse al instigador apoyándose, más que en la existencia del concurso en la peligrosidad evidenciada por la actividad del inductor. Destaco que en nuestro Derecho, la inexistencia del concurso elimina la posibilidad de sanción, salvo en caso contrario que la ley determine - su punición como sería en el caso del Artículo 135; Fracción I del Código Penal vigente, siendo el caso en que la inducción - sin ejecución sería punible porque se estaría en presencia de un delito autónomo y no por ser un verdadero concurso de personas. El juzgador tendrá el arbitrio para aplicar la sanción - que estime justa y acorde a la personalidad del delincuente. Maggiore clasifica las formas de participación según: "El grado, la calidad, el tiempo y la eficacia". (166)

(165) Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 332

(166) Maggiore Giuseppe.- Ob. Cit. Pág. 502.

De acuerdo al grado, la participación puede ser principal o primaria y accesoria o secundaria, ésta última se refiere a la preparación del ilícito y la primera a la consecuencia del mismo. Por lo que respecta a la calidad de la participación puede ser de dos puntos de vista, el físico y moral, comprende esta última la instigación y la determinación o provocación. Y es la instigación considerada como la principal forma de concurso moral y consiste no solamente en la comunicación del propósito criminal, sino en inducir a otro a delinquir. En cuanto al tiempo en esta concepción la participación puede ser anterior en dado caso que el acuerdo sea previo a la comisión del hecho y en ese momento se precisa la intervención que en él lleva cada participante; también puede ser concomitante, si la temporalidad refiriéndose al instante mismo de que se ejecuta después del evento delictivo, pero con acuerdo previo. Por último tenemos la participación de acuerdo a la eficacia; dentro de esta clasificación - existe participación necesaria o no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión, el concurso de personas.

Existen dos clases de autores que se deben distinguir, autor material, intelectual y autor por cooperación. Al referirnos al primero, es aquel sujeto quien físicamente ejecuta los actos -- descritos en el ordenamiento legal, esta clase de autores se -- prevé en el Artículo 13, en su Fracción II del Código Penal; - "los que realicen por sí". Siendo que estos sujetos de una mane

ra directa e inmediatamente llevan a cabo la conducta, la cual tiene que estar descrita en algún tipo penal para que sea considerada como delito, dicha conducta puede llegar a realizarla ya sea por iniciativa personal o impelido por la voluntad dominante de un instigador o consejero.

De lo anterior puede observarse que en sí el verdadero autor o autor "strictu sensu" es el autor material, porque es el sujeto que desarrolla el comportamiento de acción u omisión el cual se subsume en el tipo, mientras el instigador es un autor por expresión en cuanto ejecuta el hecho típico "Longa manus", es decir por interpuesta persona.

Autor intelectual será el sujeto que induce, instiga o determina a determinada persona a cometer un ilícito; el Artículo 13, en su Fracción V, describe: "los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo".

La figura de los autores por cooperación, consiste en el auxilio de carácter necesario que presta un sujeto para llegar al fin delictivo propuesto por el autor intelectual. Es preciso hablar de autor mediato, "se denomina tal al que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad bien por ausencia de conducta, por error o por ser inimputable. Soler para distinguir la autoría mediata de la inatigación propone llamar a la primera "impulsión y comprende como casos de autoría mediata:

a) LA VIOLENCIA.- (vis absoluta), en la cual la ca-

lidad de autor se desplaza hacia quien la ejerció.

b) LA COACCION.- ya que en ella aunque puede haber imputación en la acción del delito, respecto al -- cual debe responder al autor mediato;

c) EL ERROR.- pues en tal supuesto el autor inme-- diato ignora las circunstancias de hecho que actúa así índole antijurídica;

d) acciones de inimputables, ya que en estos casos el resultado de la acción del incapaz se pone a -- cargo del autor mediato por ser aquel un simple -- instrumento de que éste se vale para cometer el de-- lito.

El mismo autor opina que:

"Autor inmediato es el que ejecuta la acción expre-- sada por el verbo típico de la figura delictiva".

(167)

Continuaré con la coautoría, se le denomina así, a los sujetos que realizan la actividad "acción u omisión", con otro u otros individuos descrita en la ley, en cierto rigor desde un punto de vista técnico, el coautor es autor.

Sauer define la conducta de los coautores como:

(167) Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 258-259.

"La ejecución común consciente", agregando: "la coautoría cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas; coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso".

(168)

En modo alguno el coautor es un autor mediato, porque todos ellos responden como autor. Advertase que en la coautoría no hay accesoriedad, pues su responsabilidad no depende de la del otro coparticipante. En caso de suprimir la existencia de los otros colaboradores, seguiría siendo autor ya que realizó actos típicos y consumativos.

El maestro Soler expresa, un verdadero coautor:

"Es aquel que sigue siendo autor aún cuando hipotéticamente se suprima otra participación. Objetivamente ha realizado actos ejecutivos típicos subjetivamente

(168) Sauer Guillermo.- Ob. Cit. Pág. 305

se dirigía a ello su voluntad y jurídicamente reunía las condiciones requeridas por el derecho para el autor de ese delito". (169)

No es muy diverso el sentir de Maurach para quien:

"Coautoría es el cooperar querido, consciente y con división de trabajo de varios autores para la consecuencia de un resultado típico" (170)

La coautoría se divide en la intelectual y material siendo la primera cuando la actividad de los agentes se despliega en la fase ideativa del "inter criminis". Por lo que respecta a la segunda se desarrolla durante el proceso tanto de ejecución como de consumación. Siendo en este caso cuando intervienen varios instigadores o varios autores materiales. Es por ello que para que se de la existencia de la figura de coautoría, es necesario que los partícipes realicen comportamientos de autores subsumibles en el mismo tipo legal.

La complicidad es otra forma de participación, la cual consiste en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución de un delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo. De ello se deduce que la complicidad exige en el aspecto objetivo un

(169) Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 264.

