



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

E. N. E. P. ARAGON

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE COHECHO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

FRANCISCO ALBERTO RINCON VILLANUEVA



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DER960

R E C O N O C I M I E N T O

A MIS PADRES:

ALBERTO Y MARIA DE LA LUZ.
POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE ESTUDIAR
UNA CARRERA PROFESIONAL, DESPUES DE HABERSE PRI-
VADO DE MUCHAS DIVERSIONES POR MIS ESTUDIOS, AL-
TENER EL ANHELO DE VER A UNO MAS DE SUS HIJOS -
CONVERTIDO EN UN PROFESIONAL, A MIS TREINTA ---
AÑOS DE VIDA, LA CUAL A SU LADO LA HE VIVIDO --
MUY FELIZ Y CONTENTO Y QUE HOY LES BRINDO ESA --
SATISFACCION AUNQUE HAYA DESPERDICIADO PARTE DE DE
MI TIEMPO.

A MIS HERMANOS:

SARITA, RAFAEL, ARTURO, MIGUEL, SERGIO Y PATY.
A TODOS ELLOS LES DOY LAS GRACIAS POR HABERME --
BRINDADO SU APOYO, COMPRESION Y CARIÑO DURANTE
EL TIEMPO QUE VIVIMOS JUNTOS, AL IGUAL QUE POR--
SUS CONSEJOS Y REGAÑOS, YA QUE TAMBIEN ME HAN --
SERVIDO PARA PODER TERMINAR ESTE TRABAJO, A PE--
SAR DE QUE EN LA ACTUALIDAD CADA UNO DE NOSO---
TROS VIVE UNA VIDA INDEPENDIENTE.

A MI PEQUEÑA FAMILIA:

MI ESPOSA LILIA Y MI PEQUEÑA HIJA ANABEL.
ESPERANDO QUE SEPAN VALORAR CON EL TIEMPO, ESTE
ESFUERZO QUE ESTOY REALIZANDO PARA PODER SER UN
PROFESIONAL PREPARADO YA QUE LA RAZON DE MI VI-
DA, ES LA FAMILIA QUE ESTOY FORMANDO Y LOS LO--
GROS QUE TENGA EN ELLA VAN A SER SIEMPRE ÍMPUL-
SADOS POR USTEDES, PORQUE SIEMPRE SERAN MI MA--
YOR PREOCUPACION.

A TODOS MIS FAMILIARES:

YA QUE DE ALGUNA MANERA HAN INFLUIDO EN MI, PARA QUE PUEDA SEGUIR SIEMPRE ADELANTE, SUPERANDOME DIA A DIA Y NO DEJANDOME VENCER POR NINGUN OBSTACULO QUE SE INTERPONGA EN MI CAMINO.

AL LIC. BERNABE LUNA RAMOS:

QUIEN APARTE DE SER MI ASESOR EN EL PROCESO DE ESTE TRABAJO, SIEMPRE ME HA BRINDADO SU AMIS--TAD, GRACIAS A SU VALIOSA Y DESINTERESADA CO--LABORACION Y SIEMPRE BAJO SU ACERTADA DIREC---CION.

CAPITULADO SOBRE EL TEMA DEL
ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE COHECHO.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE COHECHO.

- a).- Roma.
- b).- Francia.
- c).- España.
- d).- México. (Códigos de 1871, 1929 y 1931)
- e).- Anteproyecto del Código Penal Mexicano.

CAPITULO II.

TEORIA DEL DELITO.

- 1).- Diversas corrientes.
- 2).- Elementos esenciales.
- 3).- Presupuestos del delito.
- 4).- Elementos del delito y sus aspectos negativos.
 - a).- Conducta o hecho - Ausencia de conducta.
 - b).- Tipicidad - Atipicidad.
 - c).- Antijuricidad - Causas de justificación.
 - d).- Imputabilidad - Inimputabilidad.
 - e).- Culpabilidad - Inculpabilidad.
 - f).- Punibilidad - Excusas absolutorias.

CAPITULO III.

ELEMENTOS DEL TIPO DE COHECHO.

- 1).- El tipo penal de cohecho.
- 2).- Elementos del tipo de cohecho.
 - a).- Deber jurídico o norma.

- b).- Bien jurídico.
- c).- Sujeto activo.
- d).- Sujeto pasivo.
- e).- Objeto material.
- f).- Conducta.
- g).- Resultado material.
- h).- Medios de comisión.

CAPITULO IV.

CLASIFICACION DEL DELITO DE COHECHO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

- a).- Clasificación en orden al deber jurídico.
- b).- Clasificación en orden al bien jurídico.
- c).- Clasificación en orden a la conducta.
- d).- Clasificación en orden al resultado material.
- e).- Clasificación en orden a los medios de comisión.

CAPITULO V.

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE COHECHO.

- 1).- Tentativa.
 - a).- Tentativa acabada.
 - b).- Tentativa inacabada.
 - c).- Concurso de personas.
- 2).- Clases de cohecho.
 - a).- Cohecho activo.
 - b).- Cohecho pasivo.
- 3).- Su penalidad.
- 4).- Atenuantes.

CAPITULO VI.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

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

No pretendo con la modestia del presente trabajo, a portar conceptos nuevos sobre el tema no queriendo decir con ello, que me limite a expresar únicamente los ya ampliamente conocidos en el campo jurídico.

Los problemas que en el ámbito nacional principalmente nos presenta la comisión del delito de cohecho y las solu ciones que la propia ley nos señala, están íntimamente relacionados entre si, ya que en el momento mismo de que el delito se comete, se han establecido con anterioridad las correspondien-- tes medidas aplicables al caso concreto, es decir, las normas - jurídicas que regulan la conducta humana.

Las conquistas logradas a este respecto, se deben - indiscutiblemente a la ardua labor desarrollada por los estudio sos del derecho en beneficio y respeto de las clases sociales, - pues es ampliamente conocido que los diferentes regímenes guber namentales siempre se han preocupado para resolver en la medida de lo posible, la situación legal del ciudadano y más aún, evitar que con la comisión de cualquiera de los multiples delitos- existentes, la economía nacional en cuanto a lo que se refiera a la conducta deshonestas tanto de sus funcionarios como del ser vidor público que sin ser funcionario propiamente dicho, perjudica con su conducta delictiva, la estabilidad económica nacional.

En el medio humano se nos presentan diversas formas de defensas y entre todas ellas surge una que por su relevancia no ha pasado inadvertida, ni aún en los albores de la humanidad y señalaré que es la defensa de sus intereses, sean sociales, económicos, políticos, patrimoniales, etcétera y es en este momento cuando surgen los proyectos las ideas creativas y -- por que no decirlo también, las reformas a todo lo creado en beneficio de la humanidad, pero que para su aplicación en relación al momento, se manifiesta un tanto cuanto obsoleta; ahora bien, la corrupción es una forma de manifestación de la conducta humana, con la salvedad de que dicha manifestación es típicamente culpable y es por ello que resulta difícil de controlar -- ya que depende de variados factores o situaciones personales -- que por una u otra causa, influyen en la comisión del delito de cohecho, dependiendo necesariamente de las cualidades del sujeto pasivo y de las exigencias por así decirlo, del sujeto activo, de lo que se deduce, que en todos los casos en los que estemos en presencia de dicha conducta, trataremos de corromper o cohechar al funcionario público, aunque en realidad esta no sea nuestra verdadera voluntad, sino porque por costumbre o por necesidad ofrecemos una remuneración económica si se nos facilitan los medios para realizar tal o cual fin, el que en otras -- condiciones no hubiese sido posible lograrlo, por lo que considero que cada vez la corrupción ha degenerado nuestras buenas -- costumbres, desde nuestros actos más simples de nuestra vida co

tidiana, hasta los más complicados hechos políticos, económicos o sociales de la vida común.

Ahora, hablar de cohecho resulta por una parte relativamente fácil y a la vez nos resulta también difícil; resulta fácil, ya que cuando se toca el tema de cohecho, las personas - que en él intervienen, lo mencionan como si se tratase no de un delito en realidad, sino un acto de comercio el cual, suponen - está sujeto naturalmente al mejor postor, sin importarles las - consecuencias que con ello llegasen a enfrentar o resultasen de dicha conducta; resulta difícil hablar de este tema, si se toma en consideración que la corrupción camina paralelamente al crimen, a la irresponsabilidad y por que no decirlo también, a la falta de preparación de los sujetos que en él intervienen y por eso resulta difícil hablar de este tema, en virtud de que - en realidad ya no se puede exponer nada nuevo a ese respecto.

