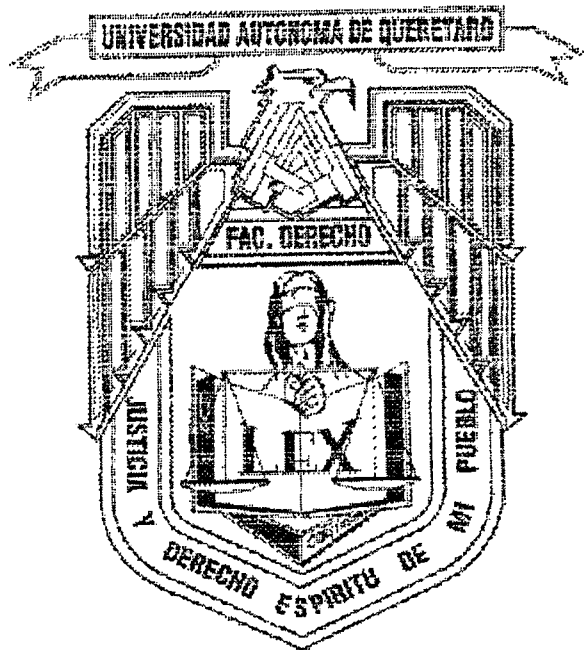
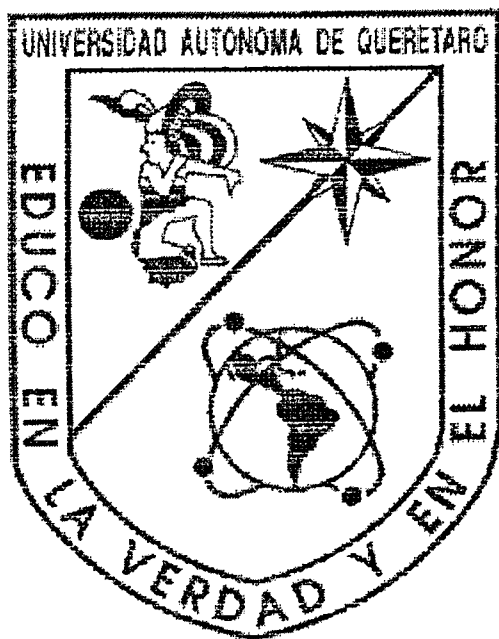


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO. FACULTAD DE DERECHO



**“PROPUESTA DE DESPENALIZACIÓN DEL
ALLANAMIENTO DE DOMICILIO COMO DELITO EN EL
CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTAN LOS PASANTES

**KARLA BERENICE HERNÁNDEZ PEÑA
CÉSAR RANGEL ORTÍZ**

BIBLIOTECA CENTRAL, U.A.Q.

No. Adq. 28064

No. Título _____

Clas TS

D345.2

H557p

**“PROPUESTA DE DESPENALIZACIÓN DEL ALLANAMIENTO DE
DOMICILIO COMO DELITO EN EL CÓDIGO
PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO”.**

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I	
EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.	
A) DERECHO PENAL Y DELITO, NOCIONES GENERALES	1
B) DEFINICIÓN.	47
C) NATURALEZA JURÍDICA.	51
D) FUNDAMENTO LEGAL.	54
E) BASE CONSTITUCIONAL.	57
CAPITULO II	
ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO DE	
ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.	
A) CONDUCTA.	60
B) ANTIJURIDICIDAD.	69
C) TIPICIDAD.	76
D) IMPUTABILIDAD.	84
E) CULPABILIDAD.	88
CAPITULO III	
EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO Y SU UBICACIÓN COMO DELITO.	
A) DELITO DE DAÑO	102
B) DELITO DE PELIGRO	113
C) ANÁLISIS PERSONAL.	115
CAPITULO IV	
PROPUESTA DE DESPENALIZACIÓN DEL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO COMO DELITO DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO.	
A) EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO COMO UN MEDIO PARA COMETER OTROS DELITOS.	117
B) EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO COMO AGRAVANTE EN DIVERSOS DELITOS.	119
C) EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO, SUBSUMIDO POR DELITOS MÁS GRAVES.	124
CONCLUSIONES.	126
BIBLIOGRAFÍA.	130

CAPÍTULO I

EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.

A) DERECHO PENAL Y DELITO, NOCIONES GENERALES.

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

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

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

El autor en mención, igualmente nos explica que:

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

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

"Es de notar que un Derecho Penal Público, en sentido subjetivo, sólo se puede hablar bajo el supuesto de que el poder de castigar por parte del Estado, ilimitado en sí, haya fijado prudentemente, limitándose a sí mismo, el supuesto y el contenido en su actuación (el crimen y la pena).

"Conforme con Mommsen, el pensamiento capital de su libro es este: que el Derecho Penal es, a través de la limitación legal, engendrado por el poder coercitivo de los magistrados, ilimitado en sí mismo. Así como, ante todo, el Derecho es la política del poder, así el Derecho público para castigar es el poder penal público, jurídicamente limitado. Ahora bien, esta limitación está formada por el Derecho Penal en su sentido objetivo".²

² Ibidem. Pág. 5

No obstante la dificultad evidente que tiene traducir cabalmente el idioma alemán para los españoles y para los latinoamericanos en especial, pensamos que la idea de Von Liszt, se entiende en su esencia, porque quiere establecer el autor en análisis que el Derecho Penal, pertenece al Derecho Público, descansando su base toral, en el delito, señalado por el autor como un hecho; con la pena como consecuencia del mismo, dejando muy claro que la facultad del Estado para sancionar conductas delictivas, se sitúa en el *ius puniendi*, situación que se observa hasta la época actual.

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

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

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

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

“Cabe aclarar que hablamos de “saber de derecho penal” debido a la equivocidad y discusión en torno del carácter “científico” del mismo. No pretendemos abordar la

discusión respecto del carácter científico del saber jurídico en general, pues no nos parece fundamental en cuanto a los interrogantes concretos y a las soluciones prácticas que nos demanda el problema penal.

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

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

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

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

Saber Derecho Penal, para quienes elaboramos este trabajo de investigación, resulta fundamental, porque se debe dominar cabalmente ese rubro, es decir que no se trata de referirse a artículos del Código Penal o de Procedimientos Penales, sino que en principio se debe

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

desarrollar una labor interpretativa de los aspectos básicos del Derecho Penal que según nuestro particular punto de vista, uno de ellos lo constituye la Teoría de referencia.

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

Lo explicado, nos permite manifestar nuestro total acuerdo con lo expresado por Zaffaroni, el cual por otro

lado, tiene la rara virtud de explicar con sencillez algo que para otros resulta muy complicado de dar a entender.