(170) Reyes Alfonso.- Ob. Cit. Pág. 219.

doble elemento; un auxilio al delito, la ejecución del delito - y la ejecución del delito por otro.

Mezger dice, que la complicidad:

"Es coacción dolosa del resultado mediante auxilio al crimen o delito de un autor plenamente responsable, en tanto no exista instigación" (171)

Se ha denominado cómplice a quien realiza la acción secundaria, se distingue dentro de esta clasificación, la complicidad moral y la material, consistiendo esta última en facilitar los medios materiales para la ejecución del delito; la moral es instruir - o alentar al autor sobre la manera de realizar la ejecución del mismo.

Jiménez de Asúa, define al cómplice desde un punto de vista objetivo estimando:

"Que es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito" (172)

Los requisitos de gran importancia para la existencia de la figura de la complicidad son los siguientes:

- a) Debe darse la existencia de uno o de varios autores.

(171) Mezger Edmundo.- Ob. Cit. Pág. 333

(172) Jiménez de Asúa Luis.- Ob. Cit. Pág. 546

b) Concurso voluntario de acciones u omisiones e identidad de tipo.

De acuerdo a lo anterior se deduce que la complicidad es eminentemente accesoria por lo que no puede tener vida propia sin la presencia de uno o de varios autores; porque la labor del cómplice es propiamente ayudar al autor a ejecutar el hecho punible siendo imposible ayudar a alguien que no existe. En esta figura se da el dolo, por el conocimiento que tiene del auxilio que presta el autor, así como el motivo del mismo. Tal afirmación no implica, de manera alguna, el conocimiento por parte del autor del auxilio proporcionado por el cómplice, de la manera en que el Derecho toma en cuenta dicho conocimiento para constituir el dolo.

La figura de la complicidad se presenta tanto en los tipos monosubjetivos, como en los plurisubjetivos; un autor puede actuar con la colaboración de uno o de varios cómplices, también los coautores necesarios pluralidad de autores por disposición del propio tipo pueden requerir la contribución de cómplices.- Debido a la coadyuvancia que caracteriza la función del cómplice puede ser de una manera más o menos eficaz para que así el autor lleve a cabo el hecho delictivo. Siendo esta consideración lo que ha llevado a la doctrina y algunas legislaciones a distinguir dos formas de complicidad la primaria o necesaria y la secundaria o accesoria, de esta última la doctrina distingue tres subclases a saber: la antecedente, la concomitante y

la subsiguiente. Siendo que la conducta del cómplice no necesariamente se limita a colaborar en uno de los tres momentos antes mencionados que son antes, durante y después de la relación del hecho punible, también puede ser el autor acompañado durante todo el proceso delictivo es decir durante el "inter criminis".

Algunos autores niegan la complicidad culposa, mientras que otros la afirman. En nuestro Derecho la culpa, como se ha visto se caracteriza por la total ausencia de voluntad respecto del resultado producido, pues "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen", es así como lo establece nuestro ordenamiento penal en sus artículos 8; Fracción II y 90 párrafo segundo. En sí la complicidad requiere tanto la representación del acto propio como del acto del autor, pero fundamentalmente la representación de que el primero constituye un auxilio a la ejecución del delito de tal manera que la realización de subordinación en el orden material también se da en el aspecto subjetivo, cuando menos respecto de aquel que presta el auxilio.

Son diversos los sistemas que han adoptado las legislaciones sobre el problema de la punibilidad de la complicidad figura de la que se ha venido hablando, algunos Códigos colocan en igualdad de condiciones para los efectos de penalidad, a todos los concurrentes en el delito siendo que esto ocurre en el sig

tema Italiano, mientras que en otros sistemas, establecen penas distintas según el grado de participación en el ilícito. La doctrina acepta el criterio de que los cómplices deben ser sancionados con pena inferior a la correspondiente al autor del delito, pues es de menor importancia la actividad desplegada por ellos en la comisión del delito.

El Código Penal del Distrito Federal, no emplea grado alguno de penas, otorgándole de esta manera al juzgador el arbitrio necesario para determinar las sanciones correspondientes en cada caso a quienes participan en la comisión del hecho punible.

La aplicación del principio de la causalidad, base de toda construcción jurídica de la participación, en la forma restringida en que lo hemos adoptado, excluye al encubrimiento, puesto que el concurso de sujetos implica intervención en la producción del delito, sea de manera directa o indirecta. Surgiendo así la idea de considerar al encubrimiento como figura autónoma, el cual consiste en la "ocultación de los culpables del delito o del cuerpo o de los efectos de éste, o de los instrumentos con que se cometió o de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia, o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiera proporcionado o en aprovecharse el propio encubridor de aquellos beneficios. Es preciso para su existencia, un hacer activo, la conducta pasiva, la omisión en denunciar el delito o los delincuentes no constituyen encubrimien

to.

Anteriormente fué considerado una modalidad de la participación en el delito, hoy se considera generalmente como un hecho delictuoso independiente.

Nuestro ordenamiento penal, describe en su Artículo 400, algunas formas específicas de encubrimiento, como delito autónomo, mientras en el artículo 13 del mencionado ordenamiento en su -- fracción VII declara responsables del delito a:

"Los que con posterioridad a su ejecución auxilian al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito". (173)

Los requisitos del encubrimiento son los siguientes:

- 1.- Tener conocimiento de la perpetración del hecho punible;
- 2.- No haber tenido participación en él, como autor ni como cómplice;
- 3.- Intervenir con posterioridad a su ejecución;
- 4.- Que la intervención tenga lugar en el modo - taxativamente marcado por el legislador". (174)

Para Silvela lo que realiza el encubridor es:

"Cometer un delito conexo relacionado con el princi-

(173) "CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL".- Editorial Porrúa. 43a. Edición. México. 1987. Pág. 134.

(174) Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 659.

pel, pero al fin y al cabo, diferentes. Más, sea lo que fuere, el código exige que el encubridor intervenga cuando el delito se haya perpetrado y todo aquél que lo haga por actos anteriores o simultáneos merecerá la calificación de autor o de cómplice, pero no la de encubridor". (175)

c) LA PARTICIPACION EN EL TIPO PREVISTO EN LA
FRACCION I DEL ARTICULO 90.

