

819  
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

LOS DERECHOS POTESTATIVOS DE QUERE-  
LLA Y PERDON DEL OFENDIDO EN EL  
DELITO DE DAÑO EN PROPIEDAD AJENA  
COMETIDO POR INCENDIO INUNDACION  
O EXPLOSION.



T E DERECHO I S

Que para obtener el Título de

Licenciado en Derecho

presenta

JOSE RAMON TEXAS AGUADO

FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

1990



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 T R O D U C C I O N

Los requerimientos jurídico penales que vinculan-- el desarrollo de los aspectos sociales a patrones de conducta determinados, responden a Imperativos de Intereses públicos y privados, de los Integran - tes de la comunidad.

Partiendo de esta premisa, la previsión legal en - cada situación ha de estar ordenada en términos de características afines y puntos divergentes; por ejemplo, apegados a la lógica jurídica cabría pro - clamar que la protección, defensa y reestablecimiento de Intereses públicos ha de realizarse en forma oficiosa por el "representante social", en tanto - que la protección, defensa y reestablecimiento de Intereses privados, no - obstante que se realiza a través del mismo mecanismo legal que los primeros ha de motivarse "a Instancia de la parte agraviada" materialmente.

Esta regla general, como en todos los casos, admi - te algunas excepciones que justifican la persecución "a petición de la par - te física ofendida", por utilidad social, de algunos ilícitos lesivos del - Interes general; lo que dá lugar a que sea nuevamente este interés, la cau - sa suprema que da origen a tal situación. Pero en casos en los que ninguna utilidad, conveniencia o necesidad colectiva media para justificar la perse - cución por "promoción de parte", de infracciones del orden público, sería - arbitrario suplir la Investigación voluntaria a la obligatoria.

La tesis que sustentamos es reflejo de nuestra in - conformidad con que el delito de Daño en Propiedad Ajena, cometido mediante Incendio, Inundación o explosión, sea perseguido... "a Instancia de la parte agraviada"; por estar convencidos que la comisión de este comportamiento --

antijurídico en una jerarquía de intereses, afecta inmediatamente al interés público y sólo en forma mediata al interés privado; sin que medie utilidad, conveniencia o necesidad colectiva que justifique el caso; por lo que los derechos potestativos de querrela y perdón del ofendido, dada su propia naturaleza, son incompatibles con la persecución y sanción de este ilícito.

Para fundar tal aseveración, hemos proyectado un esquema pretendiendo abarcar los temas y principios fundamentales que se interrelacionan en los extremos de esa afirmación; consecuentemente, en diversos capítulos aludimos a conceptos indispensables para fundar nuestro examen; tales como la trascendencia que en materia jurídica tiene la conducta humana en sociedad, así como los conceptos de delito, interés público, interés privado, querrela, perdón del ofendido, entre otros.

Establecimos, por otra parte, una crítica a la denominación legal del llamado "Delito de Daño en Propiedad Ajena", por considerarla impropia al comportamiento antisocial a que se refiere el Capítulo VI, Título Vigésimo Segundo del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

Durante el desarrollo de la investigación particularizamos el delito específico de daño, con cada uno de los puntos fundamentales del esquema proyectado, para confirmar el postulado central del trabajo.

Finalmente, exponemos las conclusiones generales derivadas de este breve estudio; denotando, además, los nuevos conceptos -

que hemos formulado en la materia, y motivados con la inquietud de resolver en trabajos subsecuentes las dudas que nos surgieron ramificadas de este análisis.

Con lo expuesto pretendemos cerrar un parentesis en la tarea emprendida.

## C O N T E N I D O

INTRODUCCION

INDICE

CAPITULO I.- TRASCENDENCIA JURIDICA DE LA CONDUCTA HUMANA EN SOCIEDAD.

CAPITULO II.- INTERES PUBLICO E INTERES PRIVADO.

CAPITULO III.- EL DELITO.

CAPITULO IV.- LA QUERRELLA Y EL PERDON DEL OFENDIDO.

CAPITULO V.- EL DELITO DE DAÑO EN PROPIEDAD AJENA:

A) GENERICO

B) ESPECIFICO (POR INCENDIO, INUNDACION O EXPLOSION).

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

# I N D I C E

## CAPITULO I

### TRASCENDENCIA JURIDICA DE LA CONDUCTA HUMANA EN SOCIEDAD

	pág.
1.- COMPORTAMIENTO SOCIAL Y ANTISOCIAL.....	2
2.- CONFIGURACION SOCIAL DEL COMPORTAMIENTO HUMANO.....	3
A) Concepto.....	3
B) Proceso de configuración del comportamiento social del hombre.....	3
C) Represión absoluta y relativa.....	4
D) Factores que determinan el comportamiento social del hombre: fisiológico, psíquico, social y racional.....	5
3.- NORMAS SOCIALES DE COMPORTAMIENTO.....	8
A) Concepto.....	8
B) Contenido--conductas permitidas, reprimidas, prohibidas y exigidas--.....	8
C) Función.....	10
4.- EL ORDEN DE LA CONDUCTA.....	10
A) Concepto .....	10
B) Diversos ordenes --usos, costumbres, moral, religio <u>s</u> jur <u>id</u> ic <u>o</u> --,.....	11
C) Motivo determinante de la conducta conforme a la norma.....	12
5.- TRASCENDENCIA JURIDICA DEL COMPORTAMIENTO.....	15

## CAPITULO II

### INTERES PUBLICO E INTERES PRIVADO

1.- CONCEPTO DE INTERES .....	21
A) Concepto gramatical .....	21
B) Concepto doctrinal .....	21
C) Nuestro concepto.....	21
2.- INTERES PRIVADO E INTERES PUBLICO.....	22
3.- DELIMITACION DE INTERESES PUBLICOS Y PRIVADOS.....	24
A) CONSIDERACIONES DOCTRINALES.....	24
a) Teoría Clásica del interés en juego.....	24

b) Teoría de la naturaleza de la relación.....	25
c) Opiniones de Bañuelos Sánchez, Kelsen, Carré de Malberg e Ignacio Burgoa.....	25
B) CONSIDERACION LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.....	27
C) CONSIDERACIONES PERSONALES.....	28
4.- INTERESES RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES.....	32
5.- JERARQUIA DE INTERESES.....	33

### CAPITULO III

#### EL DELITO

1.- CONCEPTO.....	36
A) Concepto sociológico .....	36
B) Concepto legal .....	36
C) Concepto doctrinal .....	38
2.- INEXISTENCIA DEL DELITO.....	38
3.- TENTATIVA DEL DELITO.....	39
3.1.) EL ITER CRIMINIS.....	40
A) Concepto.....	40
B) Fases .....	40
a) interna o subjetiva y.....	41
b) externa u objetiva.....	44
3.2) LA TENTATIVA .....	47
3.3) ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.....	47
3.4) CRITERIOS QUE OSTENTA FUNDAR LA PUNICION.....	48
3.5) CRITERIOS QUE JUSTIFICAN LA MENOR PUNICION.....	50
3.6) EL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO.....	51
3.7) DELITOS QUE SE CONCIBEN ATRAVES DE TENTATIVA Y DELITOS EN- LOS QUE QUE NO SE DA TENTATIVA.....	53
4.- EL DELITO Y LOS INTERESES PUBLICOS Y PRIVADOS PENALMENTE PROTE- GIDOS.....	57
5.- DELITOS DE OFICIO Y DELITOS DE QUERRELLA.....	58

### CAPITULO IV

#### LA QUERRELLA Y EL PERDON DEL OFENDIDO

1.- LA QUERRELLA .....	62
------------------------	----

A) Concepto --gramatical y doctrinal--.....	62
B) Fuente legal.....	63
C) Formalidades para su presentación.....	63
D) Representación en la querrela.....	64
2.- EL PERDON DEL OFENDIDO.....	65
3.- NATURALEZA DE LA QUERRELLA Y DEL PERDON DEL OFENDIDO.....	66
4.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.....	67
5.- JUSTIFICACION CIENTIFICA.....	68

## CAPITULO V

### EL DELITO DE DAÑO EN PROPIEDAD AJENA POR INCENDIO, INUNDACION O EXPLOSION

1.- CRITICA A LA DENOMINACION LEGAL.....	73
2.- EL DELITO DE DAÑOS.....	74
A) DAÑO GENERICO.....	74
a) Analisis del texto.....	74
b) Bien jurídico protegido.....	76
c) Características .....	77
B) DAÑO ESPECIFICO.....	77
a) Análisis del texto.....	78
b) Daño o peligro.....	79
c) Tentativa y peligro de daño por incendio, inundación o - explosión.....	80
d) Estudio de las fracciones.....	
d.I).- Un edicio, vivienda o cuarto donde se encuentre- alguna persona;	
d.II).- Ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales;	
d.III).- Archivos públicos o notariales;	
d.IV).- Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edifi- cios y monumentos públicos.	
d.V).- Montes, bosques, selvas, pastos mieses o cultivos de cualquier género.	
e) Persecución a instancia de parte en el delito especial de- daño.....	84
f) Penalidad en el delito circunstanciado de daño a los bienes.....	84

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

## **CAPITULO I**

# **TRASCENDENCIA JURIDICA DE LA CONDUCTA HUMANA EN SOCIEDAD**

CAPITULO 1  
TRASCENDENCIA JURIDICA DE LA CONDUCTA HUMANA  
EN SOCIEDAD

1.- COMPORTAMIENTO SOCIAL Y ANTISOCIAL.

Frente a sus semejantes el hombre debe proceder como se le ha indicado, como el conglomerado le ha enseñado que debe hacerlo: llevando a cabo las acciones permitidas y omitiendo las prohibidas. La observancia a estos lineamientos tiene una razón de ser, no está fincada en el capricho sino fundada en situaciones históricamente experimentadas, aceptadas o reprobadas, de las que se quiere su conservación y perfeccionamiento, o bien, de las que se pretende su deterioro y erradicación, según el caso.

Ahondando, la aprobación o reprobación que los grupos humanos hacen del comportamiento de sus miembros deviene a que la conducta en cuestión ha resultado, a través de la vida del propio grupo, benéfica o perjudicial; es decir, el transcurso del tiempo ha revelado las ventajas y desventajas que el variado proceder de los hombres causan en el logro de los objetivos de la comunidad, como tal. Resultado que hace que cada una de las formas de proceder esté influida colectivamente por un juicio de valor, que tasa la conducta por sus efectos en benéfica, perjudicial o intrascendente para la existencia y estabilidad de la organización social; quien finalmente la permite o prohíbe en reclamo del interés general.

Esos resultados benéficos y perjudiciales que hemos referido, quedan comprendidos en los conceptos a través de los cuales se definen los comportamientos sociales y antisociales. Los primeros están conformados por el conjunto de acciones y omisiones realizadas por el hombre, que le permiten

y favorecen la convivencia con sus semejantes. Los segundos, por las acciones y omisiones que le impiden y desfavorecen la vida en común.

## 2.- CONFIGURACION SOCIAL DEL COMPORTAMIENTO HUMANO.

### A) CONCEPTO.

El comportamiento social del hombre está condicionado por una variedad de factores de diversa naturaleza, interrelacionados y mutuamente dependientes. Este condicionamiento o configuración consiste en sujetar al ser humano a ajustar su actuar innato, durante su proceso vital de desarrollo y convivencia con sus semejantes, a ciertos límites de tiempo, lugar, forma, cantidad, tolerancia ajena u otros.

### B) PROCESO DE CONFIGURACION SOCIAL DEL COMPORTAMIENTO DEL HOMBRE.

Los primeros impactos que el individuo recibe de la vida en sociedad le son dados en la niñez en el grupo familiar, ya que es éste ambiente en donde manifiesta libremente sus primeras emociones psíquicas<sup>1</sup> y necesidades fisiológicas<sup>2</sup> y también donde éstas le son primeramente sancionadas, por los efectos que producen ante los demás miembros de la familia. Inicialmente de niño, el hombre tiende a satisfacer sus necesidades biológicas y emocionales en forma espontánea, sin limitamientos de ninguna especie y con la naturalidad que sus sentidos le indican. A esta libre satisfacción le sigue el correspondiente castigo, premio, o bien, la indiferencia con que res

(1) A decir de Spinoza, las emociones psíquicas están constituidas por los sentimientos de odio, amor, orgullo, venganza, celos, deseo, afán de dominio, etc., que se producen en el hombre al convivir con sus semejantes. (cit.- por H.E. BARNEY y H. BECKER, Historia del pensamiento social, México, 1945, pág. 345.

(2) Requerimientos del funcionamiento biológico del organismo humano.

ponde el grupo familiar, como primera instancia aplicatoria de las pautas - de conducta socialmente establecidas. Al respecto, Sánchez Azcona expresa que "Las primeras limitaciones que el ser humano encuentra en su conducta y que son el origen de la normatividad, son aquellas que el padre va imponiendo al niño a través de su proceso de crecimiento y desarrollo dentro del núcleo familiar. Primero las limitaciones del grupo familiar —dice— y posteriormente las de los grupos sociales en los que el niño va participando, lo hacen seguir una actitud de renuncia al logro inmediato de sus necesidades instintivas, adoptando en su lugar los lineamientos que le son marcados por estos grupos."<sup>3</sup>

Así, desde sus primeros años de vida en hombre ve reducidas sus opciones de comportamiento, encontrando que no le es permitido, —por ejemplo—; hacer uso de la violencia para conseguir lo que desea, ni exteriorizar sus emociones en actitudes instintivas completas, sino que para satisfacerlas - se ve sujeto a restricciones que bien pueden ser de lugar, tiempo, forma, - medida, tolerancia ajena, etc; siempre y cuando la conducta de que se trate esté considerada dentro de la aceptación colectiva, por que de lo contrario tratándose de conductas reprobadas, no operará condición alguna; por lo que consecuentemente, el proceder no estará permitido por ningún motivo.<sup>4</sup> En el primer caso estaremos ante la represión relativa a la manifestación instintiva de los impulsos, y en el segundo ante la represión absoluta.

#### C) REPRESION ABSOLUTA Y RELATIVA.

En la "represión relativa" la expresión de los impulsos natos está per

(3) Normatividad Social, Ensayos de Sociología Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981. p.15.

(4) Véase lo expuesto sobre conductas aprobadas y reprobadas.

mitida parcialmente; es decir, es tolerable hasta ciertas restricciones de medida, tiempo, lugar, forma, o tolerancia ajena, etc. en tanto que en los casos de represión absoluta por ningún motivo se permite la exteriorización de esos sentimientos, por lo que, ante esta situación, la conducta está totalmente prohibida. Ahora bien, cuando el sujeto evita de observar los límites establecidos provoca sobre sí el ataque de los demás, como consecuencia primaria derivada de la organización grupal; con lo que el único medio posible de que dispone para satisfacer sus necesidades básicas y darle salida a sus emociones es conduciéndose por los canales socialmente aprobados.<sup>5</sup>

#### D) FACTORES QUE CONDICIONAN EL COMPORTAMIENTO SOCIAL DEL HOMBRE.

Los factores que condicionan el comportamiento social del hombre, según hemos sostenido, son de diversa naturaleza, precisando: son el factor biológico, el factor emocional psíquico, el factor social y el factor racial.

El factor biológico está constituido por las necesidades que están -- directamente vinculadas o que son dependientes de las funciones orgánicas; vrg. necesidades de aparearse, alimentarse, etc.

El factor emocional psíquico, por su parte, está integrado, al decir de Spinoza,<sup>6</sup> por los sentimientos de odio, amor, venganza, orgullo, afán de dominio, celos, etc., que se producen en el hombre al convivir con los demás hombres.

El factor social está formado, esencialmente, por la imprescindible

(5) SANCHEZ AZCONA, Ob. cit., pág. 20

(6) Ob. cit., Passin.

necesidad humana de hacer vida en común con los demás seres humanos. Aristóteles lo expresó diciendo que "El hombre es por naturaleza un animal social —Zoon Políticon— El Insocial por naturaleza y no por azar— manifiesta— o es mal hombre o más que hombre. El que no puede vivir en sociedad o no necesita nada por su propia suficiencia, —concluye—, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un Dios."<sup>7</sup>

Finalmente, el factor racional es la capacidad intelectual del hombre, quien de conformidad con los más elevados principios de la ciencia de la vida es un animal, con características comunes a los demás animales, pero diferente a todos ellos por ser el único que posee las facultades de pensar y hablar, que lo hacen ser el animal por excelencia dentro de su reino. Es el único que posee las potencialidades de discernimiento y comunicación.<sup>8</sup>

De éstos, los tres primeros constituyen, en sí, necesidades, y el último representa las potencialidades supremas del ser humano. Aquellas requieren satisfacción, sólo que la experiencia ha puesto de manifiesto que la pretensión al logro pleno de las necesidades psíquicas y fisiológicas perturban la satisfacción de la necesidad humana de hacer vida en común, haciendo imposible el trato o destruyendolo cuando existe.