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

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

Haus hace resaltar el carácter eminentemente descriptivo que habría tenido la expresión "derecho criminal" pues su función habría sido englobar materias de diferente naturaleza referidas al crimen, esto es, tanto sustanciales como procesales. En lo cual no deja de tener razón, pues, por ejemplo, en la literatura francesa hasta nuestros días, cuando se quiere englobar ambos aspectos se utiliza la expresión *droit criminel* en vez de *droit pénal*. También en la historia del derecho penal español se observa esa tendencia. Es así como el "Plan de Código Criminal de 1787" recoge tanto cuestiones sustanciales como procesales, en tanto que el Código Penal de 1822 solo las primeras."⁴

Juan Bustos Ramírez, al igual que Zaffaroni, es un seguidor fiel de la corriente alemana del Derecho Penal, por

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

referirse a autores de dicha nacionalidad de manera continua, situación que completaremos al seguir revisando sus interesantes afirmaciones:

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

“Se trataría del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este planteamiento, que sin duda es seductor, no parece, sin embargo, tener una sustentación tan clara como el de Haus, ya que, por ejemplo, el propio Feuerbach, que es quien da expresión al principio de legalidad utilizaba, no obstante, la denominación *derecho criminal*.

“En verdad lo que pareciera claro en este paso de *derecho criminal* a *derecho penal*, es la intencionalidad de poner el acento en el carácter sancionador de este derecho

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

"Pero, evidentemente, dentro de su corta historia, los problemas más hondos con los cuales se enfrentó la denominación derecho penal fueron los surgidos a raíz de la

aparición de la escuela positiva italiana. Con ella entró en crisis la pena, ya que ésta se vio en la imposibilidad de abarcar las llamadas medidas de seguridad que propugnaban los positivistas. Por ésta razón, y con el objeto de salvar esa dificultad, se utilizó la voz *sanción*; así por ejemplo, claramente, el Código Penal colombiano de 1936, derogado en 1981, que bajo la influencia del positivismo incluyó en el Código las medidas de seguridad junto a las penas.

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

dualismo de pena y medida tiende a convertirse en un monismo conceptual, tanto porque la medida implica como la pena una actividad represora, como porque a la pena se le da un contenido preventivo específico.

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

“En verdad, la tendencia positivista pronto atempera su posición que iba dirigida tanto como contra lo penal, como lo jurídico y ello ya en sus orígenes; como en el caso de Ferri, que denomina su obra postrera *Principios de Derecho*

Criminal en la que reconoce la importancia de lo que el llama la "anatomía jurídica", como actividad propia de la escuela clásica. En ese mismo sentido, se manifiesta el movimiento positivista renovado más vigoroso del último tiempo, la "Nueva Defensa Social" y es así, como Marc Ancel parte de la aceptación del derecho penal, aún en su denominación, aunque sólo sea por lo habitual de ella, a pesar de que se encuentre más apropiada, como es lógico, la de "derecho criminal".

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

Con toda la intención, transcribimos ésta larga cita de lo expresado por Juan Bustos Ramírez, en virtud de que las

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

ideas explicadas por el importante estudioso del Derecho Penal nos motivan a las siguientes reflexiones:

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

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

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

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

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

"Pero, la organización de las jurisdicciones y de los poderes públicos encargados de secundarlas no basta desgraciadamente para impedir que el derecho sea violado.

Se cometen violaciones, y algunas veces son de tal naturaleza y gravedad que nuestra razón encuentra insuficiente la reparación del perjuicio ocasionado, y concibe además la facultad para el poder social de compeler al violador á sufrir cierto mal en castigo de la vejación que ha cometido. Ésta concepción generalizada es lo que se llama *derecho penal*. La noción puede reasumirse en éstos términos:

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

“El derecho penal constituye, pues, el último recurso contra ciertas violaciones del derecho, que interviene después que esas violaciones han tenido lugar y, que en todos los ramos del derecho presta así apoyo al respeto. Por manera que todo derecho, además de las tres partes ya indicadas: primera, el derecho propiamente dicho ó el

precepto; segunda, las jurisdicciones y tercera, el procedimiento; contiene otra cuarta, la penalidad.

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

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

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

“De ahí proviene para el derecho penal, como para cualquier otro ramo del derecho, la división en tres partes,

que observaremos en esta obra, en la cual trataremos sucesivamente.

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

2°. De las jurisdicciones penales. Y

3°. Del procedimiento penal.

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

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

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

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

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

“El derecho penal puede ser entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo. En el primer caso, como derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada o *ius poneale* y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad.

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

Quien nos aclara los anteriores conceptos, es el libro del Maestro Fernando Castellanos Tena, el cual ofrece

⁷ MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1979. Pág. 35.

diversas opiniones de varios autores de Derecho Penal, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sino un deber del Estado; el único deber ser que se contiene en la norma primaria penal.

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

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

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

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

y que se apegan más a la realidad actual del tema que nos ocupa.

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

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

“Sebastián Soler señala que: “El Derecho Penal es la parte del Derecho compuesta por el conjunto de normas doradas de sanciones retributivas y que tal definición abarca a lo que suele llamarse Derecho Penal Sustantivo o Material, por oposición a Derecho Penal Adjetivo o Formal, esto es, el conjunto de normas que regulan el procedimiento penal.”

Don Celestino Porte Petit considera al Derecho Penal como el conjunto de normas jurídicas que prohíben

determinadas conductas o hechos, u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción en caso de violación a las mismas.”¹¹

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

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

“Así continuaríamos invocando definiciones de lo que significa Derecho Penal, lo cual no es objeto primordial de

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

Sin lugar a dudas, el Allanamiento de domicilio se comete cuando una persona entra a la fuerza o de manera violenta a un sitio que se encuentra habitado.

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

CAPÍTULO IV
PROPUESTA DE DESPENALIZACIÓN DEL ALLANAMIENTO
DE DOMICILIO COMO DELITO DEL CÓDIGO PENAL PARA
EL ESTADO DE QUERÉTARO.

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

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

No obstante lo anotado, resulta obvio que aquella persona que se introduce en una morada, cubriendo los extremos que para el efecto dispone el artículo 285 del Código Penal para el Distrito federal, lleva a cabo el acto

con el afán de cometer más ilícitos, pues una vez introducido en el sitio por él escogido, tiene la opción de cometer una amplia gama de delitos, lógicamente los patrimoniales, pues la vieja conseja señala que "En arca abierta, hasta el más justo peca" y, resultaría absurdo suponer que el allanador no comete el acto estrictamente para darse el "lujo" de haber ingresado a una vivienda, departamento, aposento o dependencia de una casa habitada, sino que pretende, por lógica y sentido común, cometer otros ilícitos, pues el primer paso ya lo dio, y consiste en introducirse furtivamente, con engaño o violencia, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permite, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, por lo que la comisión de otros delitos, se facilita.

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

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

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

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

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

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

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

La premeditación significa la reflexión para cometer un delito.

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

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

La traición es considerada como una alevosía específicamente cualificada, porque concurre la perfidia que es la de lealtad o el quebrantamiento de la fe y seguridad debidas, que expresa o tácitamente se promete, o debe por las relaciones de parentesco, gratitud u otro vínculo que inspire confianza.⁸²

Quien se introduce cumpliendo los extremos previstos por el artículo 158 del Código Penal para el Estado de Querétaro, principalmente lo hace de manera premeditada.