Artículo 90.- Serán sancionadas con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario -- del Distrito Federal.

I Las personas que con el propósito de obtener un préstamo proporcionen a una institución de crédito, datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta quebranto patrimonial para la institución.

(175) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Ob. Cit. Pág. 661

Es indudable que puede presentarse la autoría intelectual, la material, la coautoría, la autoría mediata y la complicidad, en este delito. También se podría integrar el encubrimiento como delito autónomo. Sin embargo cada participe en su grado, tendrá la sanción que nuestro Código Penal vigente señala para tal caso, y desde luego se tendrá que tomar en cuenta la sanción que menciona la misma Legislación Bancaria para tal efecto.

d) DEFINICION Y FORMAS DE CONCURSO

Ha sido difícil la ubicación del concurso en la sistemática del Derecho Penal. En un principio fué aceptado como solución en la dogmática alemana, después dentro de la teoría de la acción, -- hoy en día se ha estimado que se adecúe dentro de la teoría del tipo, en la de la pena o bien dentro de las formas de aparición del delito. Para el conocido Profesor Mezger, el criterio que pretende "la división y distribución de la total teoría del concurso entre la teoría del delito y la teoría de la pena", lo rechaza ya que para este autor, consideró mejor "examinar aquella en la teoría del delito". (176)

(176) Mezger Emundo.- Ob. Cit. Pág. 359.

El concurso de delitos suele tratarse bajo el sistema de unidad y pluralidad de acciones, ya que precisamente al llegar a esta zona de la problemática del delito se pone de manifiesto que --son impracticables todos aquellos conceptos prejurídicos u ontológicos de la acción que pretenden construir ésta al margen de la ley con criterios en suma naturales, llámense causales, finales o sociales. Esas concepciones obligan a verificar una reducción a los términos legales cuando se da el caso, no infrecuente, en que un sujeto es autor no de un solo delito sino de varios, en el sentido de que la misma persona concurren varias actuaciones delictivas.

Se da el concurso de delitos cuando un sujeto en el momento de ser juzgado ha cometido varios delitos por los que no ha sido condenado con anterioridad. Sin embargo en dicha determinación conceptual del concurso, hay que tomar en cuenta, por consiguiente un elemento procesal; el enjuiciamiento conjunto, porque entre uno y otro delito ha intercedido una condena ya no puede --plantearse el problema del concurso, sino el de reincidencia o reiteración. Siendo obvio que una vez recaída sentencia sobre una pluralidad de delitos, los actos punibles posteriores deberán ser de nuevo enjuiciados a la luz de la problemática de la reincidencia criminal y no del concurso. Puesto que esta figura encuentra su límite en la reincidencia.

Existen diversas conjeturas con relación a la conducta y la lesión jurídica dentro de la figura del concurso. Siendo que el

objeto propuesto es factor esencial en la relación del delito, - no importando si se presentan diversos resultados, se debe aceptar que el hecho de que tal fin perseguido por el autor juega - un importante papel en la comprensión del concepto de la conducta, es decir de la acción, la cual debe ser entendida en su concepción natural pero sin perder de vista que es el decir de la voluntad del hombre.

En la función de la conducta y de la lesión jurídica se pueden considerar las siguientes hipótesis:

- a) Unidad de Conducta y Delito;
- b) Pluralidad de Conducta y Unidad de Delito. (delito continuado).
- c) Unidad de Conducta y Pluralidad de Delito. (concurso -- ideal o formal).
- d) Pluralidad de Conductas y de Delitos. (Concurso real o material)". (177)

Para identificar cuando se está frente a la unidad de acción y unidad de lesión jurídica, será en el momento que una conducta singular produce daño en un sólo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente. Cuando el sujeto con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva no constituye más que la ejecución parcial de un sólo y único -

(177) Porte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 613.

delito. Esta conducta de acciones delictivas se denomina delito continuado. (178)

La idea de Delito Continuado, fué desconocida en el Derecho antiguo, su origen fué en la Indulgencia de los prácticos como medios de eludir la imposición de la pena de muerte. Tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia han mantenido a esta figura jurídica como un objetivo de conseguir una atenuación de la pena. Desde un punto común ha sido considerado como "ficción jurídica", por algunos autores, mientras que otros lo han considerado como unidad real.

La doctrina exige tres requisitos para que se integre el delito continuado y son:

1. Pluralidad de Conductas, es decir de acciones u omisiones delictivas;
2. Unidad de precepto penal violado; y
3. Unidad de Intención

Siendo que en la pluralidad de conductas, se hace necesaria una pluralidad de movimientos corporales o inactividades, pero sin existir autonomía entre cada una de las expresiones de voluntad. Es por ello un elemento de naturaleza estrictamente objetiva, - ya que no puede determinarse en su verdadera relevancia sino en función del precepto penal, porque el delito continuado es reiterada violación de la norma. No debe confundirse la pluralidad

(178) Cfr. Cuello Calón Eugenio.- Ob. Cit. Pag. 188

de conductas con la pluralidad de actos materiales.

El profesor Luigi Pillitu, para dar su opinión se basa en el -- concepto de acción u omisión:

"Entendidas como actuación completa de la voluntad - del autor en relación al delito, de manera que ubi-u cedos en este punto de partida es fácil colegir que el acto constituye una parte o momento de la acción, es decir la parcial actuación de la voluntad crimino sa. De ahí que el delito continuado supone, en pri- mer término una pluralidad de conductas perfectas y autónomas entre sí en su valor puramente objetivo".