- (7) La Política, Edición bilingüe, Trad. Julián María Araujo, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, pp. 3 y 4 de los capítulos 1 y 2 del libro primero.
- (8) El estagirita sostenía esta idea al decir que "La razón por la cual el hombre es, más que la abeja o cualquier animal gregario, un animal social es evidente: La naturaleza, como solemos decir, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra. La voz es signo no del dolor y del placer, y por eso la tienen también los demás animales, pues su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer y significansela unos a otros, pero la palabra es para manifestarlo conveniente y lo dañoso, lo justo y lo injusto, y es exclusiva del hombre frente a los demás animales, el tener, él sólo el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, etc., y la comunidad de estas cosas es lo que constituye la casa y la ciudad." (Ob. cit., ---- pág. 4).

En este orden de ideas, las necesidades psíquicas y biológicas tienen que ser satisfechas en forma tal que no impidan la convivencia.

La solución al problema en cuestión gravita en torno a la reducción de las opciones del comportamiento, como el único medio que permite y propicia el logro de tal objetivo. Así la satisfacción a las necesidades imprescindibles de carácter biológico y psíquico tienen que realizarse —reafirmamos— con observancia de ciertos límites o circunstancias de lugar, tiempo, forma, cantidad, tolerancia ajena, etc., que favorezcan las relaciones interpersonales y de grupo. Ya lo ha anunciado RIVERA SILVA: "Si cada hombre realizara todo lo que sus exigencias íntimas solicitan, la vida social sería imposible, pues el hombre, por esencia, como lo han demostrado las corrientes psicológicas contemporáneas, es un ser que aspira a tener todo, sin respetar límite de alguna especie. La convivencia exige limitaciones en el proceder de los individuos, pudiendo aseverarse, como con acierto lo penso la escuela contractualista, que la sociedad implica cercenamiento al libre actuar del hombre."<sup>9</sup>

El factor racional, en los términos concebidos de "potencialidades de discernimiento y comunicación", desempeña por su parte, el papel de moderador entre la satisfacción de las necesidades e impulsos, buscando y proporcionando límites que permitan la armoniosa satisfacción de ellos.

Lo hasta aquí expuesto nos hace ver que los multitudinos factores tienen, dentro del actuar social de los hombres, una función concatenada y de mutua dependencia.

---

(9) El procedimiento Penal, 13a. ed., Edit. Porrúa, México, 1983, pág. 21.

### 3.- NORMAS SOCIALES DE COMPORTAMIENTO.

#### A) CONCEPTO.

Cuando el hombre actúa en un ambiente aislado, ajeno a donde se encuentran otros hombres, su actuación es de escasa importancia para los demás. En estas circunstancias puede —si está a su alcance— satisfacer "libremente" sus necesidades y emociones sin impedimento alguno. Pero como por naturaleza es un ser que no puede vivir aislado de sus semejantes, según vimos<sup>10</sup> por que su existencia depende de la corporación que constituye la pluralidad de los individuos, su actuación en excepcionales ocasiones podrá darse aislada; lo que implica que el comportamiento de un hombre necesariamente estará proyectado hacia otro u otros de sus semejantes, o cuando menos influirá en ellos, al ser cada uno un elemento del todo llamado "sociedad", "comunidad", o "grupo" humano; con lo que para efectos de mantenerse en este ambiente comunitario del que no se puede desprender, deberá omitir el ejercicio de acciones y omisiones quebrantadoras de la armonía general, realizando en su caso las que tiendan a favorecerlo. SANCHEZ AZCONA sostiene esta idea al decir que "La satisfacción plena y total de las necesidades fundamentales del hombre no se puede lograr en el ámbito social"<sup>11</sup> —a lo que —nosotros agregamos—, porque este significa convivencia fundada en la reducción de las opciones del comportamiento que establecen las normas. Estas vienen a ser, por lo tanto, prescripciones de acciones y omisiones a seguir.

#### B) CONTENIDO.

En el fondo, cada norma de conducta implica una acción u omisión permitida, reprimida, prohibida o exígida.

<sup>10</sup>) Véase lo expuesto acerca del Zoon-Políticon, pág. 5.

(11) Ob. cit., pág. 18.

Conductas "permitidas" son aquellas acciones u omisiones que escapan a todo tipo de sanción social, por ser intrascendentes para la existencia y - estabilidad de la organización colectiva: Vgr. Practicar o no deporte es -- irrelevante para la existencia y estabilidad de la organización colectiva, - por lo que está ajena a cualquier tipo de castigo.

Las "conductas reprimidas" son aquellas que por regla general son in-- aceptables, pero que en excepcionales ocasiones están permitidas bajo cler-- tas circunstancias, que bien pueden ser de tiempo, lugar, forma, cantidad, - tolerancia ajena, etc., estando sujetas a sanción las manifestaciones que - exceden los límites consentidos; Vrg. robar está penado, según establece la regla general, pero permitido excepcionalmente cuando el individuo, "sin -- emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sóla vez de los objetos- estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o - familiares del momento."<sup>12</sup>

Privar de la vida a un hombre, es igualmente, uno más de los múltiples casos de conductas reprimidas, pues en principio está sancionado matar a un semejante,<sup>13</sup> pero tolera bajo las condiciones de la "Legítima defensa."<sup>14</sup>

Por lo que respecta a las conductas "prohibidas," comprenden las formas de proceder intencionales completamente inaceptables, es decir, que no están permitidas bajo ninguna circunstancia; Vrg. La violación, es en nuestro me- dio, una acción prohibida absolutamente, pues no admite tolerancia excepcio- nal por alguna límitante o condición de lugar, tiempo, forma, medidad, etc.<sup>(15)</sup>

(12) Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y pa- ra toda la República en Materia del Fuero Federal, Art. 379.

(13) *Ibidem*, Arts. 367 a 381 bis.

(14) *Ibidem*, Arts. 302 y slgs.

(15) Cfr. Art. 15, Fracc. III.

lo que la hace siempre sancionable. Otro ejemplo de la conducta en cuestión se presenta en el "daño o peligro de daño" ocasionado mediante incendio, inundación o explosión sobre "un edificio", vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales; archivos públicos o notariales; bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos, y montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género."<sup>16</sup> En ella también opera alguna circunstancia que conlleva el proceder intencional.

Por último, las conductas "exigidas" son las formas positivas de proceder requeridas obligatoriamente al individuo; por ejemplo: denunciar ante las autoridades la comisión de los delitos de oficio de que tengan noticia.<sup>17</sup>

#### C) FUNCION.

Es función de toda norma de comportamiento producir, conservar, mejorar o extinguir una situación particular.

### 4.- EL ORDEN DE LA CONDUCTA.

#### A) CONCEPTO

El hombre encuentra reducidas sus opciones de comportamiento —según la filosofía de las normas— en virtud de las ventajas y desventajas que su proceder causa en el logro de los objetivos de la comunidad, como tal. Dichas reducciones están establecidas en los diversos ordenes de la conducta que operan en la sociedad. "Un orden es —al decir de Hans Kelsen— un con-

(16) Cfr. Art. 397, c.p.

(17) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Art. 242, 37a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1987.

junto de normas. Cada norma es un mandato que obliga a determinados seres humanos a observar, en ciertas circunstancias, una conducta determinada."<sup>18</sup>

En función de todo orden social —dice Kelsen— provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón sean reputables y perjudiciales a la sociedad y que realicen otros que puedan reputarse útiles.

#### B) DIVERSOS ORDENES.

Los usos, las costumbres, la moral, la religión y el derecho son los ordenes reguladores de la conducta, al requerir a los hombres a llevar a --cabo determinado proceder. Los usos "como la conducta irreflexiva que de hecho realizan los componentes de una colectividad; la costumbre, el actuar que se realiza por estar fundado en un gran arraigo; el orden legítimo, por la consideración de las personas de que la conducta prevista va de acuerdo con aquellas normas que en su ámbito social se concideran obligatorias, son validas."<sup>20</sup>

Utilizando una expresión equivalente, podemos decir que la actuación comunitaria del hombre tiene relevancia autónoma en cada uno de los ordenes citados; el enfoque con que cada uno la contempla le da peculiaridades ante los demás. Por su naturaleza común de "Instrumentos reguladores de comportamiento" mantienen, desde luego, puntos afines; pero para el caso nos interesa destacar cuál es, entre sus divergencias, la característica que determina que el comportamiento sea acorde a las prescripciones de las reglas.

(18) Teoría General del Derecho y del Estado, Trad. Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, pág. 3.

(19) Ibidem, pág. 17.

(20) WEBER, cit. por ZANCHEZ AZCONA, Ob. cit., pág. 43.

### C) MOTIVO DETERMINANTE DE LA CONDUCTA CONFORME AL ORDEN

Fundamental importancia tiene en nuestro estudio destacar el motivo -- determinante de la conducta conforme a las pautas y las normas. Esta causa-- de conformidad con los principios de la materia de Introducción al Estudio del Derecho-- no es otro que, primeramente, el pleno convencimiento del agente, que las relaciones deben desarrollarse en la forma que la norma indica; en segundo lugar, la pretensión de conquistar la recompensa que el ordenamiento ofrece; y, por último, el temor y la conveniencia de evitar el castigo previsto para casos de contravención.

En los usos y las costumbres opera una psicología colectiva con repercusiones individuales de identificación, integración y aceptación social -- para quién adopte los lineamientos proclamados, y de crítica, ajenidad y -- distanciamiento social para quien los prescinda.

En el orden moral o ético tienen lugar los juicios de valor que tasan la bondad y maldad de la conducta humana, elevándolas a la categoría de -- principios regentes de las acciones y omisiones individuales. Su observancia en inobservancia está sancionada con el sentimiento placentero de haber obrado en forma aceptable y con los sentimientos de culpabilidad y --- arrepentimiento de haber procedido en forma contraria. Estas sanciones -- son de agrado y malestar emocional, respectivamente, en el sujeto.

El orden religioso es un conjunto de mandatos emitidos por una autoridad sobrehumana --supuestamente-- y por grupos o sectas constituidos para la defensa y propagación de sus normas. En él las disposiciones están textualmente establecidas, lo que no sucede en los usos, costumbres y nor

más morales en las que los hechos se dan por repetición e influencia, simplemente.

La conquista de los beneficios con que el orden recompensa su observancia y el temor a sufrir los perjuicios con que amenaza su inobservancia determinan, en los creyentes, que la conducta sea conforme a los mandatos religiosos. La fé es el móvil que induce —podríamos decir— a que el comportamiento sea en la forma prescrita; consecuentemente, en los individuos en quienes ésta no está impuesta, los mandatos religiosos son intrascendentes.

Lo mismo acontece con los usos, las costumbres y la moral: no son válidos para la universalidad de los hombres.

Eso puede deberse, por un lado — como diría SANCHEZ AZCONA— a que no les fuerón internalizados en la psique durante su proceso vital de desarrollo y convivencia con los grupos sociales;<sup>21</sup> por otro lado, puede deberse a que el agente no encuentre en ellos una causa suficiente para conducirse en la forma indicada; incluso, la causa de la apatía por procurar las conductas sociales y evitar las antisociales puede estar fomentada, en el fondo, por la intermedialción de un mecanismo sancionador insuficiente que por el premio o castigo que ofrece no motive, y en su caso no constriña a ser cumplido.

Ante esta paradoja, se hace indispensable un instrumento que presione más efectivamente al sujeto a obrar en la forma anunciada por las normas.

El orden jurídico, es al igual que los demás ordenes de la conducta, un conjunto de prescripciones de obrar y abstenerse; pero diferente a ellos, -

---

(21) Ob. cit., pág. 17.

fundamentalmente, por ser el único en el que las disposiciones son de carácter coercitivo; es decir, en él la observancia de los preceptos normativos es exigible por la fuerza, una vez reunidos los requisitos que integran el supuesto jurídico. Si el destinatario de la norma no conforma su proceder con lo indicado, entonces entra en funcionamiento un mecanismo constituido para defender, proteger y hacer cumplir el orden —mecanismo coactivo—.

El término "coacción" deriva del Latín "coactus", que significa cons--treñir o forzar a alguien para que haga o diga algo contra su voluntad.<sup>22</sup>

La coacción es la técnica básica en la que descansa el orden jurídico. "La eficacia de los demás no se apoya en la coerción, sino en la obediencia voluntaria."<sup>23</sup>

En nuestro sistema, este orden se diferencia de los otros, además, por que las disposiciones están plasmadas por escrito y compiladas (característica común con el religioso); porque la sanción está basada en la técnica —del castigo o desventaja aplicable al infractor, en tanto que la técnica de la recompensa es de nula importancia. También difiere de ellos porque, por principio general, las sanciones están predeterminadas y definidas en cada situación; entre otros puntos contrastantes.

De conformidad con lo expuesto, la coacción es el motivo que determina, fundamentalmente, la conducta conforme al orden jurídico, pues en última instancia el individuo está contrainducido a comportarse en la forma que le requieren las normas, si su convicción no es suficiente para ello.

(22) Pequeño Larousse Ilustrado, Diccionario, Edit. Larousse México, 1978.

(23) Kelsen, Ob. cit., pág. 21.

#### 5.- TRANSCENDECIA JURIDICA DEL COMPORTAMIENTO.

Concretando lo expuesto, dejamos asentado que en comparación con los diversos ordenes sociales através de los cuales el hombre guía su comportamiento comunitario —uso, costumbre, ético, religioso y legal— el jurídico constituye, por su mecanismo coercitivo, la técnica social de motivación in directa. La motivación directa descansa en el principio de la recompensa, -- que da, fundamentalmente, el orden religioso.<sup>24</sup>

Desde el punto de vista de la obligatoriedad, aquella característica -- la da primacía frente a los demás ordenamientos al sujetar el desarrollo de los aspectos sociales a los canales lícitos, mediante la amenaza y uso de -- la fuerza física, si es necesario, para aplicar una sanción privativa de la vida, la salud, la libertad, las propiedades, posesiones o derechos, a -- efecto de que los hombres en su actividad reciproca se abstengan de privarse por la fuerza unos a otros de la vida, la salud, la libertad, las propiedades, posesiones o derechos,<sup>25</sup> o simplemente para que realicen una conducta específica por el valor de la misma significa para el Estado.

En estos términos, el comportamiento natural y anárquico del ser humano es -- por así decirlo-- recogido por el ordenamiento jurídico para ser -- moldeado en tal forma que permita el desarrollo adecuado a los intereses -- que se desprenden de la vida corporativa. Por esta razón VILLORO TORANZO -- concide al Derecho como "un instrumento para ordenar la conducta social de los hombres."<sup>26</sup>

(24) Ibidem, Pág. 17.

(25) Kelsen, Ob. cit., Pág. 24

(26) Introducción al Estudio del Derecho, 7a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1987, Pág. 152.

Por otra parte, podría decirse que hasta cierto punto nuestra exposición suena un tanto cuanto filosófica, porque en muchos casos las prescripciones de las leyes positivas no se ajustan a los principios éticos del bien común, justicia, paz, progreso, certeza, seguridad, respeto, utilidad, etc., que se anuncian como fines del orden jurídico, pero también hay que tener presente que éste, como todo Instituto social no representa jamás una tarea acabada. Sabido es que tanto circunstancias de lugar, como de tiempo, políticas, económicas, naturales, científicas, etc., dan lugar a la constante creación, modificación y derogación de las prescripciones legales que rigen un aspecto social determinado; por ello, por utópico que pudiera parecer son —como dice VINOGRADOV— "Los principios que constituyen la base de las leyes promulgadas."<sup>27</sup>

Las reformas que el legislador lleva a cabo en representación de la colectividad, parten del juicio de valor que la situación tiene para la representada. "Del examen de un sistema jurídico positivo —aclara la Enciclopedia Jurídica Omeba— surge como ilícita la conducta que ha sido "puesta" como antecedente de una sanción, y no la que repugna a determinados juicios de valor; pero en ello va implícito un momento valorativo de fácil demostración: si la comunidad, por medio de sus órganos competentes, establece que a tal conducta debe serle impuesta una sanción, es porque prefiere que tal conducta no se de en la realidad o que la representación de una pena induzca al súbdito— al menos en cierta medida— a comportarse de modo diferente: se "quiere" tal conducta y se prohíbe tal otra. En ese "querer" y en su insitopreferir enancan los juicios de valor en cuya virtud precisamente se-

(27) Introducción al Estudio del Derecho, Trad. Vicente Herrero, Edt. F.C.E., Cuarta Ed., México, 1985, Pág. 12.

quiere o no tal conducta. "Porque el legislador juzga como valiosa tal conducta, la legitima de modo directo --facultad-- o indirecto --omitiendo su prohibición o sancionando su contrario--.<sup>28</sup>

Aunada a la función del legislador, destaca la tarea del jurista de estudiar científicamente cada situación particular. Los principios y fundamentos técnicos han de estar presentes e imponerse para la mencionada creación, modificación o derogación de las reglas legales que han de regir la situación de hecho;<sup>29</sup> por ello, normalmente las "exposiciones de motivos" de las leyes plasman los antecedentes, causas y fines que inspiran la expedición de las normas.<sup>30</sup>

La "razón de ser" del precepto mantendrá vigente el mecanismo legal --que rige la situación, mientras perduren las condiciones que lo motivaron--; en tanto que estas no varíen no habrá lugar a que aquél sea reformado, sino hasta que nuevas circunstancias objetivas, sociales o científicas lo demanden.