Ahora bien, el delito de cohecho conocido vulgarmente como "corrupción", es ya mencionado en el Código Penal de -- 1871, y en él precisamente se habla ya de "un corruptor"; además de las penas que el citado ordenamiento imponía tanto al sujeto activo como al pasivo, pues señalaba en el artículo 1015 - sanciones un tanto más severas cuando por la comisión del tema - citado, se efectuara un acto injusto relacionado con sus funciones.

En la actualidad, desgraciadamente el delito de cohecho, en virtud de que se ha generalizado en forma escandalosa

provoca con ello, perjuicios de orden económico para nuestro ré
gimen gubernamental ya que, no en pocas ocasiones, el propio Es
tado es quién recibe las consecuencias del resultado de esta --
conducta dejando de percibir los ingresos que en realidad le --
pertenecen.

CAPITULO I.
ANTECEDENTES HISTORICOS.

El vocablo cohecho se deriva según unos, de la voz latina COEMTIO, que significa la compra en común o en mala parte; otros encuentran su origen en la voz latina COACTARE, esta quiere decir, forzar, obligar; y según otros encuentran su origen en la voz castellana CONHECHO, que quiere decir "acción simultánea de dos, o que uno ejecuta con otro". (1)

En el derecho medieval se le denominó a una forma de cohecho con el nombre de BARATERIA, o sea la venta de la -- justicia o "compra por parte del litigante, de un derecho que le corresponde". (2)

Sinónimo de cohecho, es la palabra CORRUPCION, según Escriche, es "El crimen de que se hacen culpable los que - estando revestidos de alguna autoridad, sucumben a los que tra tan de corromperlos, de suerte que la corrupción puede conside rarse como activa o pasiva; activa de parte de los corruptores y pasiva de parte de los corrompidos". (3)

Algunos también toman la palabra SOBORNO, como sinónimo de cohecho; pero éste no sólo es un delito de los jue-- ces y empleados públicos, sino también de los particulares que

-
- 1.- Vease cohecho Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche Madrid 1874.
 - 2.- Escriche Ob. Cit. Vease Barateria.
 - 3.- Escriche Ob. Cit. Véase Corrupción.

se dejan corromper con dádivas para hacer lo que se les pide aunque sea contra la justicia, como puede decirse del testigo que depone por interés,

a) .- ROMA.

Según la concepción de los romanos, no era admisible que determinada categoría recibiera recompensa alguna por cumplir las altas obligaciones de ciudadano, ya fuera miembro del consejo de seguridad o funcionario de éste ya que prestaban sus servicios gratuitamente; la gente ordinaria obligada al servicio de las armas, recibía su soldada, es decir, se le remuneraba por sus servicios, mas no a los oficiales. Al trabajador manual lo mismo que al escribiente se les pagaba; no así a los gestores de negocios ni a los procuradores.

El antecedente más remoto en la historia romana - al decir de Mommsen (4), " tuvo lugar en ocasión de unas quejas en el año 171 A.C. ante el senado romano, contra una porción de Presidentes de provincias que habían cometido una serie de extorciones y exacciones en dos provincias hispanas." Para conocer de estos hechos se nombraron en virtud de una orden del Senado, unos tribunales compuestos por cinco jurados de la orden Senatorial; para cada uno de los funcionarios acusados, - se nombró un tribunal de los ya mencionados, a los que se les confió el conocimiento de todas las quejas presentadas en con

4.- T. Mommsen D.P. Romano T-II Pág. 174.

tra del funcionario correspondiente.

De este procedimiento de carácter excepcional, -- surgió mas tarde, en el año 149 A.C. una comisión permanente de jurados, precedida por un Pretor cuyo objeto era el de ir en contra de la aceptación de dinero por parte de los magistrados.

Es hasta el año 81 A.C. cuando Sila promulga la ley "Repertundarum", para tratar de contener los abusos que en esta época se cometían con mucha frecuencia viniendo a ser esta ley, la primera de carácter permanente y que en una forma estable se instauró en todo el Imperio. El defecto mayor de la ley Repertundarum, fue que su aplicación era muy restringida, pues solo se aplicaba a un número bastante limitado de personas; tales como los Magistrados y a los hijos de éstos por las dádivas y regalos que recibieran mientras sus padres estuvieren ejercitando sus funciones.

Después tenemos la ley Julia Repertundarum, dada por Julio César en el año 59 A.C. durante su consulado. Esta ley de una manera mas rígida, castigaba a quienes cometían el crimen Repertundarum, y su vigencia perdura hasta los tiempos del Imperio.

La acción Repertundarum, no podía entablarse durante el imperio contra individuos que no estuvieren investidos con el carácter de funcionarios, salvo en el caso de quienes prestasen auxilio a éstos para la comisión del delito.

"Posteriormente los legisladores se aprovecharon-

de la ley Repertundarum para introducir junto a las prohibiciones de la extorsión y concusión, otros muchos diversos preceptos relativos a los funcionarios provinciales; pero el delito Repertundarum como se desprende de su mismo nombre y como lo exige respecto de una tradición segura, continuó consistiendo en el enriquecimiento indebido que con motivo de sus encargos cometían las personas que lo ejercían, oficial o semioficialmente; las funciones que por su carácter debían ser gratuitas!" (5).

El procedimiento que se seguía en un principio para entablar las acciones de Crimen Repertundarum eran de carácter privado; cuando un ciudadano quería interponer su acción, entendía de ella el Pretor Urbano, bajo la fórmula establecida al efecto, o sea bajo la "Legis actio per conditionem".

Tiempo después se formó una Pretura propia para que conociera y decidiera de los casos Repertundarum pudiéndose formular legalmente por los ciudadanos romanos la acción -- "Legis actio per conditionem".

b).- FRANCIA.

Dentro del derecho francés, bajo el nombre de delito de corrupción, encontramos al delito que estamos estudiando; el Código Penal de Napoleón de 1810, distingue si las ofertas, promesas, dádivas o presentes, habían sido dadas en jui--

5.- T. Mommsen Ob. Cit. Pág. 192.

cio o fuera de él, imponiendo diferentes penas muy severas, ya fuere uno u otro el caso.

c).- ESPAÑA.

Ya dentro del antiguo derecho español, en el Fuero Juzgo, en el libro Cuarto, Título Séptimo, ley Quinta, observamos que de una manera muy vaga, al hablar del delito de Prevaricación, se vislumbra de una manera poco precisa, el delito del que nos estamos ocupando. En una forma mas clara lo reglamentan las Partidas: en la ley 24, Título 22, de la Tercera Partida, que reza:

"Pero si el judgador diere Juicio tortizero (en pleito que no sea de justicia) por alguna cosa que le haya dado, o prometido sin la pena sobre dicha que de suso diximos, que deve haber aquel que judgare mal a sabiendas es tomado de pechar al Rey tres tantos de quanto recibió, dévelo pechar doblado al Rey; e sobre todo el juicio que así fuere vendido por precio nom deve valer, magller que aquel que fue dado por vencido nom se alzare del".

La ley 25, del Título 22, de la tercera Partida se refiere a la corrupción en pleito de justicia, preceptuando que quien cometía dicho delito dentro del juicio, debía ser -- desterrado para siempre del reino, y que todos sus bienes pasarían a poder del tesorero del Rey.

En la Novísima Recopilación encontramos también -- reglamentado en la ley 14, del libro cuarto, de la siguiente --

manera:

"Los alguaciles, escribanos y porteros no pueden tomar dinero, alhajas ni otra dádiva, de los litigantes ni de los procuradores, escribanos y agentes, ni de alguno de los reos, ni pactar con las partes agasajos o albricias algunas, - así en los juicios civiles y criminales"; y cuyas penas eran: - suspensión del oficio por 2 años y una multa cuando se tratase de la primera vez, pues la segunda se castigaba con 8 años de presidio, y confiscación de todos sus bienes.

La ley séptima, del libro noveno, establecía que los Alcaldes de las Alzadas, Corregidores y Jueces de las ciudades, villas y lugares, no tomaren ni en público ni a escondidas, ni por sí, ni por otros dones de ninguna persona, de los que entre ellos hubieren de venir a pleito, so pérdida del oficio la imposición de grandes penas.