(179)

Sobre esta pluralidad de acciones, como finalmente observó Carrg ra, implica discontinuidad en el tiempo, ya que cada una de --- ellas, perfecta por acabada, requiere de las demás para estable- cer la continuidad necesaria a la unidad del delito. Es de gran- importancia determinar el lapso que debe de existir entre una y otra conducta. Aún cuando Manzini ha expresado el criterio de -- que:

"La actuación criminosa puede realizarse en un perío- do cualquiera dado que el tiempo transcurrido entre- una y otra conducta no es por sí capaz de interrumpir el nexo de la continuidad, es preciso tener presente-

(179) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO"
Ob. Cit. Pág. 489

que la lejanía temporal o espacial de las acciones puede ser interpretada como síntoma de una solución nueva que interrumpa la continuidad necesaria en esta peculiar forma de delito". (180)

Pero lo más importante del caso es que las acciones constiyan:

"La expresión de una misma resolución delictiva, - con la cual pasa a segundo término la consideración del tiempo y lugar de dichas acciones". (181)

A la unidad de propósito, segundo requisito del delito continuado, se le han dado diversas denominaciones como: la unidad de la resolución, unidad de plan o proyecto, unidad de designio, - unidad de deseo o unidad de pensamiento. En México como en España parece aceptado un criterio mixto, que sea acorde para estructurar el principio de esta peculiar forma de delito a la pluralidad de acciones también a la unidad de propósito delictivo, cuando la fusión de estos dos requisitos producen la violación de un mismo bien jurídico. Mittermaier había destacado la razón que establece la unidad en el delito continuado poniendo de relieve que es la voluntad criminal, de menor intensidad y gravedad que en el concurso real, lo que hace realidad el vínculo de unión entre las diversas acciones ejecutadas. (182)

(180) Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Ob. Cit. Pág. 490.

(181) Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 350.

(182) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Ob. Cit. Pág. 490.

Se aprecia con lo que han destacado eminente juristas, que la --
unidad de propósito, sirve de conexión entre las diversas conduc-
tas para dar a éstas, en la sentencia, tratamiento de delito úni-
co.

Juan del Rosal, expresa su conclusión en el sentido de conside--
rar que el fundamento dogmático y técnico del delito continuado--
radica en el ámbito de la culpabilidad, sirviendo de frontera ob-
jetiva los otros dos elementos de unidad del bien jurídico y ho-
mogeneidad en las acciones.

Ahora bien, con respecto a la identidad de lesión jurídica, algu-
nos autores hablan de violación a un mismo precepto penal o de
identidad de norma o bien jurídico, de unidad de tiempo, se ha
preferido la expresión identidad de lesión jurídica, pues gra---
cias a su longitud, puede comprender la idea que entraña directa
referencia a la norma incriminadora, así como al bien jurídico tu-
telado. Ha sido tema de discusión lo referente al correcto alcan-
ce de la unidad de la lesión jurídica. Mientras que algunos auto-
res, han querido ver en ella un carácter restrictivo de la conti-
nuación, para otros lo ven con una mayor comprensión de casos en
los que no cede de una manera indispensable una nueva determina-
ción delictiva.

Se sostiene la existencia de continuidad en el delito cuando, --
aún tratándose de tipos distintos, aunque, subordinados exista -
vinculación entre las diversas acciones realizadas, a virtud de

la unidad de propósito o terminación delictuosa. Lo importante - dice Soler:

"Es el modo de violar la ley. Así existirá continuación entre hurto simple y hurto calificado, puesto - que este último está con el primero en una relación de "minus-plus". En cambio no debe admitirse continuación cuando la incriminación principal varía, como ejemplo si primero se hurta y luego se estafa". -

(183)

La amplitud con la que se debe entender este requisito depende - de cierto modo de la regularización legislativa. Algunos juristas expresan que sólo debe negarse esta unidad en caso de que varíen los elementos constitutivos del delito.

Por regla general se admite la continuación entre delitos en grado de tentativa o de frustración y delitos consumados. Se admite también entre el tipo común y el atenuado o agravado. Pero puede la continuación no ser admitida cuando la agravación cambie el - título del delito, por ejemplo hurto y robo. Desde un punto de vista general se afirma que el delito continuado se consume cuando se han integrado todos los elementos constitutivos. Expresa - el maestro Porte Petit, en atención a la estructura del delito - continuado, que se forma con un período consumativo, el cual se

(183) Soler Sebastián.- Ob. Cit. Pág. 352.

inicia desde el momento en que exista pluralidad de conductas, - siendo tal período más o menos largos pero discontinuos, a diferencia del delito permanente en que se da un período consumativo continuo. (184)

Existe pluralidad de delitos en el llamado concurso de delitos, cuando el mismo sujeto ejecuta varios hechos delictuosos, ya sean de la misma o diversa índole. Debido a esto se acostumbra a clasificar dicho concurso de delitos en dos formas: Concurso formal o Ideal y Real o Material.

Se da el concurso real cuando por el mismo sujeto se han realizado una o varias acciones distintas que originan diversos delitos jurídicamente independientes.

Se aprecia que el nuevo texto del Artículo 18 del Código Penal, trata tanto del concurso ideal, como del real, con referencia a este último declara:

"Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". Se observa en dicho precepto que se encuentra limitando su noción a dicha pluralidad de conductas y de tipos, con diversas realidades temporales, sin introducir en ella -- cuestiones eminentemente procesales y que constituyen condición necesaria para la aplicación de la re-

(184) Cfr. Forte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ob. Cit. Pág. 624.

gla punitiva correspondiente, pero que nada tiene que hacer en su concepto sustantivo.

Para la punición del concurso real o material, se han considerado tres sistemas, a saber: Sistema de acumulación material de penas; Sistema de la absorción de penas; y Sistema de la acumulación jurídica". (185)

Al criterio de la acumulación, se le considera excesivamente severo, pues se ha observado que con la imposición de varias penas resulta la carencia de la intensidad de cada una de ellas. En cambio, el sistema de absorción de la pena menor por la mayor es de cierto modo injusta y trae como consecuencia una excitación de delinquir, ya que asegura la impunidad de los nuevos delitos que se cometan, siempre que se castigue con menor pena. Como cierto modo de transacción entre ambas corrientes, ha sido aceptada comúnmente la llamada acumulación jurídica, para la cual el culpable de varios delitos debe imponersele una pena superior a la correspondiente al delito más grave en atención a los demás delitos que ejecutó.