Una modificación o derogación arbitraria puede conducir al absurdo --jurídico en perjuicio de intereses públicos o privados ofendidos; pudiendo-- representar en su lugar, sino una ventaja para el infractor, una desventaja para el ofendido.

Una aberración de tal índole ocurre --a nuestro juicio en la prescrip-

(28) Tomo XVI, pág. 965.

(29) "Esta Teoría del Derecho --explica VINOGRADOV-- permite a los hombres elaborar y emplear sus leyes deliberada y científicamente, en lugar de crearlas más o menos al azar bajo la presión de las circunstancias. (Ob. cit., pág. 12).

(30) VILLORO TORANZO ha indicado ya que toda norma del ordenamiento jurídico prevé una situación de la realidad a la que atribuye determinadas consecuencias de Derecho, (Ob. cit., pág. 152).

ción legal que exige la "Querrelia de la parte agraviada" en la persecución del delito de "daño en propiedad ajena que es cometido por incendio, inundación o explosión, sobre un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales; Archivos Públicos o Notariales; bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios monumentos públicos, y montés, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género."

En el caso, como es de notarse, los Intereses son de naturaleza pública, no privada. ¿Entonces, porqué no protegerlos, defenderlos y restaurarlos de oficio?

Por ejemplo, Imaginemos que el señor "A" es propietario de un edificio, que "B" es hijo de "A" y que "C", "D" y "E" son visitantes ocasionales del edificio. Ahora, si imprudencial o preterintencionalmente "B", sin el ánimo de causar la muerte de las personas, incendia o mina los cimientos del inmueble, causandole sólo daños en su estructura ¿podríamos negar que el evento constituyó un "peligro de lesión" para el supremo bien de la vida e integridad física de los visitantes?. ¿Estaríamos ante un típico caso de daño puramente patrimonial?. ¿No se configura el delito de daño o peligro de daño específico a que se refiere la fracción I del artículo 397, c.p.? ¿Procedería sancionar al dañador del inmueble si el propietario de éste, por el parentesco que le une con aquél, se abstubiere de presentar denuncia?.

Objetamos de excesiva e infundada la disposición legal que comprende la aberración descrita, al no haber limitado a requerir la formulación de la queja de la persona física afectada por el ilícito, únicamente para la procedencia de la acción penal en la persecución del delito de daño en pro-

pliedad ajena genérico (Art. 399), sino por exigirla también respecto a los hechos constitutivos del daño específico referido.

Igualmente, objetamos la prescripción citada, por consagrar el "beneficio de la denuncia de parte" no sólo para los casos en los que entre el sujeto activo y el pasivo exista algún vínculo de parentesco de consanguinidad, afinidad, amistad, agradecimiento, etc., sino también por concederlo en relación a cualquier tercero que lleve a cabo la conducta típica.

¿No sería más correcto, jurídicamente hablando, que la "querrela de parte" sólo mediara respecto del delito de Daño en Propiedad Ajena genérico (Art. 399) por representar hechos constitutivos de una lesión puramente material al patrimonio; en tanto que tratándose del daño específico, por tutelar intereses públicos, se procediera de oficio?

Estas observaciones, deducidas básicamente de la confrontación del texto de los artículos 397, 398 y 399 Bis, segundo párrafo, c.p., nos han llevado a inconformarnos con los términos que rigen el caso; pues más que configurar éstos un instrumento de protección, defensa y restablecimiento de los intereses implicados, constituye un mecanismo legal deficiente para su correcta preservación. Situación que, por lógica jurídica, es reprochable si partimos de la consideración de que el Derecho es el instrumento social más efectivo de que disponemos para ordenar la conducta recíproca de los ciudadanos; el medio de control de mayor cohesión y eficiencia para restablecer los intereses vulnerados; por lo tanto, el que requiere una constitución apegada a los principios de su ciencia.

A la descripción técnica de la aberración planteada y propuesta de solución de las cuestiones derivadas incursionamos en seguida.

-----

## **CAPITULO II**

### **INTERES PUBLICO E INTERES PRIVADO**

## CAPITULO II

## INTERES PUBLICO E INTERES PRIVADO

## 1.- CONCEPTO DE INTERES.

## A) CONCEPTO GRAMATICAL.

El término "Interés" deriva del latín "Interese", que tiene, entre -- otras, las siguientes acepciones: beneficio que se saca del dinero prestado/ valor que en sí tienen una cosa/conveniencia<sup>1</sup>/ Inclínación más o menos vehemente del ánimo hacia algún objeto, persona o narración que atrae o comueve/ conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material,<sup>2</sup> etc.

Para efectos del estudio realizado, es considerable apegarnos a las -- acepciones que están vinculadas con la naturaleza jurídica social del tema central, que seleccionadas son las significaciones de ..." Inclínación más o menos vehemente del ánimo hacia algún objeto," la de "conveniencia" y la de "necesidad."

## B) CONCEPTO DOCTRINAL.

En el campo de la teoría gran número de autores se han pronunciado sobre el tema del Interés, coincidiendo en esencia en sus conceptos; por ejemplo, para Ierling, "el Interés es el valor que tiene un bien en su relación peculiar con el individuo y sus aspiraciones".<sup>3</sup> En consideración de BURGOA,

(1) Larouse, Pequeño Larouse Ilustrado, México, 1977.

(2) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1956.

(3) L'esprit du Droit Romain, cit. por Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, Sa. Ed., Edit. Porrúa México, 1953, pág. 189.

implica el conjunto de bienes materiales o inmateriales (derechos) que componen la esfera particular de una persona.<sup>4</sup>

Otros lo conciben como la apreciación que el sujeto hace de los fines cuya realización se propone.<sup>5</sup>

### C) NUESTRO CONCEPTO.

En base a las consideraciones doctrinales y atendiendo a la significación gramatical de la palabra, formulamos el concepto —in genere— de interés, en los siguientes términos: "el interés es la inclinación del ánimo hacia el logro de algo, por el valor, conveniencia o necesidad que encierra en las aspiraciones del individuo."

### 2.- INTERES PRIVADO E INTERES PUBLICO.

De conformidad con el concepto anunciado, el interés privado viene a ser la inclinación del ánimo individual —del sujeto considerado particularmente— hacia el logro de algo, por el valor, conveniencia o necesidad que envuelve en las aspiraciones singulares; en tanto que el interés público, la inclinación del ánimo colectivo —de la sociedad— hacia el logro de algo por el valor, conveniencia o necesidad que envuelve en la realización de las aspiraciones generales.

"El interés —agrega GARCIA MAYNEZ— es una dimensión psicológica variable, que crece o disminuye paralelamente a la valoración que el individuo hace a sus fines. Todo interés —concluye— es por esencia subjetivo.<sup>6</sup> Si bien es cierto que el interés es por esencia subjetivo —como afirma— el citado autor— porque hablar de interés objetivos es sólo una ficción

(4) El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, 24 ed., México, 1988, pág. 738.

(5) GARCIA MAYNEZ, Ob., cit. pág. 189.

(6) Ibidem, pág. 190.

por que tener Interés en algo significa atribuir personal valor o Importancia a su realización (Independientemente de que resulte o no Intrínsecamente valiosa),<sup>7</sup> también es cierto que existen los "modos colectivos de conducta" que nos revelan la existencia de un querer, pensar o inclinación del --ánimo de la comunidad hacia el logro de algo, es decir, de un Interés colectivo. Este no es estático o permanente sino que, igualmente, es una dimensión psicológica y variable, que crece o disminuye paralelamente a la valoración que la comunidad hace de sus fines. La conducta particular, sabemos, está, motivada por intereses; de igual manera el comportamiento público, -- que representa el actuar general de los individuos, está motivado por intereses sociales.

Hablar de Intereses públicos no significa aludir a una supuesta inclinación total del ánimo de los integrantes de una corporación hacia el logro de un mismo fin, pero sí del criterio dominante en ella, por utilidad general.

Respecto a los modos colectivos de conducta, y consecuentemente a los Intereses públicos, es ilustrativa la exposición que al respecto da SANCHEZ AZCONA, cuando dice que "aunque la personalidad es única las estructuras -- biológicas y psíquicas son comunes, y por tanto, frente a un ámbito determinado las personas que se encuentran dentro de él tienden a reaccionar análogamente. Este actuar --dice--, esas reacciones de los seres humanos frente al controno cuyos elementos pueden ser psíquicos, biológicos, socioculturales, etc., no se dan aislados, sino que se vinculan, se interrelacionan, se

(7) Ibidem. pág. 133.

enlazan; se perfila así la constitución de un actuar colectivo. En su origen último, un modo colectivo proviene de conductas individuales que llegan a convertirse en colectivas al vincularse y unirse entre sí, formando una estructura social.

### 3.- DELIMITACION DE INTERESES PUBLICOS Y PRIVADOS.

Saber dónde termina el campo de un interés y don de inicia el del otro es una cuestión que ha conculcado la mente de sociólogos, políticos y juristas sin que se haya dado, al parecer, un criterio con calidez científica que resuelva satisfactoriamente semejante duda.

#### A) CONSIDERACIONES DOCTRINALES.

##### a) TEORIA CLASICA DEL INTERES EN JUEGO.

En el ambiente jurídico, el problema sobre la delimitación de intereses públicos y privados lo hemos heredado del Derecho Romano, de la Teoría del Interés en Juego que Ulpiano pretendiendo definir los derechos público y privado formuló diciendo "ius est quad ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem" ("El derecho público es el que se refiere a la república, el privado el que se refiere al interés de los particulares"). "De acuerdo con esta teoría --afirma-- GARCIA MAYNEZ-- la naturaleza privada o pública de un precepto o conjunto de preceptos dependería de la índole del interés que garanticen o protejan.

Las normas del derecho público --proclama esta corriente-- corresponden al interés colectivo, las del privado refieren a intereses particulares." <sup>10</sup>

(8) Ob. cit., pág. 24-26.

(9) MARGADAT s., Guillermo F., Derecho Romano, Edit. Esfinge, 11a. Ed., México, 1982, pág. 102.

(10) Ob. cit., pág. 132.

## b) TEORIA DE LA NATURALEZA DE LA RELACION.

La teoría tradicional ha sido objetada, entre otras cuestiones, por --pretender definir la naturaleza pública o privada de un precepto legal -- por el Interés protegido (sin preocuparse --por un lado-- por esclarecer ca da tipo de Interés); además, porque esta situación, conforme a la moderna - Doctrina de la Naturaleza de la Relación constituye una imprecisión; pues - el Interés protegido --proclama esta corriente-- no guarda ninguna relación determinante de las normas del derecho público o privado, toda vez que la - naturaleza de éstas --dice-- está determinada por las relaciones de coordinación y de subordinación, es decir, por aquellas relaciones que se dan entre sujetos considerados en planos jurídicamente iguales y las que se presentan entre sujetos que se vinculan en planos desiguales, respectivamente<sup>11</sup>

(11) GARCÍA MAYNEZ expone la Teoría de la Naturaleza de la Relación, en los siguientes términos: "...la doctrina más generalmente aceptada es la - que consiste en sostener que el criterio diferencial entre los dere-- chos privado y público no debe buscarse en la índole de los derechos - protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de- aquellos establecen. Los preceptos del derecho pueden crear entre las personas a quienes se aplican relaciones de coordinación y de supra o subordinación. Una relación jurídica es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran encuéntrase colocados en un plano de ---- igualdad, como ocurre, vgr., si dos particulares celebran un contrato - de mutuo o de compra-venta. Los preceptos del derecho dan origen a re laciones de subordinación cuando, por el contrario, las personas a --- quienes se aplican no están consideradas como jurídicamente iguales, - es decir, cuando en la relación interviene el Estado en su carácter de entidad soberana y un particular. Las relaciones de coordinación o de igualdad no solo pueden existir entre particulares, sino entre dos ór- ganos de Estado, o entre un particular y el Estado, cuando el último no interviene en su carácter de poder soberano. La relación es de de- recho privado, si los sujetos de la misma encuéntrase colocados por - la norma en un plano de igualdad, y ninguno de ellos interviene como - entidad soberana. Es de derecho público si se establece entre un part[ ular y el Estado (existiendo subordinación del primero al segundo) o- si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos en- tidades soberanas. (Ob. cit., pág. 134).

Visto el anunciado de las Teorías Clásicas del Interés en Juego y de la "Naturaleza de la relación", nos percatamos que ninguna de ellas entra al estudio detallado de los Intereses públicos y privados, no obstante que ambas manejan sus postulados estos términos: la primera refiere este dualismo como un elemento fundamental en la naturaleza pública o privada de las normas del derecho y la segunda en crítica y como elemento ajeno entre una y otra divisiones del derecho. Las dos teorías se concretan a darlos por supuestos y conocidos.

c) OPINIONES DE BAÑUELOS SANCHEZ, KELSEN, CARRE DE MALBERG E IGNACIO BURGOA.

Participando en esta polémica, BAÑUELOS SANCHEZ declara que es imprecisa la distinción entre uno y otro tipo de Intereses.<sup>12</sup> Kelsen dice que no es posible hablar de normas exclusivamente destinadas al logro del interés individual, porque todo precepto tiene como meta la realización de intereses de ambos géneros.<sup>13</sup> "Desde el momento en que una norma de derecho protege un Interés individual —continúa diciendo— esa protección constituye un Interés colectivo en la existencia de la norma que ofrezca la mayor garantía para que cada quien realice sus aspiraciones".<sup>14</sup> CARRE DE MALBERG, compartiendo un criterio similar, expone: "Admitir que pueda haber en el Estado un Interés colectivo que tomara su consistencia fuera de los Intereses Individuales, es desconocer que el Estado no es un fin, sino un medio, es decir, una institución que no existe más que con un objeto humano. Sólo los hombres, en efecto, pueden ser objeto de Intereses, y por lo tanto, es-

(12) El Derecho de Alimentos y Tesís Jurisprudenciales, Edit. Orlando Carrdenas U., México, 1988, pág. 77.

(13) Teoría General del Estado, cit. por García Maynex, Ob. cit., pág. 17.

(14) Ibidem, pág. 133.

imposible concebir que el Estado tenga intereses suyos que no sean intereses humanos"<sup>15</sup> BURGOA, por su parte, manifiesta: - "puede decirse que el interés social se traduce en cualquier hecho, acto o situación de los cuales la sociedad pueda obtener un provecho o una ventaja o evitarse un trastorno bajo -- múltiples y diversos aspectos, previniéndose un mal público, satisfaciéndose una necesidad colectiva o lográndose el bienestar común."<sup>16</sup>

#### B) CONSIDERACION LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

En el ordenamiento jurídico una variedad de leyes están textualmente autocalificadas como "leyes de interés social"; por ejemplo: la LEY SOBRE EL SISTEMA NACIONAL DE ASISTENCIA SOCIAL, que en su artículo 1o. establece, "La presente ley regirá en toda la República, sus disposiciones son de orden público e interés social."<sup>17</sup> LA LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, que en su artículo 1o. dispone: "Las disposiciones de esta Ley regirán en toda la República, sus disposiciones son de orden público e interés social"<sup>18</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también reconoce la existencia de intereses colectivos, el expresar que - "si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador que lo hace valer al dictar una Ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les someten para su resolución."<sup>19</sup>

---

(15) Teoría General del Estado, cit., por BURGOA, en Juicio de Amparo, pág. 739.

(16) Ob. cit., pág. 739.

(17) D.O., 9 de enero de 1986.

(18) D.O., 22 de diciembre de 1975.

(19) Tesis Jurisprudencial número 728, visible en el Apéndice al Tomo CXVIII del Semanario Judicial de la Federación.

La interpretación, a contrario sensu, de las disposiciones legales y jurisprudenciales confirman la existencia de -- los intereses privados. El criterio del máximo tribunal pone de manifiesto, así mismo, "que no basta, como índice absolutamente certero y apodóctico, que una ley se auto-adscriba el carácter de orden público para que de modo ineluctible se le atribuya necesariamente este carácter, sino que es menester, - que los fines directos e inmediatos por ella perseguidos, propendan a satisfacer una urgencia colectiva, o a procurar un - bienestar social o a evitar un mal a la comunidad.

De esta guisa, sólo a posteriori, analizado la norma jurídica de que se trate al través de su causa final, puede constarse - su índole de orden público o de orden privado, atributos que, por estar estrechamente ligados a la dinámica social son eminentemente variables en el tiempo y en el espacio, circunstancia que debela su contingencia, en el sentido de que, si bién en un principio tales factores caracterizan a una ley, dejan de peculiarizarla en la medida en que desaparezan del escenario de la realidad los motivos que la determinarán o de que - los fines perseguidos se hayan conseguido o dejen de tener actualidad."<sup>20</sup>

Igualmente, podemos sostener que una ley puede ser de interés público aún cuando en su texto no se revele esta cualidad y el "mecanismo legal" sólo pueda aplicarse por "iniciativa de parte afectada".