El Código Penal en su artículo 183 en su fracción II dispone:

“Se aumentarán hasta una mitad de las penas previstas en el artículo anterior si el robo se realiza:

fr. II Se verifique en paraje solitario, en lugar cerrado o en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para su habitación, comprendiéndose en esta denominación, no sólo los que están fijos en la tierra, sino

⁸² Cfr. VIDAL RIVEROLL, Carlos. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. Tomo a-ch. México 1996. 9ª. Edición. Págs. 462 y 463.

también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos;...”

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

Más aún, pensando quizá en el delito de lesiones:

Una persona se introduce en un domicilio aduciendo que visita a un conocido, y, con toda alevosía, clava una daga en el cuerpo de otra persona; evidentemente se manifiesta el tipo penal del allanamiento de domicilio, sin embargo, el agente activo del delito llevaba toda la intención de lesionar a un sujeto, sin importarle si allanaba o no un domicilio, quedando esta conducta totalmente en el olvido, si no en averiguación previa, si en sentencia definitiva.

Y situaciones como la anterior, pueden presentarse en casos de violación, estupro, homicidio, etc. en las que el allanamiento de domicilio es claro, pero se subsume ante las conductas posteriores.

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

C) EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO, SUBSUMIDO POR DELITOS MÁS GRAVES.

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

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

Apoyamos nuestra postura en el hecho de que el Agente del Ministerio Público, en su función de órgano

investigador, no le concede importancia alguna si el delito fue cometido en una casa habitada por el sujeto pasivo del o su dependencia.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Allanamiento de domicilio debe desaparecer de los tipos penales contenidos por el Código Penal para el Estado de Querétaro.

SEGUNDA.- El Allanamiento de domicilio, generalmente es un medio para cometer otros ilícitos, en virtud de que quien se introduce en las condiciones previstas por el Artículo 158 del Código Penal para el Estado de Querétaro, se ubica para llevar a cabo otras conductas ilícitas, empero principalmente delitos patrimoniales como el robo.

TERCERA.- Proponemos que sea despenalizado del Código Penal para el Estado de Querétaro el Allanamiento de domicilio como delito, por tratarse más justamente de un agravante de diversos ilícitos por lo explicado en el cuerpo del presente trabajo de investigación.

CUARTA.- El Allanamiento de domicilio, por regla general, es subsumido por otros ilícitos, sin considerarlo como agravante de los mismos, por no dársele la importancia que debería tener, ello nos sirve de base para considerar la posibilidad de que el mismo sea despenalizado del Código Penal para el Estado de Querétaro.

QUINTA.- Consideramos, además, que desde el nombre del tipo penal es incorrecto, puesto que una oficina puede ser, a su vez, allanada, violada en cuanto a sus posesiones y pertenencias contenga dentro de ellas, y la sola intromisión de una persona sin autorización de quien deba darla, o , incluso, sin que exista alguien para así admitir la introducción, no encuadra en el tipo penal actual del allanamiento de domicilio, siendo un edificio o una oficina un domicilio, como tal.

SEXTA.- Este trabajo no debe ser considerado como una apología del Allanamiento de domicilio o como un reconocimiento a la licitud de la conducta,

para considerar que quien se introduce a un inmueble en los extremos previstos en el Código Penal para el Estado de Querétaro, lo hace de manera legal; lo que tratamos de resaltar es el criterio práctico que se aplica al valorarlo, porque según nuestra óptica es considerado como algo intrascendente en otros delitos o en el mejor de los casos, un agravante de delitos.

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

OCTAVA.- Lo señalado en las presentes conclusiones, sin lugar a dudas confirma nuestra postura inicial en

la investigación en el sentido de proponer la supresión del Allanamiento de domicilio como delito del Código Penal para el Estado de Querétaro.

BIBLIOGRAFÍA.

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial. Harla. México, 1990. 2a. Edición.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. Derecho Penal. Editorial José M. Cajica Jr. México 1949.
- BUSTOS RAMIREZ , Juan. Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1986.
- CARNELUTTI, Francesco. El Delito. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires Argentina 1952.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro. Código Penal anotado. Editorial Porrúa. México 1998. 21ª. Edición.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1995. 18ª. Edición.

- CARRARA. Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo primero. Volumen I. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus. Madrid, España. 1925.

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

- CRUZ ARGÜERO, Leopoldo De la. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996. 2ª. Edición.

- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con comentarios. Editorial Porrúa. México 1997. 2ª. Edición.

- GARCÍA MENDIETA, Carmen. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa- Unam. Tomo D-H . México 1995. 8ª. Edición.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal. Editorial UNAM. México, 1981.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Penal. Mc Graw Hill. México 1998.

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

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

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

- MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1979.

- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. Editorial Porrúa. México 1994. 2ª. Edición.
- BUNSTER, Álvaro. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM. Porrúa. Tomo A-Ch. México 1996. 9ª. Edición.
- ORTOLÁN, M. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Librería de Leocadio López. Madrid, España. 1878.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México 1997. 8ª. Edición.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos a la parte general de Derecho Penal. Editorial Regina. México, 1973.
- RABASA, Emilio O. y otra. Mexicano: esta es tu Constitución. Editorial Miguel Angel Porrúa. México 1996. Primera Reimpresión.

- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito. Editorial Trillas. México, 1985.

- VIDAL RIVEROLL, Carlos. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. Tomo a-ch. México 1996. 9ª. Edición.

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

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Editorial Cárdenas editores. México 1986.

Este es el elemento que genera un alto índice de polémica, pues para algunos estudiosos del derecho penal, es el elemento del delito y para otros es una consecuencia del ilícito, nosotros sostenemos que si es un elemento del delito, por contener el mismo la coercibilidad del derecho, como una característica sine qua non de la Ciencia Jurídica.

Celestino Porte Petit Candaudap, se inclina a establecer que la punibilidad es un elemento del delito, Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos no la consideran a la punibilidad como elemento del delito.⁶⁹

Fernando Castellanos Tena, define a la punibilidad como: "El merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Agregando que: "Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal comportamiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción".⁷⁰

Por cuanto se refiere a la punibilidad, el Doctor Sergio García Ramírez ubicándose en una posición ecléctica, no

⁶⁹ Citados por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 129.

⁷⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 130.

explica que: "La punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma nulla poena sine lege, consignado en el Artículo 14 constitucional e implícitamente el Artículo 7 del Cp. (sic). El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio nullum crimen sine poena".⁷¹

La amenaza estatal en el delito de Allanamiento de domicilio, la observamos en la siguiente redacción:

"Se impondrá de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita...".

-EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

El Maestro Castellanos Tena opina: " En el caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coautores en virtud de su participación en la comisión de un delito, pero si a quienes intervienen en alguna forma en la realización del

⁷¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 286.

acto, y esto es así necesariamente, porque cooperan en un delito de lo contrario sería imposible sancionarlos. Por otra parte al hacer el estudio de nuestra definición legal del delito, dijimos que hay infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo como ocurre en las infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Adviértase, además que la definición del delito es innecesaria en los códigos".⁷²

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

⁷² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 286.

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

Luis Jiménez de Asúa define las excusas absolutorias en los siguientes términos: " Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública; es decir que son motivos de impunidad".⁷³

⁷³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 57.

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

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

- a) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que excede de 10 veces el salario mínimo y sea restituido por el sujeto activo el bien robado y pague los daños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto en conocimiento del Ministerio Público.
- b) Excusa en razón de la maternidad consciente, por ejemplo: el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de una violación.⁷⁴

⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 285.

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

A) DELITO DE DAÑO.

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

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

Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude ...”⁷⁵

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

⁷⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 137.

"Daño es la lesión o, dicho de otra forma, el menoscabo de un interés, de donde se excluye o disminuye la posibilidad del goce de un bien...el delito no es un daño solamente, sino un daño que tiene una causa exterior a la cosa que lo experimenta, si un hombre muere por una causa interior, ello no es un homicidio...no basta, pues para constituir el delito, una cosa que experimente el menoscabo, sino que se necesita otra cosa que lo produzca. Esta necesidad del concurso de dos cosas para constituir el delito es uno de los fundamentos de la teoría penal."⁷⁷

El mismo autor, sostiene que:

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

"De la distinción así planteada entre peligro y daño se desprende que a veces, para el castigo del acto, puede la

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. El Delito. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires Argentina 1952. Pág. 37.

ley exigir la lesión mayor y a veces sólo la lesión menor del interés; a la primera hipótesis corresponde la figura del delito de daño; a la segunda, la del delito de peligro; hay delito de daño cuando el evento previsto por la ley está constituido por la lesión efectiva; y en cambio hay delito de peligro cuando está constituido por la lesión probable de un interés.

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

La distinción entre los delitos de daño y de peligro, aunque esta fórmula sea reciente, ha sido intuída desde las primeras elaboraciones científicas de la escuela clásica italiana, cuya contraposición entre delito material y delito formal, con diversas y no tan claras palabras, quería decir lo mismo; aunque no tenga yo aquí la posibilidad de aludir siquiera a la historia de las doctrinas, hago esta observación porque la antigua terminología corre todavía en

la práctica y pudiera ocasionar cierta sorpresa al alumno, si no la tuviera en cuenta.”⁷⁸

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

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

El autor Juan Bustos Ramírez, considera que:

“Estimamos que ... una conceptualización del bien jurídico ha de partir del punto en que la dejara *Von Lizst*, es decir, no de un planteamiento abstracto, sino concreto, no desde un punto de vista funcional o bien conformista con el sistema, sino de constante revisión crítica, con el fin de

⁷⁸ *Ibidem*. Págs. 154 y 155.

una mayor garantía para el ciudadano. En tal medida hay que partir del hombre como ser social, pero evitando determinar esa sociabilidad mediante abstracciones como las de ser *igual y libre*, sino justamente destacando el aspecto relacional de la actividad del hombre.

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

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

“Por lo anterior es por lo que muchas veces lo que aparece en primer plano sólo es fórmula sintetizadora de carácter normativo, que vela totalmente el contenido real del bien jurídico; así es por ejemplo, el caso de *la honestidad o pudor* respecto de la libertad sexual.

“Por otra parte, a menudo el bien jurídico es producto de posiciones de sometimiento, de total falta de igualdad y libertad en la comunicación entre los sujetos, actuando entonces como factor criminógeno, es decir, contra la liberación de los sujetos, caso por ejemplo de lo que sucedía con el delito de adulterio.

“Lo injusto, y con ello el delito, giran entonces en torno al bien jurídico, y este surge fundamentalmente como un principio garantizador de carácter cognoscitivo.

“Esto es, la sociedad toda y cada sujeto en particular, ha de saber qué está protegiendo en todo caso el Estado, para así poder estar en posibilidad de hacer una revisión crítica del porqué de tal protección.

“Pero además, el bien jurídico cumple una doble función dogmática o sistematizadora dentro de la teoría del injusto. Por una parte, precisa qué conductas concretas son relevantes dentro de la relación social y, por otra, determina cuáles son aquellas conductas que le producen una afección real.

El bien jurídico surge así como un límite material claro a la actividad del Estado. Este solo puede señalar injustos penales que tengan como base un bien jurídico, que debe estar de tal manera precisado que permita la participación crítica de los ciudadanos en su fijación y revisión. De este modo se puede impedir una legislación penal arbitraria o bien autoritaria por parte del Estado.⁷⁹

Samuel Antonio González Ruíz, en el Diccionario Jurídico Mexicano, en la voz bien jurídico, explica:

“Objeto de protección de las normas de derecho. El concepto bien jurídico fue utilizado por Ihering, tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo en cuya concepción

⁷⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Págs. 29 y 30.

individualista no cabía la nueva del derecho penal como protector de la sociedad y no sólo del individuo.

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

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

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

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

“El juez observa la realidad social y dependiendo de la ideología determina cuáles son los objetos a proteger.

"Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.

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

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

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

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

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

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

El a. 16 también consigna bienes jurídicos que hay que proteger. En realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el Código Penal protege un bien jurídico”.⁸⁰

⁸⁰ GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa-UNAM. Tomo a-ch. México 1996. 9ª. Edición. Pág. 338.

B) DELITO DE PELIGRO.

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

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

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

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

colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño."⁸¹

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

C) ANÁLISIS PERSONAL.

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

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

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

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo", y agrega: "Jurídico es lo que está conforme a derecho".³⁷

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

"La tipicidad opera como un inicio de la antijuridicidad, como un valor provisorio, que debe ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación, por ello, la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa; se acepta como antijurídico lo contrario al derecho que no esté protegido por una causa de justificación.

Lo antijurídico implica un desvalor; es la negación del orden jurídico: aquello que, según los ideales éticos del hombre deber ser y sin embargo no es, por el triunfo de la conducta delictuosa sobre la norma penal".³⁸

³⁷ Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 136.

³⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 137.

A decir del Maestro Raúl Carrancá y Rivas, la antijuridicidad en el delito de Allanamiento de domicilio existe porque se viola el lugar en que se habita, toda vez que el sitio destinado a la habitación, hace posible el desenvolvimiento de la libertad por personal en lo que atañe a las exigencias de la vida privada de una o más personas.³⁹

-CAUSAS DE JUSTIFICACION:

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

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

"En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al derecho; la situación especial en que se

³⁹ Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro. Código Penal anotado. Editorial Porrúa. México 1998. 21ª. Edición. Págs. 740 y 741.

cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues el que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos".⁴⁰

Porte Petit dice: "es causa de justificación aquella, que permite actuar conforme a derecho, ya que de otro modo sería antijurídica".⁴¹

Para Fernando Castellanos Tena, son causas de justificación:

"...aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, porque en presencia de alguna de ellas faltará uno de los elementos esenciales del ilícito penal, a saber: la antijuridicidad.