Sin embargo nuestra legislación no adopta rigurosamente ninguno de los tres sistemas anteriormente descritos, aunque parece seguir una variante del de la acumulación jurídica. Algunos au

(185) Cuello Galón Eugenio.- Ob. Cit. Pág. 682.

tores la denominan cúmulo jurídico, que toma como base la pena del delito más grave sumándosele hasta otro tanto aunque se observe que tampoco existe cierta identidad entre éste y el segundo por nuestro precepto legal. Nuestro Código Penal, vigente re suelve tal problema declarando en su Artículo 64, párrafo segun do que en caso de concurso real se impondrá la pena correspondiente al delito que merece la mayor, esta podrá aumentarse -- hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el tí tulo segundo del libro primero. Se deduce en dicho precepto que se le otorga plena facultad al juzgador para imponer la sanción correspondiente al delito más grave.

La inexistencia del concurso lo regula el Artículo 19 del Código Penal expresando: "no hay concurso cuando las conductas con stituyen un delito continuado", lo que excluye la posible acumulación de penas.

El concurso ideal o formal de delitos. Se da cuando con una só la acción se originan varias infracciones de la ley penal; con siste "en la comisión de varios delitos mediante un sólo acto: hay una sola acción y varios delitos.

Puede darse esta clase de concurso cuando se comete un delito - como medio para la ejecución de otro. En el Artículo 18 del Código Penal, se declara la existencia del concurso ideal, "cuando con una sola conducta se cometen varios delitos". Se distin-

que el concurso aparente de normas, del concurso ideal, pues en ambos aparece una concurrencia de normas siendo que en el primero las normas son incompatibles entre sí y de esta forma la norma aplicable excluye a las demás, mientras que en el segundo existe compatibilidad entre las normas, originándose así un auténtico concurso.

Por su parte Parte Petit, enuncia las diferencias y analogías entre el concurso ideal o formal y el concurso real de la siguiente manera:

- a) En el concurso ideal o formal existe una conducta y en el concurso real son varias las que vienen a integrarlo
- b) En el concurso ideal o formal hay varias lesiones jurídicas o delitos fenómeno que igualmente se presenta en el concurso real;
- c) En el concurso ideal o formal pueden las lesiones jurídicas ser de igual o diversa naturaleza, lo que también puede suceder en el concurso real. (186)

Los elementos o requisitos del concurso ideal o formal son:

Una Conducta (acción u omisión)

Una Pluralidad de Delitos, y

El carácter compatible entre las normas en concurso.

(186) Cfr. Parte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL MEXICANO". Ob. Cit. Pág. 634.

Por consiguiente existe una razón para proceder a separar y diferenciar el concurso real del ideal aunque en ambas figuras se da una pluralidad de conductas ilícitas, por lo que evidentemente radica también una culpabilidad singular. Expresa Ricardo C. Núñez, exige que a esta unidad de determinación delictiva siga la unidad de la pena, excluyéndose así el cúmulo de las penas correspondientes a las distintas leyes violadas. (187)

Pues bien, las diferentes clases de concurso ideal radica en la identidad o diversidad de la lesión jurídica se distingue el -- concurso ideal homogéneo del concurso ideal heterogéneo. Por lo que respecta al primero expresa Maurach: la misma conducta (acción) cumple repetidamente el mismo tipo, en tanto que el concurso ideal heterogéneo, la única conducta infringe varios tipos penales.

Requisitos del Concurso Ideal Homogéneo:

- a) Una conducta
- b) Varias lesiones jurídicas iguales, y
- c) Compatibles entre sí.

Requisitos del Concurso Heterogéneo:

- a) Una conducta
- b) Varias lesiones jurídicas distintas, y
- c) Compatibles entre sí. (188)

(187) Cfr. Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Ob. Cit. Pág. 533.

(188) Cfr. Rorte Petit Celestino.- Ob. Cit. Pág. 635.

e) EL CONCURSO EN EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCION
I DEL ARTICULO 90.

Artículo 90.- Serán sancionadas con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario -- del Distrito Federal:

I Las personas que con el propósito de obtener un préstamo proporcionen a una institución de -- crédito, datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta que--- branto patrimonial para la institución.

En esta figura puede darse tanto el concurso ideal o formal como el real o material, ya que puede concursar este tipo con delitos patrimoniales, sexuales, servidores públicos, etc.

f) COMENTARIOS PERSONALES

El contenido del presente capítulo es de gran importancia para el análisis dogmático del tipo previsto en esta tesis. Porque -

tanto la participación como el concurso de delitos, son de gran importancia para llegar a comprobarse la responsabilidad de los sujetos que intervengan en la ejecución de determinado delito, - así como las acciones que aquellos lleven a cabo, puesto que el concurso de delitos suele ser tratado bajo el sistema de unidad y pluralidad de acciones. Por ello el Derecho Penal tiene como obligación sancionar tanto a las personas que de modo principal lesionen o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, así como a las personas diferentes a las que el propio tipo menciona, ya que en torno a la conducta principal - que de un modo u otro son coadyuvantes de la acción principal.- Siendo obvio que adquieran importancia trascendental para el Derecho Penal.

Doctrinariamente se habla de tres teorías, las cuales pretenden desentrañar la esencia de la participación siendo dichas teorías: De la causalidad; accesoriidad y de la autonomía. La más aceptada es la de la accesoriidad, porque se basa en la necesaria relación subjetiva de los actos realizados, pretende resolver la cuestión del autor através de la actividad principal, la cual es extraída de la misma descripción legal. Sin embargo no hay que pasar por alto la firme jerarquía entre el autor y los partícipes pues estos se encuentran en dependencia accesoria de carácter material.