### C) CONSIDERACIONES PERSONALES.

Las consideraciones doctrinales esbozadas con antelación así como las disposiciones legales y jurisprudenciales citadas

---

(20) BURGOA, Ob. cit., pág. 736.

disposiciones legales y jurisprudenciales citadas, confirman el reconocimiento de intereses públicos y privados. El problema —según quedó planteado— no radica en la diferencia entre unos y otros, sino en la delimitación del campo de acción de cada uno. El primero, reiteramos, es la inclinación del ánimo individual: —del sujeto considerado particularmente— hacia el logro de algo, por el valor, conveniencia o necesidad que encierra en -- sus aspiraciones; el segundo, la inclinación del ánimo colectivo —de la so ciedad— hacia el logro de algo por el valor, conveniencia o necesidad que envuelve en las aspiraciones generales. Sin embargo, estos conceptos no -- comprenden el significado absoluto que a aquél vocablo se le dá en el campo jurídico. En éste tienen cabida, regularmente, la acepción "derechos" sobre algo, legalmente constituido o de simple dominio;<sup>21</sup> es decir, los términos "interés" y "derecho" suelen utilizarse para revestir una misma idea. Esto sucede por ejemplo; cuando se habla de la "afectación a los intereses o derechos públicos."

Lo expuesto nos induce a concluir, así mismo, que un interés colectivo existe independientemente de que el orden jurídico le de o no reconocimiento. Cuando éste consagra un "interés colectivo" no está creando una nueva situación, lo que hace es revestir una pre existente de los mecanismos legales, para su especial defensa y protección. Por otra parte, no es suficiente con que una ley se autoadscriba el carácter de "orden público" para que efectivamente sea de interés social;" pues tal carácter sólo puede derivarse de su naturaleza o de su causa final; no de un calificativo formal que -

(21) BURGOA lo concibe como el conjunto de bienes materiales o inmateriales (derechos) que componen la esfera particular de una persona. Ob. cit., pág. 736.

(22) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesfs cit., pág.

le haya sido consignado por el legislador, quizá erróneamente por seguir cu estiones políticas y de oportunidad, discordantes con la realidad. El atr uto no cambia la esencia de las cosas.

La limitante entre intereses públicos y privados se obtiene, en nues-- tro criterio, por exclusión; ajustando y tomando como premisa el criterio del Maestro Burgoa sobre el particular, para quedar como sigue: "el campo - del interés social está en cualquier hecho, acto o situación de los cuales- la sociedad pueda obtener un provecho o una ventaja o evitarse un trastorno bajo múltiples y diversos aspectos, previniéndose un mal público, satisfa--- ciéndose una necesidad colectiva o lográndose el bienestar común. Cualquier hecho, acto o situación que no reúna estos extremos, tendrá lugar en el terreno de las aspiraciones individuales, que van encaminadas a prevenir un - mal privado, satisfacer una necesidad individual o lograr el bienestar par- ticular, antes que sus correlativos públicos.

El interés individual tiene un campo de acción ilimitado cuando está - acorde con el interés de la comunidad; en tal caso puede desplazarse libre- mente por los senderos abiertos por este último, por que, en estas circuns- tancias, actúa como una parte de la pluralidad. Desde este enfoque es com- prensible y aceptable la ausencia de fronteras entre uno y otro, porque el- corporativo viene a ser, valga la redundancia, resultado de la suma de sus- miembros. Desde este punto de vista son aceptables las opiniones de BAÑUE- LOS SANCHEZ, y KELSEN, quienes, como vimos en páginas anteriores, niegan la existencia de un criterio válido de diferenciación entre una y otra catego- ría de intereses.

El antagonismo empieza a lucir matices cuando el interés —llamase inclinación del ánimo hacia el logro de algo o derecho constituido— no participa previniendo un mal público, satisfaciendo una necesidad colectiva o logrando el bienestar común, sino mas bien hacia sus correlativos: previniendo un mal privado, satisfaciendo una necesidad particular o logrando el bienestar individual.

El antagonismo tajante de intereses, finalmente, es una realidad cuando las aspiraciones individuales son ilícitas.<sup>23</sup> En estas condiciones, la pugna surge no sólo entre los intereses públicos y los privados ilícitos sino, incluso, entre los privados lícitos y los ilícitos; lo que nos permite fijar, en cada caso, dónde termina o hasta dónde puede llegar uno y dónde comienza y hasta dónde puede llegar el otro.

#### 4. INTERESES RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES.

Los intereses colectivos que han sido consagrados por el ordenamiento jurídico tienden a ser, por regla general, irrenunciables, en razón de que representan un derecho de la sociedad, de "todos en conjunto", no de entes aislados.<sup>24</sup> En cambio los intereses o derechos privados, por su naturaleza protectora de aspiraciones particulares, dan opción a su titular de reclamar su cumplimiento o de renunciar a él.

Utilizando expresiones equivalentes, podemos decir que la protección y defensa legal en ambos tipos de intereses es hasta cierto grado variable: para los públicos operan algunos

(22) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1830 del Código Civil del Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. (D.O., 26 de marzo de 1928).

(24) Prescribe nuestra legislación civil que los actos ejecu-

organismos representantes de la sociedad, obligados a interve  
nir en las situaciones que corresponden a sus atributos, sin  
que sea necesaria la promoción individual para su actuación -  
de funciones --"procedencia oficiosa"-- En la protección y de  
fensa de los intereses privados funciona el mismo mecanismo -  
establecido para amparar los intereses públicos, sólo que pa-  
ra este caso la intervención de los mencionados organismos es  
tá condicionada a actuar, o no, a petición expresa del titu--  
lar del derecho o interés garantizado, como elemento "sinequa  
non"-- "procedencia a instancia de parte"--.

##### 5. JERARQUIA DE INTERESES.

Una vez confirmada la existencia o reconocimiento de los  
intereses públicos y privados, y delimitado el campo de ac- -  
ción de cada uno de ellos, es imperativo consecuente destacar  
que en un orden de prelación unos intereses están por encima  
de los otros. Veamos lo que al respecto establece nuestra le  
gislación: Disponen los artículos 6o y 8o del Código Civil vi  
gente, respectivamente, lo siguiente: ... "La voluntad de los  
particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni  
de la observancia de la ley, ni alterarla o modificar. Sólo  
pueden renunciarse los derechos privados que no afecten direc-  
tamente al interes público, cuando la renuncia no perjudique  
derechos de tercero;" y, ..... "los actos ejecutados contra el  
tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán -  
nulos, excepto en los casos en los que la ley ordene lo con--  
trario".

---

tados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de in-  
terés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley  
ordene lo contrario. (Art. 8, C.C. Para el Distrito Federal -  
en Materia del Fuero Común y para toda la República en Mate--  
ria del Fuero Federal, Edit. Porrúa, 54 Ed. México, 1984).

Del análisis sistemático de estos preceptos se pone de manifiesto que el orden jurídico antepone el interés público al privado; es decir, jerárquicamente lo coloca en un plano superior al no admitir "la renuncia de los particulares" en la protección y defensa de los intereses públicos: brindando a éstos, con éllo, una vigilancia oficiosa y desconociendo efectos jurídicos a los actos que se ejecuten en contravención a los mandatos correspondientes.<sup>(25)</sup> Consagrando la situación contraria en los derechos privados: defendiéndolos a instancia del titular, y dando eficacia a las renunciaciones que se formulen en esta materia, cuando la renuncia no afecte los de rechos de otra persona.

---

(25) Esta regla ha sido consagrada legalmente en la siguiente fórmula: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo -- pueden renunciarse los derechos privados que afecten directamente el interés público, cuando la denuncia no perjudique de rechos de terceros." (Ibidem. art. 6)

## **CAPITULO III**

### **EL DELITO**

## CAPITULO III

## EL DELITO

## 1. CONCEPTO.

## A) CONCEPTO SOCIOLOGICO.

Las conductas antisociales más objetivamente dañosas a los intereses - públicos y privados han sido consignadas en nuestro ordenamiento jurídico - penal, bajo la amenaza de una sanción determinada a su realización y la aplicación de esta en caso de que dicha conducta llegara a realizarse.

Un comportamiento en esas condiciones, es consecuentemente, un proceder prohibido; es decir, un señalamiento de lo que el hombre no debe hacer. Técnicamente hablando es denominado "Delito".

Desde un enfoque sociológico, el delito es una acción contraria al derecho y dañosa.<sup>1</sup>

## B) CONCEPTO LEGAL.

Legalmente el concepto correspondiente se reduce a los siguientes términos: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."<sup>2</sup>

"Acto u omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito. Ambos constituyen la acción. "Latu sensu"--son especies de ésta. El acto o acción "Estrictu sensu", es su as-

(1) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, 5a. ed., Edit. Porrúa, México, 1970, pág. 157.

(2) Cfr. art. 7o, c.p.

pecto positivo y la omisión el negativo. El acto consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la omisión en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, en un omitir obediencia a una norma que impone un deber de hacer."<sup>3</sup>

La sanción o pena, es el daño que ha de aplicarse al integrarse la descripción fáctica prevista en la ley: pudiendo consistir en la privación de la vida, la libertad, las propiedades, posesiones o derechos, etc., con que el orden castiga, en cada caso, la realización de las conductas contrarias a sus disposiciones normativas.<sup>4</sup>

Ante todo, jurídicamente no existe delito alguno ni pena alguna que -- deba aplicarse a los hechos humanos sin una ley que así lo determine. Este principio se enuncia en la máxima "nullum crimen nulla poena sine lege", -- consagrado en nuestro ordenamiento jurídico dentro de los derechos fundamentales del hombre.<sup>5</sup>

(3) CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, Edit. Porrúa, México, 1985, pág. 29.

(4) "En el lenguaje jurídico normalmente se emplean los términos ley penal y norma penal con idéntico significado. No fue así a partir de Carlos Binding, cuando se hizo evidente su diverso contenido conceptual, al destacarse el hecho de que el hombre, al realizar la hipótesis legislativa, no viola o infringe la ley penal: su conducta y en todo caso la consecuencia de ésta vienen a llenar el cuadro descriptivo del precepto jurídico. Existe por ello no una infracción a la ley penal, sino una conformidad con la misma, contrariándose el viejo concepto expresado por CARRARA sobre el delito (Infracción a la ley del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto del -- hombre, positivo o negativo, y moralmente imputable"). La anterior observación llevó a Binding a sostener que las acciones de los hombres -- no violan las leyes penales sino las normas jurídicas, con vida anterior y ubicadas por encima y detrás de aquellas. Estas normas son verdaderos imperativos, mandatos de obrar o prohibiciones de abstenerse -- originadas en el derecho en general y cuya garantía corresponde como -- tarea al ordenamiento penal." (PAVON VASCONCELOS, ob. cit. pág. 83).

(5) Cfr. art. 14, tercer párrafo, Constitución Política.

## c) CONCEPTO DOCTRINAL.

"Un concepto sustancial del delito —dice PAVON VASCONCELOS— sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De este desprendemos —continúa diciéndonos— que el delito es la conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible."<sup>6</sup> "a) Es un acto humano, entendiéndose por él conducta actuante u omisa (acción u omisión); b) Típico, previsto y descrito especialmente en la ley; c) Antijurídico, o sea, contrario al derecho objetivo por ser violador a un mandato o a una prohibición —contenidos en las normas jurídicas; d) Imputable, entendiéndose aquí por imputabilidad la capacidad referida al sujeto; e) Culpable, en cualquiera de las formas del elemento moral o subjetivo (intencionalidad o imprudencia —actualmente también figura la preterintencionalidad—<sup>7</sup>); f) Punible, —amenazado con la aplicación de una pena; y g) Conforme a sus condiciones objetivas de punibilidad, por que, en ocasiones, aparte de la reunión de los anteriores elementos, el legislador exige que se cumpla un requisito externo a la acción criminal para que se integre la figura perseguible."<sup>8</sup>

## 2. INEXISTENCIA DEL DELITO.

Anteriormente hemos visto que de conformidad con el principio latino "Nullum crimen nulla poena sine lege" no hay delito, ni pena que le corresponda, sin que una ley previa lo establezca. Pero es de fundamental importancia destacar que el delito es inexistente no únicamente por ausencia de

(6) Ob. cit. pág. 159.

(7) El subrayado en nuestro, conforme al D.O. de 13 de enero de 1984.

(8) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, El Código Penal Comentado, Edit. Porrúa, 7a. Ed., México, 1985, pág. 54.

una ley que lo prescriba, sino, además, por que habiéndose dado un comportamiento prohibido por la legislación penal, se presenten circunstancias que impidan su constitución en delito, por faltar o destruirse alguno de sus elementos fundamentales. Estas situaciones que impiden la reunión de los elementos constitutivos del ilícito penal son denominados, en nuestro medio, "aspectos negativos del delito" por el antagonismo que encierran frente a los que le dan origen; y, respectivamente a éstos, vienen a ser: a) La ausencia de conducta o hecho; b) Atipicidad, como la "falta de previsión en la ley de una conducta o hecho";<sup>9</sup> c) Causas de justificación; d) Inimputabilidad, como la "incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión";<sup>10</sup> y, e) Excusas absolutarias, como las situaciones que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna."<sup>11</sup>

En torno al estudio del delito se ha desarrollado un extensa teoría, que por el momento y por no ser materia en nuestra investigación, omitiremos detallar; hecha excepción de ciertos puntos que vienen a ser ilustrativos en la afirmación que pretendemos probar.

### 3. LA TENTATIVA DEL DELITO.<sup>12</sup>

Entre los conceptos "delito" (consumado) e "Inexistencia del delito" -

(9) PAVON VASCONCELOS, Ob. cit., pág. 284.

(10) Ibidem, pág. 367.

(11) JIMENEZ DE ASUA, en Tratado de Derecho Penal, cit. por PAVON VASCONCELOS en su Manual de Derecho Penal Mexicano"; en razón de que entre las varias obras consultadas en ésta hemos encontrado la información más completa, clara y objetiva que sobre el tema se haya compilado.

(12) En el desarrollo de este punto de la tesis nos basaremos, fundamentalmente, en la exposición que al respecto da PAVON VASCONCELOS, en su manual de Derecho Penal Mexicano"; en razón de que entre las varias obras consultadas en ésta encontramos la información más completa, clara y objetiva que sobre el tema se haya compilado.

se presenta un concepto intermedio: el de la "tentativa". Aquellos constituyen los extremos de la figura punible en tanto que ésta viene a ser el punto medio de referencia.

En principio, hemos visto, una conducta o hecho es delictuoso cuando existe una disposición legal que lo prescriba; y, por el contrario, el delito es inexistente por ausencia de una norma jurídica que lo catalogue en -- esos términos o bien, por que habiéndose dado un comportamiento antisocial-faute en este alguno o algunos de los elementos constitutivos del tipo --- penal, para su configuración o perfeccionamiento legal.

### 3.1 EL ITER CRIMINIS.

#### A) CONCEPTO.

El delito, antes de llegar a ser tál, atraviesa, según el criterio imperante en la doctrina, por un "período de gestación", mejor conocido como "iter criminis"; que significa "camino del delito", es decir, el sendero -- que recorre la idea criminosa desde que tiene lugar en la mente del sujeto-- hasta que es ejecutada.<sup>13</sup>

#### B) FASES DEL ITER CRIMINIS.

Tratándose sobre el iter criminis nos dice PAVON VASCONCELOS: "El iter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito

(13) Manifiesta MALO CAMACHO: "Si por "iter criminis" debe entenderse "camino del delito", o como refieren los autores Italianos, con el expreso y preciso término de "andamento criminale", es evidente suponer que tal andamento encuentre su principio de la ideación, con el surgimiento de la idea criminosa en la mente del futuro delincuente y su fin con la consumación del delito, puesto en mira. (Tentativa del Delito, Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

desde su ideación hasta su agotamiento. Tradicionalmente distingúense en el camino del delito —continúa manifestando— la fase Interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva, respectivamente.<sup>14</sup>

a) Fase Interna o subjetiva.

"El delito se encuentra en su fase Interna —explica PAVON— cuando —aún no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; en tal estado se colocan a la ideación, a la deliberación y a la resolución de delinquir."<sup>15</sup>

Detallando las características de estas subfases, MALO CAMACHO expone: "Se presenta la ideación cuando nace en el agente la idea de cometer un delito; cuando se origina en la mente del futuro autor, la posibilidad de dar salida a su ánimo negativo através de una conducta que en su objetividad se manifestará como contraria al interés social en un momento histórico determinado.... Es un momento que tiene su plena vigencia en la esfera psíquica; es el sujeto mismo quien lo determina como consecuencia del impulso externo o interno originado como resultado de una determinada situación que lo motiva, en manera voluntaria o involuntaria. No se refiere aún, la ideación, a ningún momento siguiente, es sólo el mecanismo psíquico de generación del pensamiento que viene desencadenado bien con el impulso externo que provoca el desarrollo normal de elaboración de la idea, o bien por un estímulo interno que encuentra su proceso negativo directamente en la memoria."<sup>16</sup>

(14) Ob. cit., pág. 435.

(15) Ibidem

(16) Ob. cit., pp. 26 y 27.