Luego pasamos a nuestra exposición histórica al Código Penal Español del año de 1822, que dedicaba bastantes artículos al delito de cohecho y cuya construcción es muy semejante a la del actual Código Vigente Español, pues según Cuello Calón (6), "aquél Código y el de 1850 sirvieron de modelo al actual Código de 1944."

d).- MEXICO.

Con respecto a nuestra legislación mexicana, Anto

6.- E. Cuello Calón. D. Penal Español Parte Esp. T-I Pág.349
1944.

nio de Medina y Ormaechea en su obra titulada Código Penal Mexicano expresa: "Independientemente México de España, al influjo de una política que tenía por base la unidad de acción, se siguieron observando las que como buenas le impuso el conquistador, las leyes de los fueros, las partidas las de indias, las recopilaciones y aún los decretos de las leyes españolas, a la sombra de una costumbre no contrariada por el legislador, sirvieron de norma a los tribunales, de materia de estudio a los letrados y de obra de aprendizaje a las aulas". (7).

Y no es sino hasta el año de 1838 cuando se determina el periodo de unidad de nuestra legislación, porque en ese año el estado de Veracruz promulga su primer código.

En cuanto al Distrito Federal, conociendo el Ejecutivo de la Unión el mal que resultaba de considerar vigentes en la República leyes inadecuadas a su sistema de gobierno, el 28 de septiembre de 1868 encomendó a una comisión integrada por los licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel O. Montellano y Manuel M. Samacona, para que redactaran el código penal y así, el 7 de Diciembre de 1871, fué promulgado el primer Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la república sobre delitos contra la Federación.

7.- A. de Medina y Ormaechea C. Penal Mexicano Pags. 2,3 y 4

Estudiando el delito de cohecho y buscando sus antecedentes dentro de nuestra legislación mexicana, de Medina y Ormaechea (8) encuentra lo que el llama "sus motivos en la recopilación de las Indias, libro séptimo, título sexto y en las leyes del 13 de Agosto y 27 de Diciembre de 1853!"

El Código Penal de 1871, en el capítulo IV, título XI, artículos 1014 al 1025, trata el delito de cohecho; el 1014 nos define lo que se entiende por tal:

"La persona encargada de un servicio público, sea o no funcionario público, que acepte ofrecimientos o promesas o reciba dones o regalos, o cualquiera remuneración por ejecutar un acto justo de sus funciones que no tenga retribución señalada por la ley, será castigado con la suspensión del empleo de tres meses a un año y una multa igual al duplo de lo que recibió".

El artículo 1015 castigaba con sanciones mucho -- más severas; de uno a tres años, cuando con el hecho se efectuara un acto injusto, relacionado con sus funciones; el artículo 1016 prescribía que además de las penas aplicables por el delito de cohecho, si el acto injusto estaba tipificado como delito, se les aplicarían las penas de éste.

En otro artículo señala como agravantes del delito, que el cohechado fuese funcionario judicial, asesor, árbitro o perito, lo mismo que si el cohecho se verificaba a ins-

tancias del cohechado.

por cuanto se refiere a las penas a que se hacía acreedor - al corruptor, serían las mismas por regla general que las aplicables al cohechado según lo establecía el artículo 1022.

El artículo 1023, señalaba una excepción en el caso de que la pretensión del corruptor fuese justa y hubiere hecho el soborno a instancias del cohechado, se le impondría solamente una multa igual al monto del cohecho.

El Código Penal de 1929, en los artículos 582 al 592, reproduce casi textualmente el contenido del articulado del Código Penal de 1871 haciendo solamente modificaciones en cuanto a la forma de sancionar al corruptor.

Artículo 589.- Al cohechador en estos casos no se le aplicará sanción alguna, salvo cuando el cohechado no admita y denuncie el delito entonces se le aplicará al primero, la sanción correspondiente al cohechado.

Artículo 590.- Cuando la pretensión del cohechante sea justa, sólo se le hará amonestación.

En el Código Penal de 1931, sigue el criterio del arbitrio judicial, en materia de aplicación de las penas, el cuál consiste en:

" Fijar al pena libremente, dentro de un mínimo y un máximo fijados por la ley". (9).

Siguiendo este lineamiento, establece la misma pe

na, ya sea tanto para el corruptor, como para el cohechado, - dentro de un mínimo de 3 meses y un máximo de 5 años, el cuál está consignado en el artículo 218 que a la letra dice:

"El delito de cohecho se castigará con tres meses a cinco años de prisión y multa de dos mil pesos",

e).- ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL MEXICANO.

En el anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la república en materia federal, de 1931, establece en su artículo 206 lo siguiente:

"Al cohechador se le aplicaran las mismas sanciones de prisión y multa que se señalan para el cohechado, pero se le eximirá de toda sanción cuando denuncie el delito".

Como es de notarse, este artículo es muy parecido en contenido, al artículo 589 del Código Penal de 1929, pero en el anteproyecto ya existe una excusa absolutoria que ambos ordenamientos establecen, pues es menester que el corruptor - denuncie el cohecho; no sucediendo lo mismo en el Código de 1929, pues en éste la única condición para no sancionar al corruptor, es de que el cohechado no haya denunciado o admitido el delito.

Para Jimenez de Asúa, "las causas de impunidad en las excusas absolutorias, son hechos determinados por la ley, que sin borrar el carácter delictivo del mismo, sin suprimir-

la culpabilidad de su conducta, producen sin embargo una excepción de la penalidad que ordinariamente se asocia a la -- perpetración de una infracción". (10).

Ahora bien, dentro de los códigos penales las -- llamadas excusas absolutorias, no se consignan en la parte -- general de los códigos, sino que se encuentran dispersas en los artículos de la parte especial donde definen los tipos -- de los delitos, a diferencia de lo que ocurre en las formas -- atípicas y la ausencia de condiciones objetivas cuyo aspecto negativo no se fija en los códigos.

Las excusas absolutorias aparecen taxativamente admitidas junto al delito, en donde legalmente se perdona al delincuente.

Por ello es necesario adoptar una posición como la de éste anteproyecto del Código Penal, pues así, el funcionario aunque haya sido consumado el delito y el particular sea co-autor del mismo, estará siempre en peligro de ser denunciado, y por lo tanto ese temor a la denuncia, habrá de influir directamente en su conducta, disminuirá la práctica de éste delito, y a la vez habrá más denuncias por parte de los funcionarios públicos, de ofrecimientos indecorosos propuestos por los particulares, con el fin de comprarles su -- conducta futura.

10.- Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Pág. 580.

Anteriormente se decía, el delito de cohecho se -
hacía ordinariamente por los que con frecuencia trataban con-
los funcionarios públicos.

A este respecto nos dice el italiano Francisco Ca-
rrara, "No siempre el empleado se dirige a cara descubierta -
contra el particular diciéndole, o dame tal cantidad, o te --
doy una sentencia contraria. Estos modos son demasiado grose-
ros y por lo mismo son raros. El empleado venal no exige, pe-
ro hace comprender que recibirá, no amenaza, pero deja nacer-
el temor de su poder. Es entonces cuando el particular tenga-
o no justa razón para tener temor, ofrece dinero. No es el au
tor del pensamiento criminoso, pero se le ha hecho conocer --
que no basta tener razón sino que es preciso saber manejarse,
¿Es este un corruptor que merece castigo? o más bien una víc-
tima infeliz de la perversidad ajena". (11)

A. Quintano Ripollés al hacer el comentario del -
actual Código Penal Español, nos señala:

"La actual redacción del Código que prevee en el-
cohecho pasivo cierta actividad en la solicitud de la dádiva,
debiera acarrear como contrapartida una excusa absolutoria,
pues no hay razón alguna para que sea considerado como co-au-
tor de un delito, quien mas bien es una efectiva víctima. Así
lo hacia el Código de 1928 en el artículo 473, y entre los vi

11.- F. Carrara Programa No. 2556.

gentes el Cubano según el artículo 398, no sólo por consideraciones de estricta justicia, sino también por facilitar el descubrimiento de corrupciones de funcionarios, que se amparan en el fundado temor de sus víctimas, a ejercitar una acción en la que seguramente habrían de resultar otra vez perjudicados".(12)

12.- A. Quintano Ripolles. Comentarios al Código Penal "Madrid"
1946 T-II Pág. 213.

CAPITULO II.

TEORIA DEL DELITO.

1.- DIVERSAS CORRIENTES.

Desde que empieza la sistematización en los estudios sobre la materia penal, puede hablarse del período científico.