En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas de

⁴⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 121.

⁴¹ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. Pág. 219.

justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad".⁴²

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

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

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

⁴² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 235.

El artículo 25 del Código Penal vigente, en sus fracciones III a VI nos señalan las causas de justificación las cuales se ubican de la siguiente forma: legítima defensa (III), estado de necesidad (IV), consentimiento (V), cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio de un derecho (VI).

Las dos causas de justificación típicamente aplicables al delito de Allanamiento de domicilio serían el ejercicio de un derecho, y el cumplimiento de un deber, llevado a cabo por agentes de la Policía Judicial, quienes se introducen de la manera ya aludida a un domicilio, a efecto de cumplimentar una orden de aprehensión.

C) TIPICIDAD.

Fernando Castellanos dice que "no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".⁴³

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

Porte Petit estima que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.⁴⁴

⁴³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 108.

⁴⁴ PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino. Apuntamientos a la parte general de Derecho Penal. Editorial Regina. México, 1973. Pág. 372.

Nosotros creemos también que la tipicidad es un elemento esencial del delito, pero independientemente de la antijuridicidad dado que en la práctica existen conductas típicas que no son antijurídicas. Estamos de acuerdo con Mayer en que la tipicidad es indiciaria de antijuridicidad, si el legislador elabora sus tipos, es porque estima a las conductas en ellos descritas seguramente contrarias al derecho (a menos que exista una causa de justificación, sin que por ello desaparezca la tipicidad).⁴⁵

Con relación al concepto de tipo, Jiménez de Asúa dice que es "la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"; y por lo que respecta a la tipicidad, opina que es "Función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además, funcionamiento indiciario de su existencia".⁴⁶

⁴⁵ Autor citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 189.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, Editorial Sudamericana. 10a. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1980. Pág. 163.

Mezger define al tipo legal como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica". El tipo significa, al decir del mismo autor, "el total de los elementos del delito".⁴⁷

Esta concepción de Mezger, que involucra los elementos del delito en el tipo, interpretando dogmáticamente su conducta, no deja de ser novedosa y se aparta, un tanto, de ese esquema que ve en el tipo la descripción de un hecho con independencia de sus elementos valorativos de naturaleza subjetiva. Por ello, el mismo autor agrega que en propio sentido jurídico-penal resulta (el tipo) más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos; y a cuya realización va ligada la sanción penal".⁴⁸

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

⁴⁷ Autor citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 205.

⁴⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 190.

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

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

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

La criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción u otros”.⁴⁹

⁴⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. Pág. 85.

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

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

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

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

cualquier de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño, Si en agente emplease un medio distinto, aún cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno o dos de ellos".⁵⁰

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

En el delito de Allanamiento de domicilio, la tipicidad se observa en el instante en que una persona se introduce o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a una casa habitada o sus dependencias.

-ATIPICIDAD.

Según García Ramírez, para la exclusión de la tipicidad hay que distinguir entre la falta del tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos

⁵⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal. Editorial UNAM. México, 1981. Pág. 97.

casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción.⁵¹

En opinión de Castellanos Tena, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.⁵²

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

“El delito se excluye cuando:

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

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

1) Ausencia de calidad exigida por la ley, en cuanto a los sujetos activos.

⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 296.

⁵² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 306.

2) Ausencia de calidad en el sujeto pasivo.

3) Falta de objeto material.- Cuando falte el sujeto pasivo no habrá tipicidad.

4) Falta de objeto jurídico.

5) Por no darse la antijuridicidad especial.

Una causa de atipicidad sería el introducirse en la forma descrita, a una casa, aposento, vivienda o departamento de una casa inhabitada.

D) IMPUTABILIDAD.

El Doctor Eduardo López Betancourt nos dice que: "La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable".⁵³

Por cuanto hace a las acciones libres en su causa, el Doctor señala: "Las acciones liberales sin causa son aquellas libres en su causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí... Se llama así porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto".⁵⁴

⁵³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa, México, 1993. Pág. 118.

⁵⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 119.

El elemento conocido como imputabilidad, es la capacidad de entender las consecuencias jurídicas de nuestra conducta dentro del campo del Derecho Penal.

Para estar en condiciones de ser considerado imputable en el delito de Allanamiento de domicilio, se requiere tener la capacidad psíquica y física necesaria, con el fin de llevar a cabo los actos que colman el ilícito, con el pleno entendimiento de los efectos jurídicos que en ámbito del Derecho Penal traerá su conducta.

-INIMPUTABILIDAD.

Significa la falta de capacidad para entender los efectos de nuestra conducta, en el campo del derecho Penal.

Conforme a lo que señala Castellanos Tena: "Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya

hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referido al desarrollo y salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las Causas de inimputabilidad, son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud mentales, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad”.⁵⁵

El fundamento jurídico de la inimputabilidad, lo encontramos en la fracción XI del artículo 25 del Código Penal vigente que a la letra dice:

“XI. Al momento de realizar el hecho típico, el agente padezca enajenación mental, trastorno mental transitorio, desarrollo intelectual retardado o cualquier otro estado mental, que le impida comprender el carácter ilícito de aquél o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el agente haya provocado esa incapacidad para cometer el delito.

⁵⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 326.

Tratándose de enajenación mental y de desarrollo intelectual retardado, se estará siempre a lo dispuesto en el artículo 62 de este código.

En el caso de trastorno mental transitorio o de cualquier otro estado mental de la misma naturaleza, sólo se estará a lo dispuesto en el artículo 62 de esta Ley si el sujeto requiere tratamiento; en caso contrario se le pondrá en absoluta libertad."

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

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

E) CULPABILIDAD.

Para que la culpabilidad se dé, es indispensable que el sujeto sea capaz de entender y querer, a lo que se le da el nombre de imputabilidad y creemos igual que Castellanos Tena, que es un presupuesto de la culpabilidad como "La capacidad de cometer culpablemente hechos punibles".⁵⁶

Cuello Calón⁵⁷ define a la culpabilidad diciendo que es: "El juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley", Jiménez de Asúa⁵⁸ establece: "Es el conjunto de presupuestos que fundamenta la responsabilidad personal de la conducta antijurídica". Porte Petit⁵⁹ considera que es: "El nexa intelectual que liga al sujeto con el resultado de un acto".

Cuello Calón refiriéndose a la culpabilidad afirma: El agente antes de ser culpable debe ser imputable y responsable. Por tanto, imputabilidad y responsabilidad son supuestos previos de la culpabilidad.

⁵⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 146.

⁵⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 187.

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 96.

⁵⁹ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. Pág. 279.