^ El segundo momento, el de la deliberación —refiere PAVON— está constituido por el proceso psíquico de lucha entre la idea críminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella.<sup>17</sup> Es el momento en el que entran en juego, en su mayor expresión, los diversos ordenes de la conducta que regulan el comportamiento del hombre con sus semejantes; el instante en el que la moral, la religión, las costumbres y los principios del derecho desempeñan su papel de encausadores de las acciones humanas a través de los canales socialmente aprobados, por el valor o utilidad que el sujeto encuentra en ellos, o bien del arraigo y cohesión con que le hayan sido internalizados en la psique durante su proceso vital de desarrollo y convivencia con los grupos humanos. Agrega MALO CAMACHO que "Este segundo momento de la deliberación supone el uso de la facultad esencial del libre albedrío del individuo; implica el inicio de la voluntad viciada en consecuencia del cúmulo de factores que determinan la conducta humana; corresponde al momento en que el sujeto-agente, haciendo uso de sus facultades decisorias, habrá de optar entre los mecanismos que representan lo socialmente bueno y lo socialmente malo, y en donde en un primer encuentro se observan frente a frente los frenos psíquicos de la conducta derivados de la vida en sociedad y la manifestación, aún interna, de los instintos."<sup>18</sup>

"El tercer momento —afirma este mismo autor— implica la adopción de una respuesta a la deliberación anterior, respuesta que habrá de operar como base para el inicio de la actividad a partir de ese momento exteriorizada.<sup>19</sup> Puede suceder que la determinación acogida sea abandonar la idea críminosa, en cuyo caso el problema inicial se acaba; o bien, que la determina

(17) Ob. cit., pág. 435.

(18) Ob. cit., pág. 27.

(19) Ibidem

ción acogida sea abandonar la idea críminosa, en cuyo caso el problema -- inicial se acaba; o bién, que la determinación implique persistencia del -- sujeto en llevar a cabo el fin previsto, en cuyo caso estaremos frente a la resolución psíquica de delinquir.

"La fase subjetiva --apunta PAVON-- no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido.<sup>20</sup> El Derecho --afirma el penalista-- regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula "cogitationem poena patitur, recogida en el libro II de la Séptima Partida en su Título 31, que proviene de la más antigua tradición jurídica romana;"<sup>21</sup> por ello la resolución criminal no cae bajo la acción de la justicia penal mientras permanece en la-- interioridad del alma."<sup>22</sup>

"A la simple resolución interna de delinquir --expone PAVON-- sucede la resolución manifestada. A ésta --expresa-- no puede considerarse formando parte de la fase externa por no constituir una actividad material; no es propiamente un acto material sino expresión verbal. Por tal razón, --- afirma-- de común no se le incluye en la fase interna pero tampoco en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas."<sup>23</sup>

(20) Recuerdese, como vimos al tratar el tema de la "Transcendencia del Comportamiento Humano en Sociedad", que jurídicamente es irrelevante la conducta del individuo aislado de sus semejantes; por lo que, en esas condiciones, el proceder sólo interesa al campo de la conciencia, la moral o la religión.

(21) Ob. cit., pág. 436.

(22) CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, parte especial, T. II, Vol. II, 13 ed., Bosch, 1972, pág. 70

(23) Ob. cit., pág. 436.

MAGGIORE no comparte el criterio que concibe tres fases --interna, manifestada y externa-- en el desarrollo del iter críminis; él sólo con-

Siguiendo apegados a la tesis de PAVÓN VASCONSELOS, encontramos que la resolución manifestada consiste en el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra. Como sucede en la simple resolución psíquica —afirma—, aquí tampoco existe infracción jurídica en el más amplio sentido, pues la exteriorización —alude— no vulnera objetivamente ningún interés jurídico. No obstante —sostiene—, las legislaciones penales elevan a la categoría de delito algunas resoluciones manifestadas, por razones de índole muy especial, aún cuando doctrinariamente y por su fisonomía propia no constituyan delito."<sup>24</sup>

Encuentra PAVÓN que en nuestro Derecho se ha elevado a la categoría de delito, por ejemplo, la resolución manifestada de las amenazas.<sup>25</sup>

b) Fase externa u objetiva.

Penetrando en la explicación de la fase externa u objetiva PAVÓN VASCONSELOS dice: "Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva; penetramos a lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito."<sup>26</sup>

"La fase externa del iter —sostiene MALO CAMACHO— está integrada por dos momentos: El período que transcurre desde el principio de la exteriori-

---

cibe dos: La Interna o subjetiva y la externa u objetiva. "Una vez — que el pensamiento criminoso sale del mundo interno y se proyecta en el mundo exterior —argumenta— entramos en el proceso ejecutivo del delito. Lógicamente hablando —concluye— todo lo que siga al pensamiento criminoso es ejecución." (Derecho Penal, v. II, t. II, Edt. Temis, Bogotá, 1972, pág. 65)

(24) Ibidem.

(25) Ibidem, pág. 437.

(26) Ibidem, pág. 438.

rización de la voluntad hasta el momento anterior a la consumación, es decir, la actividad realizada con el fin de cometer un delito, y la etapa de consumación del delito, o sea, en donde el efecto buscado ha sido realizado."<sup>27</sup> El primer momento corresponde a los Actos Preparatorios y el segundo a los Ejecutivos. "Es acto preparatorio el que se desenvuelve y permanece en la esfera del sujeto activo; acto ejecutivo el que trasciende esa esfera e invade o se desenvuelve en la del sujeto pasivo, entendiéndose por tal no sólo a la persona física sino también a las cosas sobre las cuales recaen los actos."<sup>28</sup>

"Para MAGGIORE —expone PAVON— la fase externa comprende: a) la preparación, b) La ejecución y c) La consumación. La ejecución —continúa exponiendo— puede ser subjetivamente completa y objetivamente imperfecta, en cuyo caso se hable de delito tentado, tentativa o conato."<sup>29</sup>

Aclara el autor citado que inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, que diferencia entre "delito consumado" y tentativa sin distinguir, en cuanto a ésta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Más tarde los clásicos Italianos, con fino sentido analítico— —dice—, distinguieron la tentativa (conato) del delito frustrado, señalando como característica de aquella su imperfección respecto a la actividad ejecutiva, al cotrario de la frustración, en donde el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que éste —llege a verificarse por causas ajenas a su voluntad."<sup>30</sup>

(27) Ob. cit., pág. 29.

(28) CARRARA en Programa, cit. por PAVON, Ob., cit., Pág. 447.

(29) Ob. cit., pág. 436.

(30) Ibidem.

"El período que transcurre desde el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el momento de la consumación —elude MALO CAMACHO— plantea el problema de la tentativa del delito. Desde que una voluntad ha sido íntegramente conformada con la resolución y exteriorizada con la realización de actos tendientes a la ejecución del propósito criminoso, da principio el concepto de la tentativa del delito."<sup>31</sup> "El período de exteriorización de los actos anteriores a la consumación —formula MALO CAMACHO— es el que suscita el mayor interés para el derecho penal, ya que plantea el difícil problema de fijar un criterio de distinción válido entre la tentativa punible y la tentativa impune. Se ha expresado —reformula— que todos los actos de exteriorización suponen tentativa; no todos, sin embargo, implican tentativa punible; esa determinación se vincula a la determinación del artículo que lo prevé y es precisamente tal determinación la que se presenta como problema fundamental en todo estudio acerca de la tentativa del delito. (Ob., pág. 29).

Cierra PAVON la explicación de la fase externa diciendo que "actualmente la mayoría de los autores y de los Códigos Modernos han abandonado ya la concepción tripartita (tentativa-delito frustrado-delito consumado) para volver a la antigua clasificación bipartita (tentativa-delito consumado); distinguiendo ahora entre la tentativa "acabada" y la "inacabada." En ésta el sujeto no ha realizado todos los actos que por su parte se requieren para que el delito se consuma, en tanto que en la acabada si los ha realizado, pero de igual manera el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad."<sup>32</sup>

(31) Ob. cit., pág. 29.

(32) Ob. cit., pág. 439.

### 3.2 LA TENTATIVA.

La palabra "tentativa" es un término latino que deriva del verbo "tentar", y designa la acción que tiene por objeto la consecución de un proyecto.<sup>33</sup>

Afirma PAVON que cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado; ya que por sus elementos son idénticos, sólo que a aquella le falta el acto material de la consumación.<sup>34</sup>

Legalmente, 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 no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.<sup>35</sup>

La falta del resultado ha dado lugar a que la tentativa sea considerada un "delito imperfecto."<sup>36</sup>

### 3.3 ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.

De todo lo que se ha dicho, PAVON infiere como elementos de la tentativa:

(33) GARCIA DIEGO, Vicente, Dic. Etimológico, Edit. S.A.E.T.A., Madrid.

(34) Ob., cit., pág. 441.

(35) Cfr. art. 12. c.p.

(36) Aclara MAGGIORE que el "delito se llama consumado o perfecto cuando en él se verifican todos los elementos esenciales puestos por la ley para criminalizar un hecho, y como esos elementos son el sujeto, el objeto, la acción y el resultado, en rigor de verdad se tendría delito imperfecto siempre que faltara alguno de dichos elementos (por ejemplo el de imputabilidad por menor edad, locura, etc.); sin embargo, tradicionalmente la doctrina ha reservado el concepto de "imperfeción" para la falta del elemento material, es decir, el momento consumativo; de modo que se tiene tentativa o delito imperfecto (conatus delinquendi) cuando, existiendo los demás elementos, falta el elemento constitutivo del efecto alcanzado." (Ob. cit., pág. 65).

- a) Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito;
- b) Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente, que deben ser de naturaleza ejecutiva, y
- c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.<sup>37</sup>

Cabe dejar asentado que la tentativa es —como afirma RAMON PALACIOS— una figura típica, no un delito; "no hay pues el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito."<sup>38</sup>

#### 3.4 CRITERIOS QUE OSTENTAN FUNDAR LA PUNICION DE LA TENTATIVA.

Definida la idea de la tentativa, es pertinente acoger la Interrogante del porqué se pune a esta institución. "El mínimo de ilícitud que recoge la norma —como hemos visto— es el principio de la tentativa; ella tira la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido, como minus."<sup>39</sup> ¿Cuál es la finalidad perseguida —pregunta PALACIOS— al preverse en la norma jurídica?

Sobre el particular, señala PAVON que son varios los criterios que se han elevarado para justificar la punición de la tentativa; entre los que —cita los siguientes:

- a) En razón del peligro corrido;
- b) En razón de la "violación del mandato" contenido en la norma principal;
- c) En razón de la intención manifestada <sup>40</sup>revaloradora de una conciencia malévola, atentatoria al derecho.

(37) Ob. cit., pág. 443.

(38) Afirma PALACIOS que la tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el Derecho Penal Liberal, una norma específica que prevea esa actividad, para ser criminada; que esta norma sólo es accesoria, sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor (La Tentativa, Colección de Estudios Jurídicos, Imprenta Universitaria, México, 1951, pág. 29).

(39) MALO CAMACHO, Ob. cit., pág. 47 de la segunda edición.

(40) Ob. cit., pág. 454.

A este respecto, el mismo PAVON explica: ... "La primera teoría, que tiene un crecido número de seguidores, fue sostenida principalmente por CARRARA, ORTOLAN y FAUERVACH y parte de la consideración de que aún cuando la tentativa no produce un daño real por no haberse consumado el evento, "pone en peligro la seguridad, produce un daño político al cual se pone un remedio político con el castigo de aquél a cuyo propósito sólo faltó el favor de la fortuna."

La teoría de la "voluntad exteriorizada" está representada principalmente por GAROFALO Y FERRI, denominándosele también "teoría de la peligrosidad objetiva en concreto." Esta encuentra el fundamento de la punición de la tentativa en la "voluntad criminal exteriorizada", atendiendo preferentemente no al hecho material en sí, sino a la intención traducida al exterior en actos peligrosos.

VON LISZT y VON HIPPEL defienden la "Teoría del Peligro", la cual atiende exclusivamente a la peligrosidad exhibida por el agente al ejecutar actos, sean o no idoneos, para conseguir al resultado perseguido."<sup>41</sup>

Cualquiera de los criterios apuntados —concluye el mismo PAVON— es por sí insuficiente, pero tiene un contenido de verdad innegable justificador de la punición de la tentativa.<sup>42</sup>

De las tesis expuestas, es fácil observar que la razón fundamental que sustenta la punición del Instituto penal en estudio, es la potencialidad manifestada de llevar a cabo la conducta típica principal. En esta virtud, nos parece acertado el enunciado de la "Teoría de la Peligrosidad Objetiva",

(41) Ibidem, pp. 454 y 455.

(42) Ibidem.

que encuentra la incriminación de la tentativa en la "voluntad criminal exteriorizada en actos peligrosos."<sup>43</sup> Así, la punición del ilícito tentado figura centrado en el concepto de la "peligrosidad" o "peligro" que el acto entraña para el bien jurídico a cuya lesión se encamina la acción.<sup>44</sup> "Peligro" es el riesgo o contingencia inminente de que el mal se produzca. Por lo tanto, nos parece prudente sancionar no únicamente al ilícito consumado, sino también al intentado. Más aún considerado que la sanción pretende -- crear en el sujeto activo -- como dice BECCARIA-- "motivos que lo alejen de reiterar su propósito criminal y de llegar a la consumación."<sup>45</sup> Sirve, entre otros, al principio de la retribución social de la ofensa al infractor y su intimidación para que se abstenga de infringir el mandato contenido en la norma principal.<sup>46</sup>

### 3.5 CRITERIO QUE JUSTIFICA LA MENOR PUNICION.

En breve, señala PAVON que "la mayoría de los códigos de nuestra época sancionan la tentativa con pena inferior a la del delito consumado, adaptándose el criterio de punir, como casos de excepción, algunos actos de ejecución como si el delito se hubiera realizado, y aún simples actos preparatorios, como medida de política criminal tendiente a una mayor protección de ciertos bienes jurídicos considerados de categoría superior."<sup>47</sup>

(43) Sobre el criterio de la "peligrosidad" también está sentado el principio de la sanción de la tentativa en la Jurisprudencia Italiana, (Corte de Casación Italiana, cit. por MALO CAMACHO, Ob. cit., pág. 91 y sigs.).

(44) PAVON VASCONCELOS, Ob. cit., pág. 445.

(45) Cit. por PAVON, Ob. cit., pág. 456.

(46) Refiere CARRANCA Y TRUJILLO que "en el período científico del Derecho Penal la pena no es un fin en sí sino el medio para un fin: La corrección y readaptación del delincuente o, siendo imposible, su segregación, para la defensa de la sociedad. (Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1941, pág. 69).

Así mismo, PAVON encuentra que el punir en forma atenuada la tentativa obedece a un principio de justicia, pues no hay en ella producción del resultado.<sup>48</sup> Opinión que nos parece aceptable toda vez que no se cristaliza el efecto dañino principal o, como expresa la doctrina, no se llega al grado superior del delito perfecto.

En nuestra legislación, el principio de la menor punición está consagrado en el artículo 63, c.p. en los siguientes términos: "A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos - terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario."

### 3.6 EL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO.

Sobre el desistimiento y el arrepentimiento MAGGIORE ha expuesto: "La interrupción o la suspensión del proceso ejecutivo o la no verificación del resultado, pueden suceder por dos ordenes de causas: a) causas dependientes de la voluntad del agente y b) causas ajenas a su voluntad (fortuitas, pre-dispuestas u opuestas por otros)."<sup>49</sup>

En la primera hipótesis tienen lugar, a su vez, dos situaciones: 1) La voluntad del agente obrando antes de que se haya cumplido la acción, en cuyo caso estaremos ante el desistimiento voluntario propiamente dicho y ----

(47) Ob. cit., pág. 456.

(48) Ibidem.

MAGGIORE, por parte, justifica a menor punición de la tentativa en el hecho de correr un peligro, que por más grave que sea, no podrá nunca equipararse a sufrir un perjuicio (Ob. cit., pp. 68 y 69.

(49) Ob. cit., pág. 84.

2) Que la voluntad, ya cumplida la acción, logre sólo impedir el resultado; caso en el que se tiene el arrepentimiento activo o eficaz.<sup>50</sup>

"Desistir en la tentativa —sostiene PALACIOS— es suspender la comenzada ejecución del delito. Es lógico que esté comprendida la contra-acción —afirma— en que no sólo la acción desenvuelta se suspende sino que se -- aniquila. Su límite formal —concluye— es doble: la frustración y la voluntariedad."<sup>51</sup>

Por otra parte, "El arrepentimiento activo se presenta cuando el agente, después de haber cumplido todos los actos ejecutivos, frustra por propia voluntad el resultado."<sup>52</sup>

La política criminal de nuestros días prescinde punir los hechos constitutivos de tentativa inmersos en los conceptos del desistimiento y del arrepentimiento activo, tomando en consideración que ambas circunstancias derivan de la voluntad del sujeto, quien personalmente se encarga de contrarrestar y destruir los efectos de la actividad desviada del cauce establecido. Fomentar la erradicación de los delitos por iniciativa personal es una de las metas más celadas en el ambiente criminológico.