La etapa de la llamada Escuela Clásica empieza -- con el marqués de Beccaria y culmina con el ilustre Francisco Carrara, a quién se le considera como el padre de esta escuela.

Los clásicos se empeñaron en estudiar al Derecho Penal, desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico abstracto, señalándose como fundamentos básicos los siguientes:

- a).- Proclamó como método ideal, el lógico abstracto.
- b).- El delito es un ente jurídico, una creación de la ley.
- c).- Libre albedrio, que es la capacidad de saber escoger entre lo bueno y lo malo.
- d).- La Imputabilidad moral como consecuencia del libre albedrio.
- e).- La Tutela jurídica, porque la pena tiende a

conservar el orden legal." (1)

Posteriormente surge el Positivismo, como la negación radical de la Escuela Clásica, pretendiendo cambiar su -- criterio, y entre los fundadores de la Escuela Positivista, se encuentra a Cesar Lombroso, Enrique Ferri, Rafael Garófalo, -- quienes señalaban como principios básicos los siguientes:

a).- Adopta para estudiar el delito, el método Experimental, (combatiendo a Carrara).

b).- El delito es un fenómeno natural producido -- por el hombre dentro del seno social.

c).- Niegan el libre albedrio y proclaman el Determinismo. El hombre es responsable social y no moralmente, -- por lo que los imputables e inimputables deben responder por igual, destinando a los últimos en sitios especiales.

d).- La pena no es una tutela jurídica sino un medio de defenza social, constituyéndola la peligrosidad del delincuente.

Tratando de conciliar las posiciones opuestas de Clásicos y Positivistas, surge con Carnevale y Alimena, la tercera escuela, que fundamentalmente recoge de la escuela positiva, el método experimental; Niega el libre albedrio; y proclama el determinismo, negando que el delito sea un acontecimiento inevitable; Adopta el criterio de la defenza jurídica, viendo en la sanción un medio intimidatorio cuyo fin es la prevención general del delito.

"De la escuela clásica acepta únicamente, la distinción entre imputables e inimputables." (2)

Olvidado casi el positivismo, los estudiosos del derecho penal volvieron los ojos a la dogmática, único camino eficaz para encontrar y elaborar una verdadera teoría jurídica del delito.

2- "Aunque en algunos códigos se ha pretendido dar una definición del delito, en el cual se le hace consistir en: El acto u omisión que sancionan las leyes penales (Artículo 7- del Código Penal Vigente), tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos. Los propios autores del código de 1931, han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto anterior por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser como toda definición, una síntesis incompleta". (3)

Un concepto substancial del delito solo puede obtenerse dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal.

De éste, desprendemos que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, (pero consideramos debe incluirse la imputabilidad) por tanto, adopta--

2.- Fco. Pavón Vasconcelos Ob. Cit. Pág. 141.

3.- Ceniceros y Garrido. La ley Penal Mexicana Pág. 39 1934.

mos un criterio hexatómico, por cuanto consideramos son seis - los elementos integrantes del delito a saber:

a).- Conducta o hecho; b).- La tipicidad; c).- La antijuricidad; d).- Imputabilidad; e).- Culpabilidad; y f).- La punibilidad.

El número de elementos varía según la particular concepción del delito así, se habla de una concepción Bitómica, Tritómica, Tetratómica, Pentatómica, Hexatómica y Heptatómica, en razón del número de los elementos que lo conforman, de acuerdo al criterio particular de cada autor.

En efecto el artículo 7 del Código Penal Vigente, precisa el acto u omisión como formas de expresión de la conducta humana, a la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el resultado, integrando así un hecho.

La conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta-resultado-nexo causal) deben estar amenazados de una sanción penal (acto u omisión que sancionan las leyes penales); así, de la propia definición surge el elemento punibilidad ya referido. Como bien señala Jiménez Huerta, en la definición del artículo 7 del Código Penal Vigente, hállase implícito el elemento culpabilidad, formulado expresamente en el artículo 8 cuando precisa que los delitos pueden ser:

I.- Intencionales y II.- No intencionales o de im

prudencia. Se entiende por imprudencia, toda imprecisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

"El carácter antijurídico de dicho acto u omisión está también ínsito en la formula sintética de la ley, por ser igualmente, un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado de contrario al derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual". (4).

Dos corrientes opuestas pretenden establecer el criterio privatista del estudio del delito. La Concepción Totalizadora o Unitaria ve en él, un bloque monolítico imposible de dividir en elementos, el delito es un todo orgánico y comotal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia.

La Concepción Analítica o Atomizadora, lo estudia a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

Nosotros aceptamos la segunda concepción, la cual sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elemen-

4.- Mariano Jiménez Huerta. La Antijuricidad. Pág. 123.

tos, pues como bien dice Jiménez De Asúa "solo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis y en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes" (5).

X
DIVERSAS DEFINICIONES SOBRE EL DELITO.

Para Franz Von Liszt, el delito es un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.

Para Ernesto Von Beling, lo define como la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad.

Para E. Mezger, lo considera una acción típicamente antijurídica y culpable; concepto al que se adhiere Carlos-Fontán Balestra.

Para Max Ernesto Mayer, el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

Jiménez de Asúa lo estima como un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción.

El artículo 7 del Código Penal Vigente, como ya lo mencionamos anteriormente, establece: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Esta definición no ha escapado a varias críticas-

5.- Jiménez de Asúa. La ley y el delito. Pág. 225

de autores y estudiosos del derecho penal.

La doctrina Jurídico-Penal moderna, considera que a cada elemento del delito, corresponde un aspecto negativo el cual impide su integración.

ELEMENTOS.

Conducta o Hecho

Tipicidad.

Antijuricidad.

Culpabilidad.

Punibilidad.

ASPECTOS NEGATIVOS.

Ausencia de Conducta o de Hecho.

Atipicidad.

Causas de Justificación.

Inculpabilidad.

Excusas Absolutorias.

La imputabilidad, es la capacidad de entender y - de querer y no es el elemento del delito según dice Jiménez de Asúa.

Celestino Porte Petit, precisa la inexistencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud - de que éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vis- ta su indisoluble unidad. Asimismo niega la prioridad lógica, - pues la existencia del delito requiere de sus elementos y aun- que ellos guardan entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto según su opinión que no- sotros compartimos, es hablar de prelación lógica; "Habida - - cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un ele- mento del delito, debe antecederle el correspondiente, en aten- ción a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de -- que sea necesario que exista un elemento para que concurra el-

siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque -- ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando si es necesario para que el otro elemento exista". (6).

Posteriormente entraremos en el estudio detallado de cada uno de los elementos y sus aspectos negativos, dando una explicación de todos estos elementos.

2.- ELEMENTOS ESENCIALES.

Desde un punto de vista meramente formal, podemos distinguir dos clases de elementos constitutivos de los delitos a saber: Elementos esenciales y elementos eventuales.

Los elementos Esenciales del delito, son aquellos requisitos de hecho, cuya presencia es necesaria y suficiente para integrar la noción elemental del delito, como por ejemplo: la entrega del dinero o dádivas, el ofrecimiento de una promesa con el objeto de que dicte una resolución justa o injusta relacionada con sus funciones.

Dichos elementos son todos iguales y necesarios para la consumación del delito, la falta de uno de ellos, o hacer al hecho penalmente indiferente, o bien lo transfiere bajo un diverso título delictivo.

Los elementos eventuales del delito, son aquellos que aunque no son exigidos por la noción del delito, pueden sin embargo, concurrir a la integración del mismo, así por

6.- C. Porte Petit. Apuntes de la parte general de derecho penal I. Pág. 148.

ejemplo, el ofrecimiento de dinero propuesto por un funcionario a otro, o por un particular.

"En conclusión, los elementos esenciales son aquellos requisitos de hecho, nos dice Manzini, cuyo concurso es necesario y suficiente para integrar la noción elemental de un determinado título de delito." (7).

Según Massari, "son elementos esenciales aquellos elementos en cuyo concurso está ligada la existencia del delito y faltando alguno de ellos, falta jurídicamente el delito." (8)

3.- PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Los presupuestos se dividen, según Manzini, en -- Presupuestos del Delito y Presupuestos del Hecho.

Los Presupuestos del Delito, son aquellos elementos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos; a la existencia o a la inexistencia, de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trata.

En otras palabras, "Los presupuestos del delito - son los antecedentes lógicos y jurídicos, exigidos para que el hecho sea imputable por el título delictivo que se considera" . (9).