Deduciéndose por lo antes expuesto que la participación precisa

de varias personas que encaminen su conducta a la ejecución de un delito. Sin embargo aunque todos son causa del delito, no -- siempre serán de la misma forma; esto tiene que ver con la actividad de cada individuo surgiendo así diferentes formas de participación que para nuestro criterio son importantes para poder aplicar la sanción correspondiente a cada caso. Desde luego el juzgador es el que prevee qué sanción corresponde sin pasar del límite que el mismo ordenamiento señala para cada caso, estas formas son; Autores; inducción o instigación; ayuda o auxilio, -- que a su vez se subdividen en delincuente principal---acciones principales; cómplices acciones secundarias.

Algunos autores clasifican las formas de participación según el grado, calidad, tiempo y eficacia. De acuerdo al grado puede -- ser principal o primaria y accesoria, la primera se refiere a -- la consecuencia del delito y la accesoria a la preparación del mismo. Por lo que respecta a la calidad se presenta de dos formas la participación siendo la física y moral comprendiendo ésta la instigación. En cuanto al tiempo, la participación podrá ser concomitante o anterior dependiendo del acuerdo previo de -- la comisión del delito. Por último tenemos la eficacia, ésta -- comprende la participación necesaria o no necesaria tomándose -- en cuenta la naturaleza del delito.

Aplicando el principio de la causalidad que es la base de toda construcción jurídica de la participación niega al encubrimiento puesto que el concurso de sujetos implica la intervención en

la ejecución del delito ya sea de manera directa o indirecta de aquí surge la idea de considerar al encubrimiento como figura - autónoma consistiendo en la ocultación de los culpables o del cuerpo del delito o de los efectos del mismo así como de los -- instrumentos con los cuales se llevó a cabo.

Anteriormente fué considerado como una modalidad de la participación en el delito, pero hoy se considera generalmente como un hecho delictuoso independiente en el Artículo 400 del Código Penal vigente describiendo algunas formas específicas del encubrimiento.

Analizando, el concepto de participación y sus formas o grados de la misma, podemos concluir que de acuerdo a dicha figura en el tipo previsto en la Fracción I del Artículo 90 de la Legislación Bancaria. Y de acuerdo con lo anteriormente mencionado, se deduce que en este tipo se dan los grados de participación, es decir la autoría intelectual, material, la coautoría, autoría mediata y la complicidad. También puede darse el encubrimiento, - sin olvidar que el encubrimiento de familiares no procede, en caso de que esta figura se diera sería delito autónomo.

Cada uno de los partícipes en su grado que intervengan en la -- ejecución del delito, será sancionado de acuerdo a cada caso -- concreto señalados por nuestro ordenamiento penal vigente, pero también se tomará en cuenta la sanción que prescribe la misma - Legislación Bancaria para tal efecto.

El concurso de delitos, suele ser tratado bajo el sistema de --

unidad y de pluralidad de acciones. Porque se debe verificar -- una reducción a los términos legales cuando se da el caso, no -- infrecuente, en que en una misma persona concurre en varias autorías delictivas. Cabe señalar que en el concurso de delitos -- hay que tomar en cuenta el elemento procesal; el enjuiciamiento en su conjunto, porque en el caso de que exista entre uno y otro delito una condena ya no podrá hablarse de la figura del concurso sino de la reincidencia ya que el concurso de delitos encuentra su límite en aquélla.

Cuando el sujeto ejecuta diversas acciones pero de acuerdo a la unidad de propósito, aunque cada una integre una figura delictiva constituyen la ejecución parcial de un sólo delito. Esta ejecución delictiva se denomina delito continuado. Tanto en la doctrina moderna como en la jurisprudencia se ha mantenido el delito continuado con el simple objetivo de conseguir una atenuación de la pena, comúnmente lo han considerado como una ficción jurídica o como unidad real. Ahora bien los elementos indispensables para que se integre el delito continuado son: pluralidad de acciones u omisiones delictivas; unidad de precepto violado; unidad de intención. No es importante determinar el lapso de -- tiempo que existe entre una y otra conducta, porque al determinarse se puede interpretar de acuerdo a la lejanía temporal o espacial de las acciones como una solución nueva que puede interrumpir la continuidad necesaria en esta forma de delito. Sin embargo lo más importante del caso es que las mismas acciones -

constituyan la expresión de una misma resolución delictiva, pasando por tal motivo a un segundo término la consideración del tiempo y lugar de las acciones. Consumándose el delito continuado cuando se han integrado todos sus elementos constitutivos. - Cuando el sujeto ejecuta varios hechos delictuosos ya sean de la misma o diversa índole; lo preciso es hablar de pluralidad de delitos en el concurso de delitos y a estos delitos se clasifican en concurso formal o ideal y real o material. Este último se da cuando por el mismo sujeto se realizarán una o varias acciones distintas originándose así diversos delitos. En esta clase de concurso para su existencia se requiere: un individuo; pluralidad de intenciones delictivas; que se produzcan diversas infracciones que constituyan cada una un delito y que ninguno de los delitos haya sido penado con anterioridad. Para que se lleve a cabo la punición del concurso real se consideran tres sistemas de gran importancia el de acumulación material de penas; la absorción de penas y de la acumulación jurídica. Sin embargo en nuestra legislación no se acepta ninguno de estos sistemas, aunque parece seguir una variante del de acumulación jurídica. Que es tomando como base la pena del delito más grave sumándosele hasta otro tanto. En caso de inexistencia del concurso se da cuando las conductas constituyen un delito continuado que incluye la acumulación de penas el Artículo 19 del del Código Penal lo prevé.

Pues bien, cuando con una sola conducta se originan varias in--

frecciones a la norma penal estaremos frente al concurso ideal o formal; éste consiste en la comisión de varios delitos mediante un sólo acto sólo hay una acción y varios delitos. Se puede dar esta clase de concurso cuando se comete un delito como medio para la realización de otro. El concurso aparente de normas y el ideal, se distinguen a consecuencia de que en el primero - las normas son incompatibles entre sí y de esta manera la norma aplicable excluye a las demás, y en el ideal existe compatibilidad entre las normas dando lugar a un concurso auténtico.