"No puede decirse voluntario el desistimiento de la acción —ilustra— la jurisprudencia italiana— cuando sea consecuencia no ya de una elección libremente realizada, sino de una deliberación conformada imperiosamente bajo la presión de causas externas que influyan al proceso volitivo, como la reacción del ofendido o el advenimiento de tercera persona."<sup>53</sup>

(50) *Ibidem*.

(51) *Ob. cit.*, pág. 185.

(52) MAGGIORE, *Ob. cit.*, pág. 87.

(53) Cas. del 15 de Junio de 1959, cit. por MALO CAMACHO, *Ob. cit.* pág. 93

La legislación penal mexicana prescribe la impunidad de la tentativa, por desistimiento y arrepentimiento activo del agente, en los siguientes términos: "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."<sup>54</sup>

La impunidad, como se desprende del texto transcrito, sólo operará respecto a los hechos de la imputación frustrada por iniciativa del sujeto activo, sin perjuicio de la responsabilidad que se derive por los delitos conexos consumados.

### 3.7 DELITOS QUE SE CONCIBEN ATRAVÉS DE LA TENTATIVA Y DELITOS EN LOS QUE NO SE DA LA TENTATIVA.

La doctrina clasifica en grupos distintos los delitos que se conciben a través de la tentativa y los que no admiten esta forma de aparición. En el primer grupo se enlistan, en forma enunciativa más no limitativa, de acuerdo con lo expuesto por PAVÓN, los siguientes:

- a) Los delitos dolosos integrados por un proceso ejecutivo;
- b) Los delitos materiales;
- c) Los delitos complejos; y
- d) Los delitos de comisión por omisión.

El grupo opuesto, el de los ilícitos penales que excluyen la tentativa en su forma de aparición, está conformado --de acuerdo con MAGGIORE--, entre otros, por los siguientes delitos:

(54) Art. 12, último párrafo, c.p.

(55) Ob. cit., pág. 454.

a) "Los delitos preterintencionales y los culposos; éstos por faltar en ellos la intención dirigida a producir un resultado; los primeros, por - que en ellos la intención se dirige a un resultado menor y por lo mismo distinto. No se puede intentar lo que no se ha deseado."

b) "Los delitos de "simple omisión", en los cuales, hasta el momento en que puede cumplirse el acto debido, puede haber intención, pero no acción antijurídica; más al pasar de ese momento, el delito es consumado."

"En cambio --manifiesta el propio MAGGIORE-- es posible la tentativa - en los delitos de "comisión por omisión", en que ésta es fraccionable (como en el caso de la madre, que al no amamantar a su hijo, le causa la muerte).

c) "Los delitos de ejecución simple, qui unicus actu perficiuntur - (unisubsistentes), ya que en ellos la acción no es fraccionable en momentos (injuria verbal, perjurio, calumnia, etc.).

d) "Los delitos formales, que a diferencia de los materiales, se consuman con una simple acción u omisión, no ya por carecer de resultado, sino por que producen un resultado exclusivamente jurídico e inmaterial (injuria, falso testimonio, calumnia)".

e) "No es configurable la tentativa cuando ya está implícita en la - construcción del tipo legal, como en el delito de soborno."

f) "Se discute la posibilidad de la tentativa en los delitos de perigo. ROCCO la rechazó enérgicamente, con el argumento de que no era concebible "un peligro de peligro". Pero hoy la doctrina tiende a admitirla siempre que la acción sea fraccionable."<sup>56</sup>

(56) Ob. cit., pp. 89-92.

Esta última conclusión es trascendente a efectos del estudio realizado por lo que al "peligro de daño mediante incendio, inundación o explosión" - se refiere. Esta hipótesis, comprendida en el cuerpo del artículo 397, c.-p., en cinco situaciones específica y limitativamente señaladas, será objeto de análisis en el quinto capítulo de esta investigación; pero de antemano, en base a lo hasta aquí expuesto, nos atrevemos a afirmar que en ella - no tiene lugar la tentativa, jurídicamente considerada; en virtud de la naturaleza formal o de peligro del ilícito, no obstante que su acción puede - ser fraccionable en varios momentos que denotan un "iter" en su configuración. Por el momento, sólo dejaremos asentado este planteamiento como un - postulado previo hasta en tanto llegamos al análisis jurídico del delito re ferido, que nos permita fundadamente reafirmar lo dicho.

Retomando la cuestión que discute la posibilidad de la tentativa en -- los delitos de peligro, se hace pertinente, por útil en nuestro trabajo, ci tar algunos de los criterios que en pro y en contra se han dado. ROCCO -- como vimos líneas atrás--, partidario de la teoría tradicional, no acepta - esa probabilidad, objetando que pudiera darse un "peligro de peligro".<sup>57</sup> En el mismo sentido opina MALO CAMACHO, cuando manifiesta que "no es posible - la configuración de la tentativa de delito de peligro, ya que ello supondría castigo a una situación que representaría tentativa de una tentativa o, lo- que es lo mismo, peligro de un peligro."<sup>58</sup> En tanto que una corriente moder nista, sosteniendo un criterio opuesto, admite la posibilidad de aquella en los delitos de peligro, "siempre y cuando la acción sea fraccionable."<sup>59</sup> PAVON VASCONCELOS milita en la misma corriente, considerando erróneo ver en

(57) L'Objeto, cit. por MAGGIORE, Ob. cit., pág. 92

(58) Ob. cit., pág. 17

(59) MAGGIORE, Ob. cit., pág. 92.

todas las hipótesis de la tentativa un delito de peligro; por lo que concluye tanto el delito tentado de daño como el de peligro.<sup>60</sup>

Por nuestra parte, criticamos las posturas de MAGGIORE y PAVON en razón de que, por un lado, el hecho de que en algunos de esos delitos la acción sea fraccionable, no es elemento suficiente para considerar que por ello la tentativa se presente necesariamente en todas las infracciones de esa naturaleza. La circunstancia de que la acción sea fraccionable en momentos significa que el delito se desarrolla através de un "iter"; que recorre un camino criminoso en su aparición; pero no que absolutamente esos momentos sean constitutivos de tentativa, puesto que ésta --como vimos-- se configura a partir de la exteriorización de la voluntad hasta el momento anterior a la consumación de resultado típico o, lo que es lo mismo, la tentativa es sólo una parte del proceso criminoso.

Por otro lado, si bien es cierto que la tentativa no constituye en todas sus hipótesis un "delito de peligro", por que también existen actos de tentativa impune que se encuentran alejados de poner en riesgo al bien protegido, es igualmente cierto que sólo la tentativa punible admite necesariamente el concepto de "peligro"; puesto que, indudablemente, el acto positivo o negativo que la origina debe imprescindiblemente ser la acción u omisión inmediata que debiera producir el resultado penado; lo que significa que el acto lícito de la tentativa punible representa absolutamente "un peligro inminente de lesión al bien jurídico tutelado."

Tomando en cuenta que cada una de las teorías expuestas encierra un valor parcial respecto al tópico que tratamos de dilucidar, se impone --a nu-

(60) Ob. cit., pág. 442.

estros juicios-- la elaboración de un criterio medio derivado de los extremos de ellas; cuyo complemento a la insuficiencia de sus postulados sea el resultado de la combinación de sus principios, del fundamento de las objeciones planteadas y de la nueva fórmula de la tentativa punible que nuestra legislación anuncia.

El criterio engendrado podría quedar enunciado en los siguientes términos: "Es configurable la "Tentativa Impune" en los delitos de peligro de acción fraccionable por admitir, los mismos, un "iter" en su desarrollo; no así la "tentativa punible", legalmente considerada, por que en ellos la acción u omisión que debiera producir el resultado típico es por sí misma el delito. Es decir, el acto idoneo que refiere la certeza de que el bien jurídico hubiera sido lesionado es, por sí sólo, el delito.

La tentativa punible, por su parte, se constituye por los actos que en forma inmediata refieren la certeza de que el bien tutelado hubiera sido -- afectado; la impune por los momentos que transcurren desde el inicio de la exteriorización de la voluntad hasta antes del último acto del proyecto criminal; ya que el acto final, que es el que debiera producir el resultado lesivo es el que configura la intención penada.<sup>61</sup>

#### 4. EL DELITO Y LOS INTERESES PUBLICOS Y PRIVADOS.

El ordenamiento jurídico, através de la legislación penal, brinda la mayor protección, defensa y organización a los intereses públicos y privados contra los actos humanos que les son lesivos; sancionando a éstos, por-

(61) Gráficamente podríamos representar la idea expuesta, por medio de la lámina contenida en la página siguiente.

sus efectos transcendentalmente perjudiciales, con la aplicación de un perjuicio o pena ejemplar que tienda, entre otros fines, a encausar las aspiraciones de los hombres, durante su estancia corporativa, a través de los canales socialmente aprobados, por utilidad general. Así lo reconoce CAMARGO - HERNANDEZ al expresar, pretendiendo definir el Derecho Penal Objetivo, que éste es el "conjunto de normas establecidas por el Estado para, bajo la amenaza de imposición o de aplicación de la correspondiente sanción, tutelar los intereses individuales o colectivos."<sup>62</sup> Desde este enfoque, el delito, como conducta o hecho típico y punible, es un proceder castigable legalmente por los resultados desventajosos que produce en la relación del hombre con sus semejantes.

##### 5. DELITOS DE OFICIO Y DELITOS DE QUERRELLA.

El tipo de interés protegido por la norma jurídica da (o debe dar) lugar a las distintas formas de persecución de los ilícitos: La protección, - defensa y restitución de los intereses privados se inicia y se suspende, en su caso, por manifestación expresa de voluntad, en ese sentido, de la parte tenora del derecho de que se trate; en tanto que tratándose de proteger, defender o restablecer los intereses públicos las gestiones correspondientes se realizarán por una representación social en la que recaiga este atributo.

La situación planteada determina, dogmáticamente, la forma de persecución de los delitos: a instancia o "queja" de parte y la oficiosa o de "oficio", respectivamente; salvo ciertas excepciones, en las que al interés público le es más conveniente que determinadas infracciones penales se persi-

(62) Introducción al estudio del Derecho Penal, Edit. Bosh, Barcelona, 1964, pág. 5.

gan a petición de la persona física ofendida; como ocurre, por ejemplo, en el robo entre ascendientes y descendientes;<sup>63</sup> Sea en áreas de la reestructuración de las relaciones familiares, núcleo de la sociedad.

El criterio aludido se impone por razones de lógica-jurídica, por naturaleza propia del fin perseguido en cada interés; si el público implica, según se vió con anterioridad, "cualquier acto o situación de los cuales la sociedad pueda obtener un provecho o una ventaja o evitarse un trastorno bajo múltiples y diversos aspectos, previniéndose un mal público, satisfaciéndose una necesidad colectiva o lográndose el bienestar común", es consecuente que las gestiones para tales efectos sean realizadas por la corporación, a través de sus legítimos representantes, única y exclusivamente; por lo que cualquier promoción individual contraria a la esencia de esta materia será carente de eficacia. Un miembro del equipo social, sin la representación suficiente no podrá determinar las cuestiones que a todos atañen. Puede hacerlo, en cambio, con plena eficacia jurídica, en aquellas situaciones que el ordenamiento jurídico le ha señalado expresamente, por ser de interés singular en la "prevención de un daño privado, satisfacer una necesidad individual o lograr el bienestar particular;" cuando estos no participan en la prevención o un mal público, satisfacción de una necesidad colectiva o logro del bienestar común.

---

(63) Cfr. arts. 367 y 399 bis.

## **CAPITULO IV**

### **QUERRELLA Y PERDON DEL OFENDIDO**

## CAPITULO IV

## QUERELLA Y PERDON DEL OFENDIDO

## 1. LA QUERELLA

## A) CONCEPTO

## a) Concepto etimológico.

El término "querella" es una palabra latina que significa "queja o acusación."<sup>1</sup>

## b) Concepto doctrinal.

"La querella de la parte ofendida o querella necesaria nos explica CARRANZA Y RIVAS— es una condición de procedibilidad de la acción penal. Consiste —al decir del citado autor— en la manifestación feaciente del ofendido, o de su legítimo representante, en el sentido de que es su voluntad la persecución del delito y la sanción de quien resulte responsable."<sup>2</sup> COLIN-SANCHEZ la concibe en términos similares, como "un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido."<sup>3</sup>

En este orden de ideas, la figura jurídica en estudio queda concebida como la queja o acusación de determinada persona que la ley penal exige, como elemento sine qua non, para que cierto delito sea perseguido y sancionado el responsable.

(1) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Ob. cit.

(2) Ob. cit., pág. 211

(3) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 8º ed., edit. Porrúa, México, 1984, pág. 243

## B) FUENTE LEGAL.

"La persecución del delito a petición de parte constituye la excepción al principio de persecución oficiosa derivada de la oficialidad del proceso penal,"<sup>4</sup> limitadamente a los delitos que la ley enumera en forma específica y taxativa.<sup>5</sup> Esta regla tiene su fuente legal en la disposición del artículo 262 del Código de Procedimientos Penales, cuando reza que ... "los --funcionarios y agentes de la policía judicial, así como los auxiliares del Ministerio Público, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común de que tengan noticias, dando cuenta inmediata al Ministerio Público, si la investigación no sea iniciada directamente por éste. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los siguientes casos:

I.- Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta."

Se requiere la querrela para el ejercicio de la acción penal en aquellos delitos en los que textualmente así lo pide la ley, así como en los --delitos perseguibles a "petición o instancia de parte agraviada u ofendida"; por ejemplo, el delito de daño en propiedad ajena, que... "siempre se perseguirá --dice la ley-- a petición de la parte ofendida."<sup>6</sup>

## C) FORMALIDADES PARA SU PRESENTACION.

"Para que exista legalmente la querrela --establece la jurisprudencia

(4) GARCIA MAYNEZ, Ob., cit., pág. 389

(5) Jurisprudencia Argentina, No. 3544, Buenos Aires, 11 de Mayo de 1970, pág. 96.

(6) Ver art. 399 bis, segundo párrafo, c.p.

--no se requiere que el ofendido comparezca empleando expresiones sacramentales, tales como que lo que hace es querellarse (T.S. 6a. Sala, ager, 1941) Cuando la ley exige la querella para la persecución de un delito basta que aquella exista para que el ofendido ocurra ante la autoridad competente -- puntualizando los hechos en los que hace consistir el delito (S.C. Juris. - def. 5a. época, núm. 241).<sup>7</sup> Así mismo, el que rellante podrá acudir a presentar su queja en forma verbal o escrita.

#### D) REPRESENTACION EN LA QUERELLA.

"Tratándose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estime necesario, pondrá en conocimiento del Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso para esta clase de delitos sin la manifestación de voluntad del que tienen ese derecho;"<sup>8</sup> por lo cual el apoderado debe estar facultado para ese efecto.

La regla general sobre esta materia está prescrita en el cuerpo del artículo 264, c.p.p. en el siguiente texto: "Cuando para la persecución de -- los delitos se haga necesaria la querella de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en términos de los artículos 275 y 276. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querella necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y, tratando

(7) CARRANZA Y RIVAS, Ob. cit. pág. 47

(8) COLIN SANCHEZ, Ob. cit., pág. 243

se de Incapaces, a los ascendientes y, a falta de éstos, a los hermanos o - los que representen a aquellas legalmente.

Las querellas presentadas por personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo - de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente - un poder semejante, salvo en los casos de estupro o adulterio, en los - que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a - que se refiere la parte final del párrafo de este artículo."

## 2. EL PERDON DEL OFENDIDO.

El procedimiento penal iniciado por voluntad expresa del titular de la querella, puede cancelarse también por su deseo manifiesto en el sentido de perdonar al sujeto que ha lesionado sus intereses con la comisión del delito; siempre y cuando lo haga hasta antes de que se dicte sentencia por el - tribunal de apelación y el inculcado no se oponga a aceptar la indulgencia - concedida. Reunidos estos requisitos se pone fin al procedimiento, extinguiéndose con ello la responsabilidad proveniente del acto delictuoso. Así - lo establece el ordenamiento jurídico mexicano, en el artículo 93 c.p., al - disponer que "el perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo, extingue - la acción penal respecto a los delitos que solamente pueden perseguirse por querella, siempre que se conceda antes de dictarse sentencia en segunda ins - tancia y el reo no se oponga a su otorgamiento." Previene el dispositivo -

cita, además, que cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efecto por lo que hace a quien lo otorga, para beneficio del reo o cuyo favor se concede, a menos que el ofendido o legitimado para otorgarlo hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.

Por último, la remisión deberá concederse incondicionalmente, excepto que ésta derive de la ley.<sup>9</sup>

### 3. NATURALEZA DE LA QUERRELLA Y DEL PERDON DEL OFENDIDO.

Cada una de estas figuras jurídicas constituye un poder erigido legalmente a favor de la persona facultada para formular querellas. El titular de ellas tiene, respectivamente, la potestad de imputarle, o no, al delincuente la responsabilidad proveniente de su acto ilícito, a efecto de que se le instruya el procedimiento penal correspondiente, y tiene la potestad de desistirse de aquella, por así convenir a sus intereses. Sólo que, como vimos anteriormente, en el último caso se requiere el consentimiento del acusado para que el desistimiento del querellante extinga la persecución del delito y la responsabilidad derivada de su comisión.