7.- Manzini. Tratado de Derecho Penal II Buenos Aires. Pág.45.

8.- Massari. Le Dottrine Generale del Dirritto Penale Pág. 664 - 1928.

9.- V. Manzini Ob. Cit. Pág. 37.

En los delitos como el cohecho pasivo, que exige en el sujeto activo principal, una determinada cualidad personal, (funcionario o encargado de un servicio público), ésta cualidad es presupuesto en el delito. La falta de la misma, lleva al hecho bajo otro título delictivo ejemplo: de peculado a abuso de confianza; de cohecho a fraude o a extorción.

Así es, nos dice Manzini que el presupuesto de todo título delictivo genérico, es que el hecho no esté previsto específicamente por otra norma incriminadora, a la cuál se deba dar.

Los Presupuestos del Hecho, son aquellos elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma, constituya delito. Si faltan, el cohecho como tal, no es punible por ningún título de delito.

Estos (los presupuestos del hecho), se distinguen de los elementos constitutivos del delito y de las condiciones de punibilidad, porque son necesariamente antecedentes al hecho, mientras que los otros son concomitantes o sucesivos.

El presupuesto del hecho, es idéntico a la descripción de la norma penal. La dádiva propuesta a un funcionario público constituye delito, si está prescrita por la ley como delito; es decir si llena todos los requisitos que de tipicidad se requieren para que dicha dádiva reúna las características del delito de cohecho.

Presupuestos jurídicos del hecho, " Son las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista. Así en las normas penales en blanco; presupuestos del hecho es la preexistencia de reglas particulares de derecho o de los actos administrativos a los que tales normas se refieren". (10).

Además se distinguen dentro de los presupuestos materiales del mismo, las condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. Estos presupuestos los podemos derivar ya sea de actos o de hechos jurídicos o bien, de situaciones de hecho.

En sustancia los presupuestos del hecho, en cuanto a su falta, determina la exculpación del hecho mismo, se pueden considerar como condiciones de ilegitimidad de dicho hecho. De lo anterior podemos sacar en conclusión, los presupuestos del delito son:

- 1.- El Deber Jurídico.
- 2.- El Bien Jurídico.
- 3.- El Sujeto Activo.
- 4.- El Sujeto Pasivo.
- 5.- El Objeto Material.

El notable penalista mexicano Porte Petit, "adopta una postura dual, aceptando tanto la existencia de presupuestos del delito como de la conducta del hecho (en razón de que el tipo puede describir una con

10.- Vincenzo Manzini Ob. Cit. Pág. 38

ducta o un hecho, se explica la expresión usada), los primeros son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descritos en el tipo, y de cuya existencia depende el título del delito respectivo. A su vez, los presupuestos del delito pueden ser generales o especiales, según tengan carácter común a todos los delitos, o sean propios de cada delito." (11).

4.- ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS.

En todos los delitos encontramos determinados elementos y a cada elemento positivo corresponde un aspecto negativo; en algunos hay circunstancias y en la mayoría de ellos se presentan determinadas formas de manifestaciones.

De esta forma vamos a analizar cada uno de los elementos del delito.

a).- CONDUCTA.- Respecto a ésta, se tiene que distinguir en delitos de conducta y de hecho. Los delitos de hecho se componen de: conducta, resultado material y nexo de causalidad. La conducta a su vez tiene un elemento psíquico y otro físico.

CONDUCTA	Elemento Psíquico.
	Elemento Físico.

Un ejemplo de delito de hecho, es el homicidio, con su elemento de conducta, con sus elementos psíquico-voluntad y físico-disparar. El querer disparar es la conducta, primer elemento del hecho, la muerte es el segundo elemento, pues es el resultado de esa conducta y por lo tanto hay que probar un nexo de causalidad entre el querer y el re

11.- Porte Petit Ob. Cit. Pág. 135-136.

sultado. El sujeto en el homicidio, quiere disparar, que es distinto de -- querer el resultado.

Así podemos hacer una clasificación de los delitos en órden a la conducta;

Se clasifican en delitos de ACCION.- Cuando el sujeto realiza un movimiento positivo, o sea un acto positivo, por ejemplo: arrojar una piedra, disparar una pistola, etc., son movimientos que realiza el -- cuerpo del sujeto con el fin de exteriorizar su voluntad.

Delitos de OMISION.- En éstos, el sujeto permanece inactivo respecto de alguna conducta esperada y exigida, por ejemplo en una carretera hay un accidente y un niño se está desangrando, y si el sujeto que pasa por ahí no lo ayuda, comete un delito, que es el de omisión de auxilio a una persona en peligro de muerte.

Los delitos de SIMPLE OMISION, son aquellos en los que el sujeto no hace lo que debe hacer, sin producir un resultado material, por ejemplo: el sujeto que deje sin ayuda a un niño abandonado en una carretera, aquí no se produce un resultado material.

Los delitos de COMISION POR OMISION.- Son aquellos en los que el sujeto no hace lo que debe hacer, pero aquí sí hay un resultado material por ejemplo: el guardavía que no hace el cambio de vía y por su inactividad se produce el choque del tren, que es el resultado material.

Otra clasificación de los delitos en órden a la conducta son, Unisubsistentes y Plurisubsistentes.

Los primeros, son aquellos en los que con un solo acto, se integra la conducta, por ejemplo: el sólo hecho de disparar del gatillo,-

de lanzar el cuchillo, aquí se integra la conducta con un sólo acto.

Los plurisubsistentes, se componen de varios actos y con ellos se integra la conducta, ejemplo: matar a una persona de varios disparos.

Otra clasificación es en orden al Resultado Material y son delitos de Daño.- En los que existe el delito cuando se produce una lesión efectiva al bien protegido.

Delitos de Peligro.- Son aquellos en los que no se lesiona efectivamente el bien jurídicamente protegido, por ejemplo: manejar en estado de ebriedad.

Otra clasificación serán los de resultado material y de resultado formal.

En los primeros se realiza un cambio en el mundo fenomenológico; En los segundos, sólo hay un resultado jurídico, por ejemplo: -- las injurias.

Otra clasificación serían los delitos Instantáneos y los Permanentes.- Los Primeros, son cuando el delito se consuma y se agota en un momento determinado, ejemplo: el homicidio, se comete en el momento en que se produce la muerte. Los segundos, son aquellos en los que la consumación no se agota, sino que se prolonga.

El aspecto negativo del primer elemento del delito (que es la conducta), es la AUSENCIA DE CONDUCTA y que se ve reflejada a través de:

A).- La fuerza mayor que proviene del exterior de la natu

raleza y comete un acto aparentemente delictivo, aquí no se comete delito, porque no hay conducta.

B).- La fuerza física irresistible y que es distinta a la fuerza mayor, por ejemplo: un hombre toma del brazo a una persona débil y la obliga a matar.

Algunos autores consideran el hipnotismo como ausencia de conducta; para algunos el fenómeno hipnótico solo se presenta en personas neuróticas y otros aceptan que se presenta también en las normales.

Para otros en el sueño hay una ausencia de conducta, por ejemplo: una persona se duerme en una casa ajena y con un movimiento rompe un valioso jarrón. Otros aceptan el sonambulismo, los actos reflejos instintivos y automáticos, como una ausencia de conducta.

b).- TIPICIDAD.

El tipo es la descripción que la ley hace de una conducta, estimando que lesiona o pone en peligro los intereses jurídicamente protegidos. La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo descrito en la ley. Son cosas diferentes, ya que una cosa es la descripción legal y otra es la adecuación al tipo.

Ocurre que en los tipos legales se exigen ciertos requisitos que sean comprobados y son:

1.- Determinada calidad en el sujeto activo.

- 2.- Determinada calidad en el sujeto pasivo.
- 3.- Determinada referencia de carácter especial.
- 4.- Determinada referencia de carácter legal.
- 5.- A veces se exige que la conducta se haya realizado por determinados medios.
- 6.- Objeto jurídico.
- 7.- Elementos subjetivos del injusto.

Y como ejemplos de cada requisito anterior, pondremos los siguientes, respectivamente:

- 1.- En el delito de peculado, el sujeto activo - debe tener la calidad de empleado público.
- 2.- En el estupro, se necesita que el sujeto pasivo, o sea la mujer, tenga menos de 18 años de edad y sea casta y honesta.
- 3.- En el delito de traición específica se re- - quiere que se ocupe un empleo en el lugar ocupado por el enemigo, y si no es así, entonces no se integra el tipo delictivo.
- 4.- En el infanticidio, requiere ser cometido -- dentro de las 72 horas de su nacimiento para que se pueda integrar la figura delictiva.
- 5.- En el delito de estupro, la obtención de la cópula debe ser por seducción o engaño. También en el delito de raptó, se exigen determinados medios que consisten, en que el apoderamiento debe ser con violencia, seducción o engaño.