El mismo autor sigue afirmando de la culpabilidad. Se refiere a un modo de ser del agente o un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. No exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino condiciones mínimas, aquellas que son absolutamente necesarias para que una persona pueda responder de los actos propios y es la capacidad de conocer y de querer.⁶⁰

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

Cuello Calón establece: "entre el dolo y la culpa no existe una separación tajante; de una u otra forma de culpabilidad se pasa por grados intermedios, del dolo directo el eventual, de este a la culpa consciente de éste, a la culpa inconsciente".⁶¹

⁶⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 281.

⁶¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. Pág. 283.

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

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

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

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

Para Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta".⁶²

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

-DOLO.

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

-CULPA

⁶² VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito. Editorial Trillas. México, 1985. Pág. 137.

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

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁶³

En opinión de Ignacio Villalobos, la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones, que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o de desatención nacida del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa.⁶⁴

⁶³ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. Pág. 79

⁶⁴ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1985. Pág. 231.

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

-INCULPABILIDAD.

“La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien nos es imputable.

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable”.⁶⁵

Según Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en:

“La absolución del sujeto en el juicio de reproche”.⁶⁶

⁶⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 273.

⁶⁶ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pág. 89.

Castellanos Tena dice que: "La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad".⁶⁷

El artículo 25 del Código Penal para el Estado de Queretaro, en su fracción XII dispone:

"XII. Se realice el hecho bajo un error inencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita, porque crea que está amparada por una causa de justificación o porque desconozca la existencia de la Ley o el alcance de ésta.

Si el error es vencible se estará a lo dispuesto por el artículo 80 de este Código."

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

⁶⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 278.

-PUNIBILIDAD.

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

“Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales contraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El Artículo 7o. del Código Penal que define el delito como acto u omisión sancionado por las leyes penales, que exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal *“nulla poena sine lege”*, pues tal afirmación es innecesaria ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el Artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a

la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase es típica, antijurídica y culpable, y por tanto constitutiva del delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absoluta, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible no encaja en la definición del delito contenida en el Artículo 7° (9°. En Querétaro) del Código Penal.

Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad, lo que viene a confirmar que esta no es un elemento, sino una consecuencia del delito".⁶⁸

⁶⁸ PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. Pág. 104.

B) DEFINICIÓN DE ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.

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

"Como una invasión de la intimidad, una de las expresiones del concepto jurídico de libertad, castiga el Código Penal en su a. 285 (sic) el Allanamiento de domicilio.

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

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

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

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

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

“Lo de furtivo, alude a la penetración hecha a escondidas u ocultamente. El engaño es cualquier ardid desplegado para lograr un permiso que, de no mediar aquél, habría sido denegado. La violencia puede ejercerse sobre

las personas y las cosas y, en el primer caso, revestir la forma de fuerza física o fuerza moral.

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

El delito se consuma al producirse la introducción plena del agente en la morada ajena. Es, pues, concebible la tentativa. Proceden también las reglas del concurso si el Allanamiento de domicilio especialmente en su forma violenta, origina otros hechos punibles, como lesiones o daños”.²⁵

El análisis y concepto ofrecidos por el reconocido autor, nos permiten afirmar que el mismo se refiere al

²⁵ BUNSTER, Álvaro. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM. Porrúa. Tomo A-Ch. México 1996. 9ª. Edición. Págs. 147 y 148.

Allanamiento de domicilio, de manera muy amplia, no obstante que en los capítulos subsecuentes se ampliarán algunos aspectos, a efecto de integrar debidamente los mismos, en cuanto el desarrollo de la presente investigación lo requiera.

C) NATURALEZA JURÍDICA.

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

Conforme al Título sexto del Código Penal para el Estado de Querétaro, en un Capítulo único, el Allanamiento de domicilio, se sitúa como Delito contra la inviolabilidad del domicilio.

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

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

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

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

El capítulo que trata lo referente al Allanamiento de domicilio, el cual apareja pena de tres meses a tres años de prisión, requiere que el sujeto activo se introduzca en una casa habitación o sus dependencias sin permiso de la persona facultada para autorizar el acceso, u orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley permita el allanamiento, los medios comisivos son el engaño o la violencia.

Nótese que esta figura protege tanto la propiedad como la simple posesión; esto último, inclusive frente al dueño del inmueble, que bajo cualquier título jurídico debe abstenerse de ingresar en aquél, por ejemplo, porque se haya dado en arrendamiento o comodato.²⁶

Estamos de acuerdo con el criterio sustentado por el Doctor García Ramírez, respecto a la esencia legal del delito de Allanamiento de domicilio, al considerar que este

²⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Penal. Mc Graw Hill. México 1998. Págs. 141 y 142.

ilícito al cometerse, puede violar la posesión o la propiedad de las personas y más aún, siguiendo con lo apuntado por Álvaro Bunster, quien afirma que este hecho delictivo atenta contra la intimidad de las personas, intimidad esta, que se percibe por cada uno de nosotros, en el sitio que escogimos para vivir; por lo explicado, sostenemos que el Allanamiento de domicilio tiene una naturaleza jurídica compleja y por ello es difícil situarlo únicamente en el terreno de determinada especie de delitos; por estos motivos, afirmamos que para comprender la naturaleza jurídica del delito en cuestión, se debe asumir una posición ecléctica, es decir tomar lo mejor de los criterios de diversos estudiosos del Derecho Penal, sin asumir una postura radical y absolutista en relación con este asunto.

D) FUNDAMENTO LEGAL.

Este lo encontramos en el Artículo 158 del Código Penal para el estado de Querétaro, que a la letra dispone:

“Al que sin consentimiento de la persona que legítimamente pueda otorgarlo, o empleando engaño se introduzca en casa habitación o sus dependencias o permanezca en ellas sin la anuencia de quien esté facultado para darla, se le impondrá prisión de tres meses a tres años.

Si el medio empleado fuere la violencia, la penalidad se aumentará hasta en una mitad más. Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.”

Los elementos estructurales de este tipo penal son los siguientes:

- Ausencia de consentimiento de persona legitimada para otorgarlo;

- O empleando engaño;
- Se introduzca en casa habitación o sus dependencias; (elemento medular)
- O permanezca en ellas
- (Nuevamente) Sin la anuencia de quien esté facultado para permitirlo.

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

Para César Augusto Osorio y Nieto, el núcleo del tipo en el delito objeto de nuestra tesis, es el introducirse antijurídicamente en una casa habitación o sus dependencias.

Igualmente, el autor en cita, considera que el bien jurídico protegido es la inviolabilidad, seguridad y respeto del lugar donde se hace vida doméstica.

Por último, el estudioso de la materia afirma que los sujetos, tanto activo como pasivo en el delito en análisis, son comunes, es decir, no calificados, de manera tal que cualquier persona puede cometer y/o ser víctima del Allanamiento de domicilio.²⁷

²⁷ Cfr. OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México 1997. 8ª. Edición . Págs. 252 y 253.

E) BASE CONSTITUCIONAL.