Tanto el concurso ideal como el real tienen algunas diferencias entre sí, ya que en el real existen varias conductas para que se integre; varias lesiones jurídicas las cuales pueden ser de diversa o igual naturaleza. Y por lo que respecta al ideal existe una conducta; varias lesiones jurídicas, estas pueden ser de igual o diversa naturaleza.

En los elementos del concurso ideal se habla de una conducta, pluralidad de delitos y el carácter compatible entre las normas en concurso. En base a las diferentes subclases de concurso -- ideal las cuales radican en la identidad o diversidad de la lesión jurídica, siendo estas concurso ideal homogéneo y el heterogéneo. En el primero la misma conducta cumple repetidamente - el mismo tipo; y en el segundo la única acción infringe varios tipos penales.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto sobre el concurso en general y las clases de éste, podemos concluir que al concurso en

el tipo previsto en la fracción I del Artículo 90 de la Legislación Bancaria. El cual es nuestro tema a estudio llegándose a observar que en este delito puede darse las dos formas de concurso el ideal o formal y el real o material, puesto que este tipo puede concurrir con delitos ya sean patrimoniales, sexuales, de servidores públicos, y con el de falsificación de documentos.

Es así como se integra en este tipo la figura del concurso de delitos el ideal o formal y el real o material.

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

PRIMERA.- Dentro de la síntesis histórica que hemos expuesto en el presente estudio, se contempla la lucha continua de la actividad bancaria desde 1830 hasta 1985. Por lo que el contenido de cada uno de los ordenamientos que se hicieron alusión, de alguna forma cumplieron con los objetivos para los cuales fueron creados, sin perder de vista que en varias ocasiones dejaron de ser funcionales, debido a los cambios socio-económicos del país.

SEGUNDA.- Recientemente la actividad bancaria sufre un cambio en su estructura, por lo que necesita una reglamentación más apropiada para la prestación de este servicio, surgiendo así la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, dicho cambio se encuentra orientado a coadyuvar con el Plan Nacional de Financiamiento de hoy en día.

TERCERA.- El delito a pesar del cambio constante que ha sufrido con el transcurso del tiempo y lugar, pues el delito está ligado con la forma de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, sin em-

bargo siempre ha sido considerado como una valoración jurídica, subjetiva u objetiva, debido a que sus fundamentos se establecen de las relaciones surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social.

CUARTA.-

Primeramente se castigaban los hechos objetivamente dañosos, con la ausencia de preceptos jurídicos se siguió justificando la reacción punitiva del sujeto o sujetos lesionados contra el autor fuera hombre o bestia. Apareciendo algunos preceptos que regulaban la vida colectiva, surgiendo así una valoración subjetiva del hecho lesivo, con esto se limitó al mismo hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva.

QUINTA.-

El delito debe de ser contemplado siempre desde un punto de vista jurídico y no natural como lo establecen los positivistas; tomando en cuenta que es la infracción a la ley promulgada por el mismo Estado, por ello no debe de perderse de vista la Ley. Motivo suficiente para considerar al delito como un ente jurídico, por ser la creación de la propia ley, sin poder existir fuera del ordenamiento jurídico.

SEXTA.-

Se caracteriza la definición de delito desde un punto de vista formal con la amenaza de sanción -

de ciertos actos y omisiones otorgándoseles por este hecho el carácter de delitos. El Código Penal lo define como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, la amenaza está en la sanción por ello es considerado formal. Este concepto no penetra en la naturaleza misma del delito, lo define desde un punto de vista general, en cambio el concepto substancial pudiéndose obtener -- dogmáticamente, del ordenamiento jurídico, estudia la naturaleza del delito analizando cada elemento del mismo. Considerándose al delito como la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

SEPTIMA.-

La concepción analítica o atomizadora, estudia al delito através de sus elementos integrantes, no se niega la unidad del delito presisando su análisis mediante su fraccionamiento. Sólo estudiando al delito analíticamente podremos comprender en qué consiste, cada elemento integrante del mismo.

OCTAVA.-

La existencia del delito requiere de sus elementos, guardando entre sí un determinado orden lógico, es decir una prelación lógica, sin ser negado que para que se de un elemento debe de antecederle el correspondiente, de acuerdo a la naturaleza misma del ilícito. No se debe de olvidar que en -

cada elemento del delito corresponde un aspecto negativo, impidiéndose su configuración.

NOVENA.- Se ha hablado de tres clases de sujetos, el activo, que siempre debe de ser un hombre un ser humano por ser el único que tiene capacidad para entender y querer; el pasivo puede ser cualquier persona, física o moral, se considera al titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva. No debe de ser confundido con el ofendido el cual será la persona que resiente el daño causado por el delito.

DECIMA.- Hemos considerado al hecho como género en aquellos delitos que requieran, con relación al tipo de un resultado material, los elementos del mismo serán la conducta, resultado y nexa causal existente entre aquél y este último. Mientras que será considerada la conducta como género cuando por sí integra el elemento del delito, sin menester de resultado ni nexa causal.

DECIMA PRIMERA.- La manifestación de voluntad al exteriorizarse puede adoptar las formas de acción, omisión dividiéndose ésta, en omisión simple y comisión por omisión.

DECIMA SEGUNDA.- Se da la ausencia de conducta, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse

buirse al sujeto, no son suyos porque les falta la voluntad.

DECIMA TERCERA.- Se ha considerado y con mucha razón a la tipicidad como elemento esencial del delito cuya ausencia impide su integración, es señalada por nuestra propia Constitución Federal en su Artículo 14, párrafo segundo, establece que no existe delito sin tipicidad. Esta no debe de confundirse con el tipo, puesto que éste es la descripción que se hace de una conducta en los preceptos penales.

DECIMA CUARTA.- Es preciso señalar que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien tutelado a que se refiere el tipo penal respectivo.