6.- Algunos identifican al objeto jurídico con el objeto material.

7.- Para que pueda probarse la ilicitud de la conducta, es necesario que haya ciertos elementos subjetivos, por ejemplo: para que se integre el delito de atentado al pudor, se necesita que el sujeto satisfaga su deseo de carácter erótico.

El aspecto negativo de éste segundo elemento del delito, es la ATIPICIDAD o ausencia de tipo, que se da cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal.

ATIPICIDAD.- Es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad.

La primera, se presenta cuando el legislador deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que según el sentir general, debería de ser incluida en el catálogo de los delitos.

En cambio la ausencia de tipicidad, o atipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, ejemplo: Como en el caso de la cópula con mujer mayor de 18 años casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción y el engaño: el hecho no es típico, por falta de adecuación exacta a la descripción del tipo, donde precisa que para que se configure el delito de estupro,

la mujer debe de tener una edad menor de 18 años o hasta 18 años menos un día.

c).- ANTIJURICIDAD.

La antijuricidad, es la valoración que se hace de una conducta o hecho estimado, que lesiona o pone en peligro los intereses o los bienes jurídicamente protegidos.

Una conducta es antijurídica cuando va en contra del bien jurídicamente protegido.

El robo es un ilícito, porque lesiona al bien jurídicamente protegido, que es la propiedad o posesión.

El aspecto negativo de la Antijuricidad, son:

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Se encuentran reglamentadas en el artículo 15 -- del Código Penal Vigente, y son:

I.- Fuerza física.

III.- Legítima defenza.

V.- Deber o derecho legales.

VI.- Inculpable ignorancia.

VII.- Obediencia jerárquica legítima.

X.- Caso fortuito.

A continuación analizamos cada una de ellas respectivamente.

I.- Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible.

"Al decir IMPULSADO, se situa al sujeto en virtud de que se sufre un impulso, una fuerza de propulsión y que -- procede físicamente fuera del sujeto que la sufre e irresistible para él, al punto de que supere su voluntad propia de resistencia, incapacitándolo para autodeterminar su conducta y -- para actuar con autonomía también. Estas valoraciones normativas, corresponde hacerlas al juzgador como intérprete del común consenso social, pero en presencia del caso individual". (12)

"Para que proceda conforme al texto legal y a la doctrina, se necesita comprobar la existencia de una fuerza material, no moral; la que excluye los ímpetus o arrebatos pasionales, que sea exterior, ésto es, que provenga de otra persona lo cuál excluye los propios ímpetus de origen interno e irresistible y que anula por completo la libertad de obrar del acusado". (13).

III.- Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes -- de otro, repeliendo una agresión actual violenta, sin derecho y de lacuál resulta un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las causas siguientes :

Primera.- Que el agredido provocó la agresión -- dando causa inmediata y suficiente para ella.

Segunda.- Que previó la agresión y pudo fácilmen

12.- R. Carrancá y Trujillo. C. Penal Anotado 1972 Pág. 61.

13.- Anales de Jurisprudencia. T-IV Pág. 339.

te evitarla por otros medios legales.

Tercera.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa.

Cuarta.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

"La excluyente de legítima defensa, debe comprobarse de manera indubitable para que sea reconocida en un auto de formal prisión, y basta que exista algún indicio o dato que contrarie la deposición del acusado para que no proceda, - pues de lo contrario no sería posible la investigación posterior, además de que el inculpado está en la posibilidad de comprobar la eximente durante la instrucción". (14).

Presunciones legales de legítima defensa; se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, -- respecto de aquél que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quién sorprendiera en la habitación-

u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local -- donde se encuentren bienes propios o respecto de los que -- tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

V.- Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley.

"Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la Ley" (15).

VII.- Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación -- prevista en la ley como excluyente de responsabilidad cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial". (16).

15.- Sup. Corte J. N. Jurisprudencia. Def. 6a. Epoca. 2a. parte Num. 87.

16.- Sup. Corte J. N. Jurisprudencia. Def. 5a. Epoca. #193.

VI.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un ilícito, si ésta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conoció.

VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo.

El impedimento que nace de la ley, es por ello mismo irrecusable, o sea insuperable. Corresponde tan solo, como se desprende de su texto, a omisiones con causa legítima.

X.- Causar un daño por mero accidente sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

"La excluyente de caso físico se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho". (17).

d).- IMPUTABILIDAD.

Es la capacidad de entender y de querer, es el soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad; sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito.

17.- S. C. Just. N. Jurisprudencia Def. 6a. Epoca. 2a. Parte. Número 47.

El aspecto negativo de éste elemento, es la INIMPUTABILIDAD. Las causas de la inimputabilidad de naturaleza legal, son tres a saber:

1.- Estados de inconsciencia, permanentes o transitorios.

2.- El miedo grave.

3.- La sordo-mudés.

1.- Transtornos mentales permanentes, los encontramos reglamentados en el artículo 68 del Código Penal Vigente, que son: Los locos, idiotas, imbéciles, o los que su fren cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos, o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo.

En igual forma procederá el Juez con los procesa dos o condenados que enloquezcan, en los términos del Código de Procedimientos Penales.

"Según la teoría defensiva que inspiró al legis lador de 1931, los enfermos mentales por el grado de peligro que revelan, son tan responsables como quienes ejecutan un hecho punible en el completo uso de sus facultades psíquicas; pero de acuerdo con los principios de la responsabi lidad clásica, basada en la voluntad del agente de la infracción que consagra la constitución en el capítulo de ga-

rantías individuales, debe absolvérseles, por ser irresponsables, en virtud de no haber tenido conciencia del acto ejecutado, ya que otra cosa equivaldría a seguirles un proceso criminal ficticio sin que en realidad se cumpliera -- con las formalidades del procedimiento como son entre otras, que el acusado conozca bien el hecho punible que se le atribuye y esté en condiciones de aportar los datos que necesite para su defensa". (18).

En cuanto a los trastornos mentales transitorios o permanentes, los encontramos reglamentados en el artículo 15 Fracción II que dice: Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado tox infeccioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

"Es un error considerar que son de necesaria comprobación plena todas y cada una de las circunstancias que señala la fracción segunda del artículo 15 del Código Penal Vigente, para que opere la excluyente de responsabilidad". (19).

"El Juez tiene que decidir según su propio jui-

18.- Anales de Jurisprudencia. T-XI. Pág. 860.

19.- Anales de Jurisprudencia. T-XLIX Pág. 247.

cio y su propia responsabilidad, si la perturbación mental comprobada por los peritos, excuye o no la imputabilidad". (20).

2.- Miedo Grave.- Está contemplado en la fracción quinta del artículo 15 del Código Penal Vigente, que dice:

"El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro. de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

No se considera que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo, tenga el deber legal de sufrir el peligro.

"La violencia moral requiere la presencia de un peligro inminente por el que haya una disminución de la libertad electiva en el sujeto". (21).

En ésta excluyente, se habla de miedo grave y de temor fundado. El miedo grave, constituye una causa de inimputabilidad, en cambio, el temor fundado puede originar la inculpañilidad. El miedo va de adentro del sujeto -

20.- Anales de Jurisprudencia. T-I Pág. 51.

21.- Anales de Jurisprudencia. T-VII Pág. 555.

para el exterior y en el temor fundado, viene una fuerza exterior al interior del sujeto.

3.- La sordo-mudez.- La encontramos establecida en le artículo 67 del Código Penal Vigente, que dice: A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuelas o en establecimientos especial-para sordomudos, por todo el tiempo que fuese necesario para su educación o instrucción.

"Las ideas de deber, derecho, justicia, no las -adquiere un hombre sino mediante la comunicación que por el oído recibe de los demás hombres. El vehículo necesario para la comunicación de las ideas abstractas, es la palabra,- los otros sentidos pueden hacernos adquirir la noción del -derecho penal, de un hecho material, pero no la noción de -la justicia". (22).

e).- CULPABILIDAD.