Como vemos, su naturaleza es la de un derecho dispositivo o subjetivo, contrariamente a lo que sería una obligación. El ofendido puede o no hacer

(9) Deriva de la ley, por ejemplo, la condición impuesta al inculcado de abandonar a su cónyuge, quien no obstante el perdón recibido como causa de extinción de su responsabilidad, deberá pagar las cantidades y dar fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que corresponda. (art. 338, c.p.).

uso de ellos, a su elección. La querrela es la facultad de acusar y el perdón la facultad de redimir la ofensa.

#### 4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.

##### A) SEMEJANZAS

La Querrela y el Perdón del Ofendido tienen en común lo siguiente:

- a) Son derechos potestativos: atribuyen a su titular, respectivamente, las facultades de imputar, o no, determinada responsabilidad penal, y - de desistirse, o no, del pago al resarcimiento del daño o perjuicio sufrido;
- b) No están al servicio de todos los individuos, por lo tanto no pueden ser ejercitados por cualquier persona sino única y exclusivamente por - aquellas que las leyes señalan como tenedoras de esos derechos.

##### B) DIFERENCIAS.

Difieren fundamentalmente, entre otros, por los siguientes puntos:

- a) La Querrela es un requisito indispensable para que se inicie la - persecución del delito y se alcance la responsabilidad legal que resulte de su comisión; en tanto que el Perdón es un requisito fundamental para que ce se la continuación de ese procedimiento y se extinga, consecuentemente, la - responsabilidad derivada;
- b) El Perdón del Ofendido está subordinado, legalmente, a que el delito respecto al cual se pretende otorgar sea de los que se persiguen a instancia de parte;
- c) Para que la querrela produzca sus efectos legales no se requiere el consentimiento del presunto responsable, y aún ante su negativa u oposi-

ción es procedente; en cambio, el Perdon requiere, para su confeccionamiento, que el Inculpado acepte la remisión concedida.

##### 5. JUSTIFICACION CIENTIFICA

El criterio sobre la justificación técnica de la Querrela y del Perdón del Ofendido, en ciertos delitos, aún no ha encontrado unanimidad dentro de la ciencia del derecho. En consideración de algunos especialistas obedece a razón de que, en algunos delitos, el interés patrimonial, físico o moral-primordialmente afectado por el acto ilícito, resulta ser el interés privado. Otros autores aducen la justificación, además, por conveniencia de interés público. Algunos son opositores a que estos derechos potestativos --tengan cabida en el ordenamiento jurídico penal; en tanto que hay, incluso, quienes se muestran partidarios a que se consagre un mayor número de delitos perseguibles a instancia de parte. MANUEL RIVERA SILVA, por ejemplo, figura entre los opositores a que exista esta forma de persecución del delito, "debido a que el derecho penal --dice-- tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y no habrazar situaciones que importen intereses de carácter particular. Si el acto quebranta la armonía social --concluye-- debe perseguirse, independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida, y si el acto, por cualquier razón, vulnera únicamente intereses particulares, este acto debe desaparecer del catálogo de los delitos, para irse a hospedar a otra rama del derecho.<sup>10</sup> COLIN SANCHEZ opina en sentido opuesto, apoyando la postura de quienes reclaman la substanciación, a petición de parte, de un mayor número de ilícitos penales; no sólo porque el interés inmediato --vulnerado sea de naturaleza particular sino, incluso, en algunas infraccio-

(10) Ob., cit., pág. 122

nes por imperativos de interés general. Argumenta el autor citado que "la Institución de la querrela, lejos de proscribirse en las legislaciones, debe conservarse como un medio pacifista adecuado para la concordia y feliz desenvolvimiento de las relaciones humanas. Tómese en cuenta --resúme-- que tanto en la vida general, como en el ámbito del Derecho, los principios fundamentales, en todos los ordenes, siempre llegan a alcanzar excepciones, y tratándose de la querrela, el Estado mismo hace excepciones por motivos de interés público."<sup>11</sup>

JIMENEZ HUERTA, por ejemplo, aparece entre quienes ven que la ofensa producida por el delito, en ciertos casos, es mínima hacia la sociedad y más directa hacia el individuo, por lo tanto sería inapropiado perseguirlos de oficio; como ocurre, por ejemplo, en los delitos contra el honor.<sup>12</sup>

A juicio nuestro, no es posible asumir una actitud parcial sobre los diferentes criterios enunciados respecto a la situación de los derechos potestativos en el ordenamiento jurídico penal sino más bien una postura ecléctica; pues un estudio generalizado de éste pone de manifiesto, primeramente, que en él se brinda protección y defensa legal tanto a los intereses públicos como a los privados; puesto que todo delito constituye un atentado directo en contra de alguna persona, en su vida, salud, libertad, patrimonio, honra, etc., a la vez que indirectamente y en la mayoría de los casos previstos, el efecto perjudicial de ese atentado es resentido por la colectividad; de aquí que, en protección a ésta, aquel tenga que ser perseguido eficazmente por la representación social.

(11) Ob., cit., pág. 244

(12) Derecho Penal Mexicano, Tomo III, tercera ed., edit. Porrúa, México, 1977, pág. 107.

En segundo lugar, se pone de manifiesto que en algunos delitos, por excepción, el efecto negativo es resentido fundamentalmente por el individuo-tenor del bien atacado, en tanto que la sociedad de manera casi nula; por ello se deja a opción del ofendido que sean o no perseguidos, según su interés en que le sean respetados y restaurados sus derechos. El mínimo daño pahecho ilícito perjudica intereses de carácter privado, por lo que es conveni-ente que sean los particulares quienes insten, en estos casos, la aplica---ción de la justicia, para la defensa de sus pretenciones.

En tercero y último lugar, el estudio emprendido sobre la justifica---ción de los derechos potestativos en el ordenamiento jurídico penal, nos revela que éstos tienen razón de ser; ~~como~~ además, en limitados casos, por motivos de interés público; ~~como~~ es de persibirse, por ejemplo, en el contagio venéreo entre consortes, el abandono de cónyuge, el robo entre parientes, - etc. Véase que en estos casos la facultad de acusar está reconocida, exclu-sivamente, a personas unidas por lazos de parentesco, que se hayan perjudi-cado por la comisión del delito. La protección, defensa y restablecimiento de las relaciones familiares, base de la sociedad, en el criterio que impone la instancia de parte en estos delitos.

En resumen, es aceptable el criterio tradicional que justifica la per-secución oficiosa del delito, en protección y defensa del interés social; -- así como también es aceptable el razonamiento que funda la persecución a - Instancia de parte, en algunos ilícitos, en protección del interés privado,

y en otros por conveniencia pública. Pero no es tolerable, por resultar absurdo, el criterio establecido en el artículo 397 en relación con el artículo 399 bis, segundo párrafo, c.p. respecto al delito de daño en propiedad ajena por incendio, inundación o explosión, para ser perseguido por querrela de parte este ilícito que atenta en contra de intereses públicos, sin que exista un sobre interés o conveniencia general que justifique esa situación; como veremos en seguida.

## **CAPITULO V**

### **EL DELITO DE DAÑO EN PROPIEDAD AJENA POR INCENDIO, INUNDACION o EXPLOSION**

## CAPÍTULO V

EL DELITO DE DAÑO EN PROPIEDAD AJENA  
POR INCENDIO, INUNDACION O EXPLOSION

## I. CRITICA A LA DENOMINACION LEGAL.

¿Es correcta la denominación legal del "Delito de daño en propiedad ajena."?

"El capítulo VI del título XXII del Libro Segundo del Código Penal lle-  
va por rubro "Daño en propiedad ajena." Esta denominación --comenta JIMENEZ  
HUERTA-- es impropia y no conduce con su contenido, habida cuenta de que la  
figura típica puede tener por objeto material, como expresa el artículo 399,  
"La destrucción o deterioro de cosa propia en perjuicio de un tercero." Más  
correcta resultaría --propone el autor citado-- la simple denominación "De-  
lito de daños."<sup>1</sup>

La censura al nombre del ilícito previsto encuentra una justificación-  
razonable en el propio cuerpo del texto que la reglamenta, al sancionar, in-  
sistentemente, la destrucción o deterioro causado sobre bienes ajenos o pro-  
pios en perjuicio de otra persona; consecuentemente, resulta inapropiado el  
rubro utilizado por el legislador en cuanto a la expresión "propiedad ajena"  
En este orden de ideas, nos parece correcta la proposición erigida de deno-  
minario simplemente "Delito de daños."<sup>2</sup>

(1) Ob. cit., pág. 410.

(2) GONZALEZ DE LA VEGA crítica en el mismo sentido los términos manejados  
por la legislación. Ob. cit., pág. 498.

## 2. EL DELITO DE DAÑOS

"El Código Penal contiene un tipo básico de daños (art. 399) y otro especial en el que se describen específica y acumulativamente cinco diversas modalidades fáctivas (art. 397).<sup>3</sup> El primero establece que cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de un tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple; y, el segundo dispone que se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de: I. Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; II. Ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales; III. Archivos públicos o notariales; IV. Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos, y V. montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género.

Los subsecuentes apartados los dedicaremos al estudio de las formas de daño citadas, a efecto de deslindar el campo de acción de cada una de ellas para, finalmente, centrar nuestra atención en el examen de la última por constituir la substancia medular del presente trabajo.

### 1) DAÑO GENERICO.

#### A) ANALISIS DE TEXTO.

El citado artículo 399 en su texto preceptúa, reiteramos, que cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o -

(3) JIMENEZ HUERTA, Ob. cit., pág. 410.

de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple."

La disposición pone de manifiesto, primeramente, que la conducta ilícita consiste en destruir o deteriorar las cosas. "La destrucción y el deterioro presuponen un daño en la sustancia, forma o idoneidad de la cosa para su específico fin o destino. Destrucción significa ruina, asolamiento, pérdida grande y casi irreparable de la cosa; y "deterioro" desmero, menoscabo, desperfecto o empeoramiento de la misma; la primera tiene un sentido total y absoluto y envuelve el concepto de irreparabilidad; el segundo parcial o restrictivo y conduce con las ideas de compostura o arreglo."<sup>4</sup>

En segundo lugar se evidencia, reiteramos, que el objeto atacado puede ser ajeno o de la misma persona dañadora con efectación a los intereses de un tercero.

En último lugar, la sanción en estos casos es la del robo simple: hasta dos años de prisión y multa hasta cien veces el salario, cuando el monto del daño no exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo; cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos o cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario; y, cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.<sup>5</sup>

En el caso en estudio, la pena está inspirada en el monto del daño material causado en relación con el importe del salario mínimo vigente en el-

(4) *Ibidem*, pág. 411

(5) *Crf. arts. 399 y 370, c.p.*

momento y en el lugar en el que se cometió el delito. Pero si por alguna - circunstancia no fuere posible fijar el valor, se aplicará prisión de tres - a cinco años.<sup>6</sup>

B) BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

El llamado delito de "daño genérico" contempla una conducta antisocial, productora de un resultado material de afectación puramente patrimonial. - Constituye un tipo penal autónomo desde el momento en el que la destrucción o el deterioro a las cosas, ocasionado "por cualquier medio", es suficiente para integrar el delito. Es independiente de cualquier otro ilícito que se relacione en su comisión; y, dado el caso, procedería la acumulación de -- ellos. Consecuentemente, el bien jurídico protegido es el patrimonio de - las personas, como acertadamente lo establece el título.

Se ha dicho que a diferencia de los demás delitos patrimoniales --robo, fraude, abuso de confianza, etc. -- el daño es el único en su especie en el que el sujeto activo lleva a cabo la conducta ilegal sin el afán de lucro, - pues destruye o deteriora las cosas útiles en perjuicio de otro sin que el - se beneficie económicamente del resultado; por lo que se considera que en - el mayor de los casos la venganza es el móvil que induce a la destrucción.<sup>7</sup> Nosotros no descartamos la posibilidad de un daño por afán de lucro; como - puede acontecer, por ejemplo, entre empresarios en competencia comercial, - en el que uno puede patrocinar la destrucción de las instalaciones producti - vas del otro, a efecto de quitarlo del mercado para aumentar sus ventas. GONZALEZ DE LA VEGA igualmente reconoce el deseo de venganza u odio como - causa principal de la comisión del daño, pero no descarta la codicia, la --

(6) Véase art. 371, c.p.

preparación del robo, rapto u homicidio o móviles políticos o religiosos, - etc., también como posibles causas de su comisión.<sup>8</sup>

### C) CARACTERISTICAS.

En resumidos puntos, las características que alumbran el concepto del delito genérico de daño a los bienes son:

- a) Destrucción o deterioro de cualquier cosa:
- b) Daño ocasionado por cualquier medio;
- c) Que el bien destruido o deteriorado sea ajeno o propio en perjuicio de los intereses de un tercero.
- d) Daño puramente patrimonial e intereses particulares,
- e) El *causum* del daño es relevante para fijar la sanción.

### II) DAÑO ESPECIFICO.

sin perjuicio del enunciado del daño genérico, la ley contempla un sub tipo de daño con características particulares, que refieren la destrucción o deterioro de ciertas cosas, específica y limitativamente señaladas, cuando la destrucción o deterioro se realiza a través de ciertos medios, también específica y limitativamente determinados. Pero no sólo el daño efectivo está penado sino, incluso, cualquier atentado que refleje peligro de daño a esos bienes con el uso de los medios prohibidos a los que la ley hace referencia. Esta hipótesis se plasma en el texto del artículo 397, c.p. en los siguientes términos: "Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o ex

(7) CARRARA en Programa, cit. por JIMENEZ HUERTA, Ob. cit., pág. 407.

(8) Código Penal Comentado, pág. 498.

posición con daño o peligro de: I. Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; II. Ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causarse graves daños personales; III. Archivos públicos o notariales; IV. Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos, y V. montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género."

A) ANALISIS DEL TEXTO.

a) Incendio, Inundación o explosión.

Como es de verse, el "Incendio, la Inundación y la explosión" son los únicos medios para cometer el delito. "Incendiar es la acción de prender -- fuego a una cosa; Inundar, es la invasión de las propiedades por el agua u otros fluidos líquidos; y, por explosión se entiende la acción de reventar un cuerpo continente por la expansión o dilatación del cuerpo contenido."<sup>9</sup>

Los anteriores procedimientos de estrago "sólo adquieren relevancia típica a los efectos del artículo 397, si dañan o ponen en peligro los objetos que describen sus cinco fracciones."<sup>10</sup> Es decir, "no siempre que se empleé alguno de estos medios, la conducta debe subscribirse en el artículo citado; pues si el incendio, la inundación o la explosión no producen la destrucción o el deterioro y no engendran ningún riesgo en o para alguno de los objetos que menciona en las indicadas cinco fracciones, pero ocasionan destrucción o deterioro o engendran un peligro para otros objetos distintos, nos hallamos ante un básico delito de daño encuadrable en el artículo 399"<sup>11</sup>

(9) GONZALEZ DE LA VEGA, Ob., cit., pág. 498.

(10) JIMENEZ HUERTA, Ob. cit., pág. 417.

(11) Ibidem, pág.

Igualmente, no siempre que aquellos objetos resulten dañados se integra el tipo especial, sino única y exclusivamente cuando el desperfecto o peligro acaecido sobre ellos se realice a través de la utilización de alguno de los tres medios especificados.

b) Daño o peligro.

Ahora nos toca delimitar el concepto de los términos "daño" y "peligro" que la ley utiliza.

Recuérdese que al tratar del Daño genérico vimos que este término comprende los conceptos de "destrucción" y "deterioro". Destrucción —según quedó asentado— significa ruina, asolamiento, pérdida grande y casi irreparable de la cosa; y, "deterioro", desmero, menoscabo, desperfecto o empeoramiento de la misma. También se dijo que la primera figura tiene un sentido total y absoluto y envuelve el concepto de irreparabilidad; la segunda —parcial o restrictivo y conduce con las ideas de compostura o arreglo. O sea que, "por daño ha de entenderse la destrucción o el deterioro causado a las cosas; y, por peligro, la efectiva, objetiva y demostrada probabilidad de que pueda producirse dicha destrucción o deterioro."<sup>12</sup>

La integración del tipo del delito específico de daño requiere, por lo tanto, la concurrencia de las circunstancias que exige la hipótesis normativa: un incendio, inundación o explosión, por una parte, y un daño o peligro, por otra parte, a un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales, etc.

(12) *Ibidem*, pág. 420.

c) Tentativa y peligro de daño por incendio, inundación o explosión.

Interesante controversia de tradición se ha suscitado --como vimos en el capítulo tercero-- por esclarecer si entre la "tentativa punible" y los delitos "de peligro" existe alguna diferencia o si ambas expresiones son --afines a un mismo concepto. Durante mucho tiempo la opinión de los Juris--tas se ha mantenido dividida por la falta de un criterio unánime y firme --que resuelva satisfactoriamente semejante duda. Ha habido quienes han sostenido el principio de la afinidad de significados entre uno y otro vocablo y quienes proclaman la diversidad de conceptos entre ellos.