DECIMA QUINTA.- Puede darse en cualquier delito, que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y no sea antijurídica por mediar causas de justificación.

DECIMA SEXTA.- Para que se considere a un sujeto culpable, precisa que antes sea imputable debe de tener capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. Al no darse los elementos propios de la imputabilidad surgen las causas de inimputabilidad.

DECIMA SEPTIMA.- Cuando un individuo es imputable también es --

responsable, ésto quiere decir que es el deber jurídico en que se encuentra el mismo sujeto imputable de dar cuenta a la sociedad por el acto realizado.

DECIMA OCTAVA.- La inimputabilidad es la incapacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta y de ajustarla a los lineamientos que dicte o señale la ley. Imputar es atribuir un hecho a un sujeto.

DECIMA NOVENA.- Para determinarse la culpabilidad se requiere del análisis del psiquismo del agente, con el propósito de indagar cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Existiendo de esta forma un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, conteniendo dos elementos el volitivo o emocional e intelectual.

VIGESIMA.- La punibilidad es el merecimiento de una pena en función a la naturaleza de la realización de cierta conducta delictiva. La consideramos como elemento integrante del delito.

VIGESIMA PRIMERA.- Cuando hay cooperación voluntaria entre más de dos individuos en la ejecución de un delito, - aunque el tipo no requiera dicha pluralidad estaremos frente a la participación delictuosa.

VIGESIMA SEGUNDA.- Se ha observado que en ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a -

tal situación se le denomina concurso de delitos porque en la misma persona concurren varias autorías ilícitas. Pudiendo ser el concurso de delitos formal y material.

VIGESIMA TERCERA.- El concurso real encuentra su límite en la -- reincidencia, ésta requiere que ya se haya pronunciado sentencia condenatoria por un delito anterior, en cambio el concurso no.

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

- 1.- Acosta Romero Miguel.- "DERECHO BANCARIO". Editorial Porrúa. 5a. Edición. México. 1983.
- 2.- Bauche Eduardo.- "DERECHO BANCARIO". Editorial Porrúa. 3a. Edición. México. 1981.
- 3.- Carrancá y Trujillo Raúl.- "DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL". Editorial Porrúa. 3a. Edición. México. -- 1977.
- 4.- Castellanos Tena Fernando.- "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". Editorial Porrúa. 16a. Edición. México. 1981.
- 5.- Cervantes Ahumada.- "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO". Editorial Herrera. México. 1954.
- 6.- Cuello Calón Eugenio.- "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Editorial Bosch. 11a. Edición. Barcelona. 1958.
- 7.- Franco Guzmán Ricardo.- "EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO". - Procuraduría General de la República. Publicaciones Especiales. México. 1959.
- 8.- Hernández Octavio.- "DERECHO BANCARIO". Editorial Porrúa. 4a. Edición. México. 1960.
- 9.- Jiménez de Asúa Luis.- "LA LEY Y EL DELITO". Editorial Hermes. - Buenos Aires. 1959.
- 10.- Jiménez de Asúa Luis.- "TRATADO DE DERECHO PENAL, I, II, III, IV y VII". Editorial Losada. Buenos Aires. - 1964.
- 11.- Jiménez Huerta Mariano.- "DERECHO PENAL MEXICANO I". Editorial Porrúa. 4a. Edición. México. 1972.
- 12.- Jiménez Huerta Mariano.- "LA TIPICIDAD". Editorial Porrúa. México. 1955.
- 13.- López Gallo Raúl.- "EL CASO FORTUITO". Editorial Porrúa. 2a. Edición. México. 1957.

- 14.- Maggiore Giuseppe.- "DERECHO PENAL". Editorial Temis. Bogotá - 1954.
- 15.- Márquez Piñero Rafael.- "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Editorial Trillas. México. 1985.
- 16.- Mezger Edmundo.- "TRATADO DE DERECHO PENAL I y II". Editorial Revistas de Derecho Privado. Madrid. 1955.
- 17.- Pavón Vasconcelos Francisco.- "IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD". Editorial Porrúa. México. 1983.
- 18.- Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL".- Editorial Porrúa. 7a. Edición. México. -- 1986.
- 19.- Pavón Vasconcelos Francisco.- "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO". Editorial Porrúa, S.A. 6a. Edición. México. --- 1984.
- 20.- Porte Petit Celestino.- "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Editorial Porrúa. 9a. Edición. México. 1984.
- 21.- Porte Petit Celestino.- "IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL". Editorial Porrúa, S.A. México. 1959.
- 22.- Porte Petit Celestino.- "PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL". Editorial Porrúa. 4a. Edición. México. 1959.
- 23.- Reyes Alfonso.- "LA TIPICIDAD". Universidad Externado de - Colombia. 1976.
- 24.- Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "DERECHO BANCARIO". Editorial Porrúa. 2 Tomos. 6a. Edición. México. 1984.
- 25.- Sauer Guillermo.- "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Editorial Bosch. 1956.
- 26.- Soler Sebastian.- "DERECHO PENAL ARGENTINO" I y II. Editorial Tipográfica Argentina. Buenos Aires. 1973.
- 27.- Vela Treviño Sergio.- "CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD". Editorial Trillas. México. 1973.

28.- Villalobos Ignacio.- "DERECHO PENAL MEXICANO". Editorial Porrúa
2a. Edición. México. 1962.

LEGISLACION CONSULTADA

"CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- Editores Mexicanos --
Unidos, S.A. México. 1987.

"CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL".- Editorial Porrúa. 43a. Edición. Méxi
co. 1987.

"CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL".- Editorial Porrúa. 34a. Edición. Méxi
co. 1981.

"MEXICO, LEYES Y DECRETOS".- Legislación Bancaria. 5 Tomos. Secretaría-
de Hacienda y Crédito Público. México. --
1830-1957.

"LEY REGLAMENTARIA DE SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO".- Editorial Porrúa.
29a. Edición. México. 1985.

"LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO".- Editorial Porrúa
32a. Edición. México. 1987.