Para que la conducta pueda ser conciderada delictuosa, no basta que sea típica y antijurídica, sino que a-demás necesita recurrir el elemento subjetivo que es la culpabilidad, Maggiore dice, la culpabilidad es la desobedien-cia conciente y voluntaria de la que uno está obligado a --responder a alguna ley.

Para Ignacio Villalobos , la culpabilidad 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 en una franca oposición en el dolo, o indirectamente por desatención nacidos del desinterés del mal ajeno, frente a los propios deseos.

La culpabilidad reviste dos formas, que son:

El dolo y la culpa; hay quienes afirman que hay una tercera forma que es la Preterintencionalidad, afirmación que compartimos también.

Hay dolo.- Cuando el sujeto encamina su voluntad consiente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito.

Hay culpa.- Cuando se obra sin instrucción, pero sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y tipificado en la ley.

Hay delito preterintencional.- Cuando el sujeto actúa con dolo respecto del resultado querido, y culpa, respecto del resultado producido. Por ejemplo: yo quiero golpear a un sujeto (respecto a esto, hay dolo), y lo golpeo y éste cae al suelo y se fractura el cráneo produciéndole la muerte (respecto del resultado producido, hay culpa).

Hay dolo directo, cuando el sujeto produce el resultado querido, el sujeto quiere matar y mata.

Hay dolo eventual, cuando el agente tiene el resultado producido y no lo quiere pero lo acepta en el caso de que se produzca. Ejemplo: Una persona va a robar y sabe que el velador del negocio está enfermo del corazón, y para

poder robar le da cloroformo, él sabe que con eso le puede producir la muerte, no quiere hacerlo pues sólo quiere robar, pero acepta su muerte.

El aspecto negativo de éste elemento, es la INCULPABILIDAD, que opera al hallarse ausentes los elementos de la culpabilidad.

Para muchos autores, llenan el campo de la inculpabilidad, primero.- El error, y segundo.- La no exigibilidad de otra conducta.

1.º.- Respecto al error lo podemos dividir, en error de hecho y de derecho.

El error de hecho, se clasifica en esencial y accidental, éste último abarca el error en el golpe, en la persona y en el delito.

Error de Derecho.- Se presenta cuando se tiene un malo e inexacto conocimiento de la ley, pero que es importante en virtud del principio que dice: "nadie invoca la ignorancia de la ley".

Error esencial.- Se presenta cuando el sujeto actúa antijurídicamente, creyendo actuar jurídicamente; ejemplo: Una persona que vende un inmueble creyendo que es el propietario, cuando en realidad no lo es.

Error accidental.- Es cuando recae sobre circunstancias esenciales de hecho sino secundarias.

Error en el golpe.- Se da cuando el resultado no

es precisamente el deseado, ejemplo: Juan dispara contra "X" persona, pero por mala puntería mata a "Z", es decir otra persona.

Error en la persona.- Es cuando el error recae sobre la persona objeto del delito, ejemplo: "X" queriendo disparar a "Z", lo confunde en la noche y al que mata es a "Y", a quien no se proponía matar.

Error en el delito.- Aparece cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado, ejemplo: Quieren matar a una persona, pero la dejan viva.

2º.- La no Exigibilidad de Otra Conducta.- Es difícil la aceptación o negación de su funcionamiento, sin embargo podemos decir que se presenta cuando el agente ejecuta una conducta típicamente antijurídica, en condiciones tales que se considera inexistente la posibilidad de optar por otra conducta.

Las formas más conocidas y generales como causas de no exigibilidad de otra conducta, son:

I.- El estado de necesidad, que se encuentra establecido en la fracción quinta del artículo 15 del Código Penal Vigente.

"El estado de necesidad es de una condición tal que la salvación de la persona o de los bienes, hace indispensable la ejecución de un acto que por sí mismo sería delictuoso". (23)

"El estado de necesidad como exculpante, presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados, e impone el sacrificio de uno, para que pueda subsistir el otro" (24). ejemplo: El aborto en estado de necesidad.

II.- Encubrimiento entre parientes, artículo 15-fracción novena que dice: "Ocultar al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso siempre que se trate de: a).- Los ascendientes y descendientes-consanguíneos. b).- El cónyuge y parientes colaterales por-consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo. y c).- Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

El parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad o civil (adopción).

III.- La inculpable ignorancia, contemplada en el artículo 15 fracción sexta que dice: Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido - si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar.

"La inculpabilidad supone la ausencia de dolo y de culpa o imprudencia, lo mismo cabe decir del aumento de

gravedad de un hecho cuando se debe a circunstancias del ofendido, ignoradas por el acusado". (25).

f).- PUNIBILIDAD.

Podemos definirla como la calidad de una conducta que se hace merecedora a una sanción penal que se ha puesto en tela de juicio, si la penalidad constituye o no, un elemento del delito.

Jiménez de Azua, sostiene que la punibilidad, sí es un elemento esencial del delito.

Por su parte Porte Petit, sostiene que la punibilidad no es un elemento esencial del delito, y es porque en nuestro derecho existen delitos sin pena, como es el caso del robo entre ascendientes y descendientes, en éste caso no deja de existir el delito, solo que a la sociedad por encima de un castigo, le importa conservar el núcleo familiar y en base a esto, no castiga el delito de robo en estas circunstancias y se usa como excusa absolutoria.

También puede llevarse a cabo la comisión de un delito sin que el agente que lo cometió se le sancione por cualquier circunstancia, es decir, queda impune porque no se localiza, o como sucede algunas veces en que se dan a la fuga.

El aspecto negativo de éste elemento, son las EXCUSAS ABSOLUTORIAS, siendo aquellas situaciones en las que por razones de política criminal, la ley considera que se está frente a un hecho típico, antijurídico, culpable y punible en concreto y en la que no se debe aplicar la pena, precisamente por razones de política criminal.

Estas circunstancias son de dos clases: a).- Agravantes, que hacen aumentar la punibilidad del delito. y b).- Atenuantes, que disminuyen la punibilidad del delito.

No todos los delitos tienen atenuantes o agravantes, unos solo tienen agravantes, como es el caso del robo; y la mayoría no tienen ninguna de las dos. Las excusas pueden ser:

1).- Excusas en razón de la conservación del núcleo familiar ejemplo: Los arts. 377, 385 y 390 del Código Penal Vigente.

Art. 377.- El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo o por éste contra aquel, no produce responsabilidad penal contra dichas personas. Si además de las personas de que habla éste artículo, tuviere intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta la excusa absolutoria pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido.

Art. 385.- El delito previsto en este capítulo (abuso de confianza), solamente se perseguirá a petición -

de parte ofendida siendo aplicables en lo conducente los artículos 377 y 378 del Código Penal Vigente.

Art. 390.- Son aplicables al fraude los arts. 377 y 378, cuando es entre parientes.

2).- Excusa en razón de la maternidad consiente según el artículo 333 del Código Penal Vigente.

Art. 333.- No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

3).- Excusas por encubrimiento, según el artículo 280 fracción II, y el art. 151 del Código Penal Vigente.

Art. 151.- El artículo anterior (evasión de presos) no comprende a los ascendientes, descendientes, descendientes, cónyuges o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto en el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas, o fuerza en las cosas.

Art. 280.- F-II.- Al que oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulte el cadaver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia.

En éste caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del respon-

sable del homicidio.

CONDICIONALIDAD OBJETIVA DE PUNIBILIDAD.

Son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Estas no constituyen un elemento esencial del delito, en razón de que ocasionalmente se establecen en la ley, no siendo aplicables a la mayoría de las figuras delictivas. ejemplo: Lo consignado en el artículo 377.

CAPITULO III.

ELEMENTOS DEL TIPO DE COHECHO.

1.- EL TIPO PENAL DE COHECHO.

El delito de cohecho se encuentra consagrado en el libro segundo, título décimo, correspondiente a los "delitos cometidos por funcionarios públicos", capítulo IV.

Se encuentra establecido en el artículo 217 del Código Penal Vigente y lo define de la siguiente manera:

"Comete el delito de cohecho:

I.- La persona encargada de un servicio público-centralizado o descentralizado, o el funcionario de una empresa en que como accionista o asociado participe el estado, que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva o acepte una promesa directa o indirectamente para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

II.- El que de manera espontánea de u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que éste haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones"

De la simple lectura del artículo anterior, se desprende que hay dos clases de cohecho, que son: el Cohecho Pasivo y el Cohecho Activo, estas clases de cohecho las estudiaremos más ampliamente en el capítulo V.