La Teoría Tradicional siempre ha negado la existencia de la "tentativa" en los "delitos de peligro", en cambio, las teorías modernas consideran --"erróneo ver en todas las hipótesis de ella un delito de peligro: por lo --que tienden a admitirla, tanto en éstos como en los de daño,<sup>13</sup> siempre que la acción sea fraccionable.<sup>14</sup>

Ahora el concepto legal especifica claramente, sin lugar a dudas, la circunstancia de la tentativa punible, que durante mucho tiempo fue motivo de especulación científica: "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 aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."<sup>15</sup> Ante la nueva fórmula, consideramos, la duda ha quedado disipada. No obstante que la tentativa tiene lugar --como afirma MALO CAMACHO-- "desde el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el momento anterior a la consecución del proyecto cri-

(13) PAVON VASCONCELOS, Ob. cit., pág. 442

(14) MAGGIORE, Ob. cit., pág. 92.

(15) Art. 12, c.p.

minoso,<sup>16</sup> No todos los momentos que comprende, sin embargo, dan lugar a la tentativa punible, por estar alejados o no ser el acto u omisión sustancial que debiera producir el resultado; como no sería, por ejemplo, el prender - un cerillo sin aplicarlo al objeto, cuando se ha pensado incendiar un archivo; como lo sería aplicarle el fuego estando el agente en el lugar en donde aquél se encuentra.

No descartamos, por ello, la posibilidad de la tentativa impune en los "Delitos de peligro de acción fraccionable" por admitir, los mismos, un -- "iter" en su desarrollo, pero no es concebible en ellos la "tentativa puni**ble**", por que en los mismos "el acto u omisión que debiera producir el resultado" está elevado jurídicamente a la categoría de delito. O sea, el acto u omisión inmediato a la lesión del bien jurídico, aún cuando la lesión-material no se produzca, es en sí el delito.

El ejemplo más elustrativo que podemos exhibir está plasmado en el tantas veces citado artículo 397, c.p. La hipótesis del dispositivo referido-contempla como delito consumado tanto el "daño" (destrucción o deterioro material) así como el "peligro de daño" que por medio del incendio, la inundación o la explosión llegara a ocasionarse sobre el sujeto pasivo que sañala en las cinco fracciones que los constituyen. El "peligro de daño" a un edlficio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; ropas, muebles-u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales, etc., es por sí mismo un delito consumado. No se requiere la destrucción o el deterioro efectivo de la cosa, si no que la conducta que evidencia "peligro de-lesión" para el bien tutelado basta para configurar el ilícito.

16) Ob. cit., pág. 29.

El anterior razonamiento nos lleva a sostener que no es dable la tentativa punible en el delito comentado, porque en él el acto u omisión que -deblera producir el resultado lesivo es, por sí mismo, "delito"; no obstante que éste, como su naturaleza lo denota, es de "acción fraccionable"; es decir, apesar de que el peligro de daño generalmente se desarrolla através de un iter (Ideación, deliberación, resolución de delinquir, resolución manifiesta, preparación y ejecución), no obstante ello, aquélla figura típica no se concibe en él, por ya estar implícita en el tipo.

Como es de verse, la "teoría de la acción fraccionable" ha encontrado su excepción --sino es que su fracaso-- en el "delito de peligro de daño - por incendio, inundación o explosión" estudiado, puesto que la misma revela un criterio insuficiente para admitir la figura típica de la tentativa punible en los ilícitos de peligro, porque en algunos, como el comentado, reiteramos, los hechos que en otros son constitutivos de tentativa en éste son, por sí mismos, el delito.

- d).- Estudio de las fracciones.
- d.I).- Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona;
- d.II).- Ropas, muebles u objetos en forma tal que puedan causar graves daños personales;
- d.III).- Archivos públicos o notariales;
- d.IV).- Bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos, y
- d.V).- Montes, bosques, selvas, pastos, mieces o cultivos de cualquier género.

Comentando las hipótesis que conforman el tipo del delito calificado de daño, ANTONIO DE P. MORENO encuadra el daño o - peligro originado a las personas en los casos contemplados en las fracciones I y II correspondientes del artículo, o a las - cosas privilegiadamente señaladas en las fracciones III, IV y V." <sup>17</sup> En términos similares el maestro FRANCISCO GONZALEZ DE - LA VEGA express que "la previsión de las fracciones I y II in- cide un peligro para la vida o la salud; en la III y IV se to- man en cuenta la calidad de los bienes o la función pública a - la que están conectados." <sup>18</sup>

Por lo que respecta a los montes, bosques y selvas a que alude la fracción V, la previsión se justifica en virtud de la naturaleza de esas mismas cosas: bienes de riqueza pública.

Los Tribunales en sus fallos también han reconocido la - tutela a la vida y la salud, por lo que hace a las dos prime- - ras situaciones, y la protección a los bienes del patrimonio - nacional por lo que hace a las otras tres situaciones. <sup>19</sup>

Con lo esgrimido es de comprenderse que la pura afecta- - ción material al patrimonio no es el objeto de la tutela del - tipo; o, lo que es lo mismo, los intereses amparados no son de - disponibilidad privada.

---

(17) Curso de Derecho Penal, parte especial, t. II, edit. Po- - rrúa, México, 1968, p.p. 234 y 235.

(18) Ob. cit., pág. 314.

(19) Véase Amparo Directo 454/68.- Elias Jacobo Romero.- 31 de - enero de 1973, Unanimidad de votos.- Ponente; Victor Ma- - nuel Franco, Informe 1973, Tribunal Colegiado del Primer - Circuito en Materia Penal, pág. 9, cit. por CASTRO ZAVALÉ - TA, OB, cit, p.p. 361 y 362.

e) Persecución e instancia de parte en el delito especial de daño.

Si en establecer alguna distinción en la persecución de los delitos de -  
daño genérico y específico, en artículo 399 bis c.p. dispone que estos ilícitos "siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida."

Si como hemos visto en las páginas que anteceden, los bienes materia -  
de la tutela del tipo no son de naturaleza privada sino de interés público -  
¿Porque no perseguirlos de oficio? A juicio nuestro, por la naturaleza --  
del interés en juego, se impone la persecución de oficio de los hechos que -  
pueden ser constitutivos de este ilícito.

f) Penalidad en el delito circunstanciado de daño a los bienes.

La lógica de nuestra última conclusión se pone de manifiesto, así mis-  
mo, si especulamos en la fuerza de la pena con la que está sancionada la --  
previsión: de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pe-  
sos."

Ante todo, destaca el carácter copulativo del castigo: PRISION Y MULTA  
Esta, en nuestro tiempo, resulta irrisoria e insuficiente; por el monto de -  
la cuantía económica el pago está, prácticamente, al alcance de todos.

Contrariamente, la prisión resulta ser de alta fuerza castigadora: el -  
inculpado no alcanza a gozar del beneficio de la libertad caucional, en ra-  
zón de que la pena excede en su término medio aritmético de cinco años de -  
prisión, en cualesquiera de sus hipótesis. Más aún, tratandose de incendiarlos la máxima legislación de la República prevé, incluso, la pena de muer-  
te.<sup>20</sup> ¿No evidencia esta prescripción un juicio de valor nacional que con-

(20) Cfr. art. Constitucional

cidera de grave trascendencia la comisión de esa conducta?.

Por último, los fines de la pena son también de tomarse en cuenta. La ciencia jurídica ha predicado, entre otros que podemos considerar apegados a la tesis sustentada, por su elevada fuerza represiva, la intimidación, la corrección, la ejemplaridad y "la readaptación del delincuente o, siendo imposible, su segregación, para la defensa de la sociedad;" o lo que es lo mismo:

"1. Eliminar --temporal o definitivamente-- a los delincuentes, es decir, ponerlos en la imposibilidad de dañar con sus actos.

2. Obtener la enmienda o regeneración de los delincuentes, es decir, transformarlos en aptos e idóneos para convivir con el grupo social ha que pertenecen,

3. Apartar a otros del delito por la amenaza y la ejecución de la sanción, y

4. Alejar al delincuente a quien se impone, de la comisión de nuevos delitos."<sup>22</sup>

(21) CARRANCA Y TRUJILLO, Ob. cit., pág. 69.

(22) Leyes Penales Mexicanas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, III, Exposición de Motivos del Código Penal de 1929.

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

1).- La vida humana en sociedad sólo es posible mediante la reducción de las opciones del comportamiento de los ciudadanos. Esto se logra, pretendidamente, através de los diversos ordenes normativos reguladores de la conducta colectiva - de los individuos; como son los usos, las costumbres, la moral, la religión y el derecho.

El derecho u orden jurídico, en su rama penal, por se mecanismo coercitivo, constituye el instrumento de mayor eficacia furtiva para sujetar el desarrollo de los aspectos sociales a los canales lícitos; ya que si la convicción propia del sujeto o las pautas que le imponen los demás ordenes no son - suficientes para inducirlo a cumplir con el mandato de las - normas, entonces entra en funcionamiento el mecanismo coactivo para sujetarlo a obrar o abstenerse de conformidad a lo -- prescrito.

La trascendencia jurídica penal de la conducta humana en sociedad puede definirse específicamente como la materia a -- configurar para que los aspectos sociales se desarrollen la - forma requerida por las reglas legales.

2).- A su vez, el requerimiento que vñcula el desarrollo de los aspectos sociales a patrones determinados, responde a los imperativos de los intereses públicos y privados, de los integrantes de la comunidad.

El interés privado es la inclinación del ánimo individual --del sujeto considerado particularmente-- hacia el logro de algo, por el valor, conveniencia o necesidad que éste envuelve en las aspiraciones singulares; en tanto que el interés público, la inclinación del ánimo colectivo --de la sociedad-- hacia el logro de algo por el valor, conveniencia o necesidad que éstos tienen en la realización de las aspiraciones generales.

Son materia de interés público, además de los objetos o

situaciones hacia los que se incline el ánimo colectivo, los objetos o situaciones que científicamente resulten para "prevenir un mal público, satisfacer una necesidad colectiva o lograr el bienestar común." También se concideran, entre ellos, los bienes y riquezas naturales de las que los humanos no pueden disponer.

Son materia de interés público, por ejemplo, los supremos bienes naturales de la vida, la salud y la integridad física de los hombres; e indudablemente, el patrimonio social - que tutea el tipo penal del artículo 397.

3).- Los patrones de conducta que vinculan el desarrollo de los aspectos sociales a lineamientos determinados, sancionando las acciones y omisiones que le son opuestas —denomina das delitos— sientan su mayor expresión coactiva en la materia jurídica penal.

Esta disciplina, como tal, requiere de un sistema de - - principios y fines propios de sustento. El establecimiento de delitos, la medida de la sanción correspondiente y la forma de persecución en cada caso, han de estar dictados por la razón y ajustados en bases firmes.

No puede la anarquía política del legislador ser el lineamiento a seguir en una área tan delicada, en la que entra en juego la libertad de las personas y el aseguramiento de -- los intereses singulares y plurales. Consecuentemente, no -- cualquier conducta humana puede ser sancionada ni juzgada "de lito" al libre albedrío de un Congreso, sino que para serlo - ha de reunir ciertos elementos substanciales propios que le - den esa naturaleza.

A su vez, la forma de persecución en cada uno de ellos, "de oficio" o "a instancia de parte" deberá reunir, igualmente determinadas peculiaridades orientadas a principios y fi-- nes específicos.

4).- Resulta injustificable, y en demerito de la "técnica jurídica penal", la persecución a "instancia de parte" de

las acciones y omisiones delictivas lesivas de los intereses públicos; como acontece, por ejemplo, al requerirse la "querrela del ofendido" en la persecución del "delito de daño o peligro de daño en propiedad ajena cometido por incendio, inundación o explosión," previsto en el artículo 397, relacionado con el 399 bis, segundo párrafo, c.p., que ha sido materia de estudio.

La misma conclusión puede enunciarse en la persecución oficiosa de los delitos de afectación a bienes de naturaleza privada.

5).- De lo expuesto se pone de manifiesto que los derechos potestativos de Querrela y Perdón del Ofendido son incompatibles con el "delito de daño en propiedad ajena —o peligro de daño— causado por incendio, inundación o explosión sobre un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona; ropas, muebles u objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales; archivos públicos o notariales; bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos, y montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género."

6).- Se hace indispensable poner fin a la ligeresa y vaguedad legislativa en la imposición de la pena corporal y forma de persecución de los delitos.

El cimiento de este objetivo ha de estar constituido —proponemos— por una compilación de los principios y fines de la materia jurídica penal. Seguidamente, habrá que conformar un sistema que nos permita fijar que reunidos ciertos elementos, una conducta es constitutiva de delito; la magnitud de la sanción y la forma de persecución, de oficio o a instancia de parte, en cada caso. Un tercer paso podría estar fincado en el análisis de cada uno de los procederes a la luz del sistema para, finalmente, determinar la situación jurídica penal, sustantiva y adjetiva, de cada conducta tipificada y por tipificar.

El sistema aprobado sería un presupuesto indispensable - en la elaboración de los tipos penales.

El desarrollo del aludido sistema constituye una tarea - aparte que realizar.

7).- No es configurable la tentativa punible en el delito de daño específico por incendio, inundación o explosión a que se refiere el artículo 397, c.p., por que el él el acto u omisión que debiera producir el resultado típico está elevado a la categoría de delito en el "peligro" de daño por incendio inundación o explosión, previsto en el mismo dispositivo.

Es motivo de estudio separado la investigación de la tentativa punible en cada uno de los denominados "delitos de peligro", a efecto de deslindar si ambos conceptos convergen en una misma situación jurídica o si en cambio dan lugar a situaciones diferentes.

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

ARISTOTELES, La Política, Edición bilingüe, Trad. Julián María Araujo, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, 281 págs.

BARNEY H.E. y BECKER. H., Historia del Pensamiento Social, Historia e Interpretación de las ideas acerca de la convivencia humana, F.C.E., México, 1945.

BURGOA DRIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, --- Edit. Porrúa, 24a. ed., México, 1988, 1080 págs.

BAÑUELOS SANCHEZ, Floiran, El Derecho de Alimentos y Tesfs Jurisprudenciales, Primera ed., edit. Orlando Cardenas V., México,-1986, 288 págs.

CAMARGO HERNANDEZ, César, Introducción al estudio del Derecho Penal, Edit. Bosh, Barcelona, 1964, 218 p.

CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 8a. ed., Edit. Porrúa, México, 1984 págs.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2a. ed., edit. Antigua Librería Robledo de José Porrúa e hijos, México, 1987, 452 págs.

CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, parte especial, t.11, Vol. 11, 14 ed., Edit. Bosh, Barcelona, 1972 1090 págs.

CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, Edit. Porrúa, México, 1985, 967 págs.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2a. ed., edit. Trillas, México, 1984.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, 53 - ed., edit. Porrúa, México, 1984.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA -  
DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO-  
FEDERAL, 37ava. ed., edit. Porrúa, México, 1987.

COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Penal Mexicano, -  
t. 111, tercera ed., edit. Porrúa, México, 1987, 687, págs.

DE P. MORENO, Antonio, Curso de Derecho Penal, par-  
te especial, t. 11, edit. Porrúa, México, 1968, págs.

D.O., 9 de enero de 1986.

D.O., 22 de diciembre de 1975.

D.O., 13 de enero de 1984.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Bibliografi-  
ca Argentina, 26 ts., Buenos Aires, Argentina, 1982.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio --  
del Derecho, 5a. ed., edit. Porrúa, México, 1953, 444 pp.

GONZALES DE LA VEGA, Francisco, El Código Penal Co-  
mentado, Edt. Porrúa, 7a. ed., México, 1985, 527 págs.

GARCIA DIEGO, Vicente, Diccionario Etimológico, --  
edit. S.A.E.T.A., Madrid.

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, Leyes Pena-  
les Mexicanas, cuatro tomos, México, 1979.

Jurisprudencia Argentina, No. 3544, Buenos Aires, -  
11 de mayo de 1970.

KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Es-  
tado, Trad. Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México,  
México, 1987, 447 págs.

MALO CAMACHO, Gustavo, Tentativa del Delito, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, 252, págs.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Vol. 11, t. 11, Edt. Temis, Bogotá, 1972, págs.

MARGADANT, S., Guillermo F., Derecho Romano, 11a. ed., Edt. Esfinge, México, 1982, 530 págs.

PALACIOS VARGAS, J. Ramón, La Tentativa, Colegio - de Estudios Jurídicos, Imprenta Universitaria, México, 1951, 281 págs.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, 5a. ed., Edt. Porrúa. México, 1979, 524 págs.

Pequeño Larouse Ilustrado, Diccionario, Edt. -- Larouse, México, 1978.

RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 16ava. ed., edit. Porrúa, México, 1983, 403 págs.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua - Española, Edt. Espása-Calpe, Madrid, 1956.

SANCHEZ AZCONA, Jorge, Ensayos de Sociología Jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, 116 págs.

VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio - del Derecho, 7ma. ed., edit. Porrúa. México, 1987, 486 págs.

VINOGRADOV, , Introducción al Estudio del Derecho, trad. Vicente Herrero, edit. F.C.E., cuarta ed., México, 1985, págs.