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

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

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

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

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

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

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

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

La garantía consignada en la primera parte de este artículo, así como la que establece el 14, son la base sobre la que descansa el procedimiento judicial protector de los derechos del hombre (juicio de amparo). Es absoluta la prohibición de ocasionar molestias a las personas, a sus familias, papeles o posesiones, si no es con una orden escrita, fundada y motivada en una disposición legal y

expedida por una autoridad que de acuerdo con una ley en vigor tenga facultades expresas para realizar esos actos.”²⁸

²⁸ RABASA, Emilio O. y otra. *Mexicano: esta es tu Constitución*. Editorial Miguel Angel Porrúa. México 1996. Primera Reimpresión. Pág. 68

CAPÍTULO II

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE DOMICILIO.

A) CONDUCTA.

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

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

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

Ante el Derecho Penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: Acción u Omisión".²⁹

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

"La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios, por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa, y con la última le da a beber el brebaje mortal".³⁰

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer.

²⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial. Harla. México, 1990. 2a. Edición. Pág. 89

³⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 154 y 155.

Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

"OMISIÓN SIMPLE. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida.

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

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

En la comisión por omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y comprobar el nexo causal, por ejemplo, la madre que con el fin de procurar su aborto, deja de tomar alimento, suero o medicamento indicado por el médico, para proteger la vida del producto, comete el delito de aborto. En este caso deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas de laboratorio que establezcan que la causa de la muerte del producto fue el no alimentar o la no administración del suero o medicamento".³¹

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

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

³¹ Ibidem. Pág. 156.

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

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

Sobre esta base general se desarrolla el esquema finalista, base de una parte importante de la doctrina penal europea y también latinoamericana. Es también el punto de partida de otros modelos sistemáticos que a su vez, han impugnado ciertos aspectos más satisfactorios o insuficientes del finalismo, frente al objetivo planteado por otras orientaciones de diversos autores alemanes, que

hablan del funcionalismo y de la orientación de la acción social".³²

Para el Maestro Marco Antonio Díaz de León, la conducta en el Allanamiento de domicilio es de acción, porque para entrar o introducirse de manera furtiva o con engaño o violencia o sin permiso de quien pueda otorgarlo, requiere de un movimiento corporal.³³

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

- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Fernando Castellanos Tena, al hablar de la ausencia de conducta dice:

³² MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. Págs. 253 y 254.

³³ Cfr. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con comentarios. Editorial Porrúa. México 1997. 2ª. Edición. Pág. 501.

“Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias...Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal”.³⁴

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

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

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

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

³⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 301

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

Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico, puede ser responsable quién es "usado" como medio para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de alguien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona".³⁵

El Artículo 25 del Código Penal para el estado de Querétaro, actualmente dispone: "Son causas de inexistencia de delito:

I- Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias;

Una especie de ausencia de conducta en el delito de Allanamiento de domicilio, se presentaría, por ejemplo, si una persona va caminando junto a otra y la empuja para que

³⁵ Ibidem. Pág. 302.

se introduzca en una vivienda, aposento o departamento que se encuentre habitado; en el ejemplo que ponemos, se puede establecer como ausencia de conducta la vis absoluta, en virtud de que una fuerza física humana exterior e irresistible se aplica sobre un individuo, quien carece de voluntad para cometer el ilícito, dado que es convertido en un instrumento de quien lo empuja a introducirse a un lugar habitado, en donde él no tiene derecho a hacerlo.

B) ANTIJURIDICIDAD.

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

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

Eduardo Villarreal Moro, en su Cátedra de Derecho Penal Primer Curso, consideraba indebido e incorrecto, utilizar la denominación Elementos Positivos del Delito, pues afirmaba con razón que resultaba absurdo referirse a

un elemento positivo; con el prefijo anti, razón por la cual sostenemos que la antijuridicidad es un elemento estructural muy importante del delito y además proponemos que para evitar confusiones y malos manejos del lenguaje técnico jurídico, que este sea denominado antijuridicidad y no antijuricidad, pues lo contrario a Derecho es antijurídico y no antijurico.³⁶

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

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

³⁶ VILLARREAL MORO, Eduardo. *Curso de Derecho Penal I*. Facultad de Derecho. U.N.A.M. México 1971.

este trabajo y ello redundaría en hacerlo tedioso y saturar la mente del abogado novel de infinitos conceptos que a la postre son inaplicables en la práctica profesional.”¹²

En lo explicado por el autor en estudio, no estamos de acuerdo porque quien litiga en materia Penal, debe manejar conceptos básicos para ubicarse en el ámbito donde dicho profesionista se desarrolle, pues con ideas como la manifestada por De la Cruz Argüero”,us seguidores se ubican en el absurdo de que la teoría es muy diferente de la práctica y quienes se dedican a la actividad foral del Derecho Penal, consideran que lo realmente trascendente son las relaciones públicas y el manejo de éstas, dejando a un lado el conocimiento teórico, y el problema radica en que el “profesionista” de referencia, cuando tenga que esgrimir argumentos diferentes a los suyos, sabrá que no todo en la actividad del foro es “corrupción institucionalizada”, sino conocimiento teórico-práctico de la rama del Derecho en la cual litigue.

El concepto unitario del Delito, aspira a establecer que éste es una infracción punible, no obstante que es cierto, lo

¹² CRUZ ARGÜERO, Leopoldo De la. Op. Cit. Pág. 2.

que nos interesa es saber qué caracteres debe tener una conducta para ser considerada una acción punible.

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

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

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

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

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

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

estado entendiendo por Delito, poco más o menos lo que la escuela clásica, a pesar de combatirla constantemente.

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

“Puede decirse que, para los positivistas, el Delito, más que un acto concreto y lesivo, es un estado morboso y social, y hiere, en lugar de un precepto, los sentimientos y los intereses de la conciencia social; es un fenómeno natural que nace de factores endógenos y exógenos.

“La nueva escuela defensiva, inspira la definición política-criminal que del Delito da Carlos Stoss: “Es el daño o riesgo culpable de un bien que el legislador debe proteger, en nombre del interés público contra tales ataques, mediante la eficacia de la pena. Siendo el Delito contrario al interés público, es también contrario al Estado, y en un sentido más amplio, antisocial; un ataque a las condiciones de vida de la sociedad”.

"Por tanto, todas las escuelas penales han pretendido definir el delito, con más o menos fortuna. Incluso, la escuela anarquista tiene su concepto del crimen. Hamon es el que da una definición más penetrada del ideal de esta teoría: "Delito es todo acto que lesiona la libertad individual".

"Para el jurista tiene importancia capital la noción jurídica del Delito. Poco a poco la definición técnica se ha ido formando en Alemania. Binding intenta llenar el vacío técnico que quedaba entre las teorías filosóficas y la legislación positiva, con su teoría de las normas: La característica del Delito, es ser violación de la norma.

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

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

El tipo, es pues, el contenido íntegro de un hecho de los definidos por el código, prescindiendo de las condiciones subjetivas y objetivas que le acompañen en su realización; es todo lo que cabe dentro de las palabras con que está expresado. La introducción, en el concepto del Delito, de la tipicidad (*typicität*) es lo que caracteriza, principalmente, la definición de Beling: “Delito es una acción típica, contraria al Derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad”. Ésta noción del Delito, satisface, en nuestro sentir, las exigencias jurídicas”.¹³

El Maestro M. Ortolán, considera que el Delito es un hecho complejo: descomponiéndole por el análisis, y

¹³ CARRARA, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo primero. Volumen I. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus. Madrid, España. 1925. Págs. 75 a 77.

colocándole según la sucesión de los acontecimientos y el encadenamiento natural de las ideas, que le componen y las consecuencias que de ellas se derivan, se ve que el orden metódico para tratar de él es éste:

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

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

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

4º. De las reparaciones y de las penas, consecuencias jurídicas del delito.¹⁴

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

¹⁴ Cfr. ORTOLÁN, M. Op. Cit. Pág. 10.

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

El Derecho Romano nos legó admirables definiciones de algunos delitos en particular. Recuérdese la del hurto, trazada por manos de Paulo: "Apoderamiento abusivo de cosa ajena, tanto en si misma, como de su simple posesión o uso"¹⁵, palabras que todavía hoy siguen repitiéndose, tal es su maestría.

En cambio, el propio Derecho Romano, si esto lo supo hacer tan bien, no logró jamás, acaso por no habérselo propuesto nunca, la noción general, común, a todas las

¹⁵ Véase . BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. Derecho Penal. Editorial José M. Cajica Jr. México 1949. Pág. 65

especies jurídicas, o sea, la definición del Delito en toda su universalidad.

Las definiciones legales del Delito sufren una detención de desarrollo: pues, desde la segunda mitad del siglo XIX, y salvo raras excepciones, como la del Código Portugués y la de los códigos de algunos cantones suizos, cual Neuchatel y Vaud, los códigos rehuyen ésta definición, éste gran escollo peligroso, abandonando a la cátedra la elaboración del Delito que en foro se da por adquirida.

El mismo Maestro Bernaldo de Quirós nos explica lo siguiente:

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

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

Por la trascendencia de la obra del citado Maestro, es preciso retomarla, respecto a la definición de Delito, en la misma, el Maestro en cita, nos explica que la primera definición de Delito se halla en el Código castellano de las Siete Partidas formado no solamente en pleno desarrollo del renacimiento del Derecho Romano, sino además, en pleno desarrollo de la filosofía escolástica habituada a manejar los conceptos más sutiles".¹⁶

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

Un nuevo paso en el sentido de comprender el Delito, la da el Código Penal Español de 1822 hecho en un momento feliz de restablecimiento de la constitucionalidad española, por hombres eminentes, desdobra desde el punto de vista de la imputabilidad y la culpabilidad, la noción

¹⁶ Ibidem. Págs. 65 a 67.

general de la infracción penal en dos especies distintas: el Delito y la culpa, dando para cada cual una definición, a propósito de la primera, que es la que más nos importa, dice: "Comete Delito el que libre, voluntariamente y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo una pena".

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

Concluyendo con lo expresado por el Maestro Constancio Bernaldo de Quirós, dicho autor considera que el concepto de Delito que conocemos en el mundo se basa en la fórmula alemana bosquejada por Beling, retocada por Mayer y perfeccionada por Mezger.¹⁷

¹⁷ Ibidem. Págs. 66 y 67.

El Maestro Fernando Castellanos Tena nos indica que Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. Este estudioso del Derecho considera elementos constitutivos del Delito a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Excluye de los elementos constitutivos del Delito a la imputabilidad por considerarle un presupuesto de la culpabilidad, a la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad, por considerarlas como consecuencias del Delito.¹⁸

El Maestro de referencia, afirma que la palabra Delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Los autores han tratado en vano de producir una definición de Delito con validez universal para todos los tiempos y lugares como una definición filosófica, esencial.

Como el Delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas, y, al contrario,

¹⁸ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 129 y 130.

acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, es posible caracterizar al Delito jurídicamente por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

La definición jurídica del Delito debe ser, naturalmente formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras.

El Maestro Ignacio Villalobos, citado por Castellanos Tena, nos explica lo siguiente:

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

En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, o concretarse a buscar

los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y, dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar ésta última como verdadero elemento del Delito, a reserva de desarrollar por su análisis todos sus aspectos o especies".¹⁹

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

Por su parte, Jiménez de Asúa considera que: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".²⁰

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

¹⁹ *Ibidem*. Págs. 131 y 132.

²⁰ Autores citados por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 133.

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

Celestino Porte Petit Candaudap define al Delito como conducta punible. Los elementos constitutivos del Delito son una conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad y a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad.²¹

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

Rafael Garófalo²², el sabio jurista del positivismo, define el Delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la

²¹ Autores citados por MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. *Teoría Legalista del Delito*. Editorial Porrúa. México 1994. 2ª. Edición. Págs. 39, 43 y 45.

²² Autor citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 126.

medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

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

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

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

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

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

"La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza, pero la esencia del Delito, la delictuosidad, es

fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, y de necesidad en la convivencia humana; por tanto no se puede investigar que es en la naturaleza el Delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa.

Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza, la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza".²³

El artículo 9º. Del Código Penal para el Estado de Querétaro, define el delito en estos términos:

²³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 126 a 128.

"El delito es la conducta típicamente antijurídica y culpable."

La anterior noción, a pesar de ser tan lacónica, no escapa al análisis, y si observamos, de manera entrelineada, contiene los elementos del delito, mismos que explicaremos a continuación, a reserva de hacer un análisis más amplio y detallado de dichos elementos en el capítulo siguiente.

Delito es la conducta. En esta noción debemos observar las dos especies de conducta, es decir, acción y omisión.

La acción es todo movimiento corporal, por ejemplo, disparar un arma de fuego.

La omisión significa dejar de hacer algo que se está obligado a hacer, por ejemplo, dejar de proporcionar alimentos a los deudores alimentarios.

Típicamente antijurídica y culpable. Las conductas que están acordes con lo previsto por la ley penal, son típicas y antijurídicas; la tipicidad significa la adecuación de la conducta al tipo penal; se habla de antijuridicidad, cuando nuestra conducta va contra los bienes que protege o tutela la ley penal.

Sólo aquellos sujetos que tienen la capacidad de entender los efectos de su conducta en el ámbito del Derecho Penal, pueden ser sancionados por la ley de la materia.

Quien actúa dolosa o culposamente, lesionando bienes jurídicos protegidos por la ley, será sancionado por la ley penal.

Quien nos ofrece el concepto de delito según la escuela clásica es el Maestro Fernando Castellanos Tena, en el siguiente tenor:

"Para Carrara, el delito consiste en la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los

ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".²⁴

²⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Págs. 58 y 59.