2.- ELEMENTOS DEL TIPO DE COHECHO.

Entendemos por tipo, la figura elaborada por el legislador con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos.

Si hacemos un examen de la fracción primera del artículo anterior, podemos distinguir los siguientes elementos:

A).- La persona encargada de un servicio público.

B).- Que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa directa o indirectamente.

C).- Para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto.

D).- Relacionado con sus funciones.

Ahora bien una vez que hemos disgregado los elementos anteriores estudiaremos cada uno de ellos.

A).- La persona encargada de un servicio público: A este respecto, tenemos que precisar quién es el sujeto activo del cohecho. Si examinamos las legislaciones extranjeras, observamos que la mayoría incluyen como sujetos de este delito a los funcionarios públicos; así por ejemplo, el Código Español de 1850 nos dice: "El funcionario público -- que solicitare o recibiere por sí o por persona intermedia-
ria, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa, - por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su -- cargo". A diferencia de nuestro Código Penal Mexicano, ano-

ta que el sujeto activo es "el funcionario público", y en otro precepto para fijar qué debe entenderse por funcionario público dice: "Se considera funcionario público a toda persona que por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de las funciones públicas". Resolviendo de ésta manera, cualquier duda sobre el concepto del sujeto activo de este delito.

En la legislación penal mexicana, el Código Penal de 1871 en su artículo 1014, al igual que el Código Penal de 1929 en su artículo 582 (copia exactamente el artículo del Código anterior), preceptuando: "Toda persona encargada de un servicio público sea o no funcionario público... etc.". De la lectura de estos preceptos nos damos cuenta, que en estos dos códigos no era requisito esencial que el sujeto activo del cohecho fuera o no funcionario público, sino simplemente encargado de una función pública independientemente de que fuese funcionario.

Ahora bien, del estudio de la fracción primera -- del art. 217 del Código Penal Vigente, nos dice: "Cometen el delito de cohecho: las personas encargadas de un servicio público; Pero cabe hacerse la siguiente pregunta, ¿Que personas encargadas de un servicio público son sujetos activos dentro de nuestra legislación penal?.

"El cohecho es un delito activo o pasivo de co--

rupción de funcionarios, empleados o comisarios públicos, consistente en la venalidad o tráfico de sus funciones. -- Sus condiciones legales son: El agente debe tener una calidad oficial, es decir, ser encargado de un servicio público (funcionario, empleado o comocionado público), y poco interesa el carácter permanente o transitorio de su cargo." (1).

Dada la tipicidad y características especiales, nos podemos percatar que sólo pueden ser cometidos esta -- clase de hechos delictuosos, por funcionarios y empleados-públicos, unos y otros de categorías jerárquicas diversas, que prestan sus servicios al gobierno federal o a una empresa de participación estatal, o al distrito federal y -- los que previamente a la toma de posesión del cargo o empleo, hayan otorgado la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen, en cumplimiento de lo que previene el artículo 128 de la Constitución que dice: "Todo funcionario público sin excepción alguna, antes de -- tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen".

La terminología legal, usa las expresiones de -- empleado y funcionario, siendo cuestión muy debatida dentro de la doctrina del derecho administrativo (a quien co

responde el estudio de este problema) señalar cuales son las características que los distinguen.

Señala Gabino Fraga, que existen muy variadas y diversas opiniones para precisar el concepto de ambos, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1.- "Se ha dicho que los funcionarios públicos son los que tienen poder de decidir y ordenar, en tanto -- que los empleados son meros ejecutores." (2). Y en páginas anteriores señala Gabino Fraga, que cuando se está ante un personaje investido de facultad de decisión y de ordenar, nos encontramos frente a una autoridad.

2.- "Sin embargo creemos que la noción de funcionario no se confunde completamente con la de autoridad, -- pues tendremos oportunidad de señalar que mientras que todos los funcionarios son autoridades, no todas las autoridades son funcionarios." (3).

3.- Y por último se dice que la nota separativa entre el concepto de un empleado y un funcionario es que: "El primero, supone un encargo especial transmitido en principio por la ley que crea una relación externa, dándole al titular un carácter representativo; mientras que en el Segundo, solo supone una vinculación interna, que hace que -

2.- Gabino Fraga. Derecho Administrativo. 3a. Edición Pág. 334.

3.- Gabino Fraga. Ob. Cit. Pág. 336.

el titular concurra a la formación de una función pública." (4).

"Por nuestra parte consideramos que éste último criterio de los señalados, es el que corresponde realmente a la idea consignada en las disposiciones constitucionales de tal manera, que examinando cada uno de los casos enumerativamente fijados por los preceptos a que nos referimos en un principio, se encuentra que todos ellos tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el estado y los particulares, en tanto que indudablemente existen al lado de ellos todo el conjunto de los agentes de la administración que sólo guardan la relación interna con el servicio necesario para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus facultades". (5).

B).- Que por sí o por interpósita persona, solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva o acepte una promesa directa o indirectamente.

Habíamos visto al estudiar el primer elemento del delito que nos ocupa, que solo podían ser sujetos activos del mismo, los funcionarios públicos. En el Código Penal de 1931 a diferencia de los otros dos códigos anteriores, no es necesario que el funcionario solicite, reciba o

4.- Bielsa. Derecho Administrativo. 1938 T-II Pág. 23.

5.- Gabino Fraga. Ob. Cit. Pág. 337.

accepte por sí, es decir, personalmente el dinero, las dádivas o bien las promesas, puede hacerlo por medio de una -- tercera persona intermediaria, que nuestro Código Penal de nomina interpósita persona, más en este caso, es menester que el funcionario haya conocido y aceptado el pacto, que haya intervenido como parte, consintiendo la solicitud, o bien aceptando las dádivas u ofrecimientos hechos indirectamente; debiendo los tribunales no confundir los dos delitos diferentes: El cohecho, que existirá en el caso en que la tercera persona que interviene, lo haga con autorización y consentimiento del funcionario; y el otro delito sería el de Fraude, que tendrá lugar cuando la relación entre esa tercera persona y el funcionario es supuesta, con el fin de engañar a la persona que inocentemente entrega la dádiva o hace la promesa.

Se pregunta Pacheco, si no habrá también cohecho cuando la dádiva se hiciere a la mujer e hijos del empleado público que está bajo su autoridad y viven en su -- compañía y se contesta diciendo: "Que si la ley no lo expresa, lo expresa la razón y no se puede poner en ello la menos duda". (6). A su juicio, ese es un recurso de fraude contra la prohibición de la ley y es un recurso grosero a graga- en el que caería. De este modo, ni habría necesidad

6.- Pacheco. Código P. Español. T-II. Pág. 490.

de probar tal fraude, porque estaria probado por si mismo.

La cuestión planteada no puede presentarse en leyes que como la nuestra se refieren expresamente a la intervención de personas intermediarias; lo que equivale a decir que la dádiva solicitada o recibida y la promesa aceptada por el funcionario público mediante interpósita persona, tiene el mismo significado que el dinero o dádiva solicitado o recibido, o la promesa aceptada personalmente por el funcionario público.

Así pues, la primera forma de acción que señala la Fracción I del artículo 217 del Código Penal Vigente, es la solicitud hecha por parte del funcionario, o bien por interpósita persona. Esta forma de acción constituye una novedad en la legislación penal mexicana, siendo nuestro código penal de 1931 el primero que introduce la solicitud, como una forma de acción del delito de cohecho pasivo, a diferencia de las demás legislaciones que solo señalan la recepción de dinero o dádivas y la aceptación de promesas. Esta forma de acción (la solicitud indebida), ha sido criticada por los autores, pues dicen que encaja más entre la forma de acción del delito de Concusión que en el delito de Cohecho, lo que no es muy exacto, pues en el delito de concusión se exige indebidamente por el funcionario público, una cantidad de dinero a título de im puesto, retribución, renta, rédito, salario o emolumento; sien

do una especie de extorsión en la que el temor a la autoridad actúa como elemento coactivo.

"El delito de cohecho pasivo en esta primera forma - de acción, se consuma con la simple solicitud, viniendo a formar parte de los llamados delitos formales, que son aquellos - en los cuales para su consumación no se requiere la producción de ningún evento extraño o externo a la acción misma - del sujeto". (7).

A diferencia de los llamados delitos materiales, en donde es menester la producción de un resultado externo, que si bien se vincula casualmente con la acción del sujeto activo, constituye un evento distinto y posterior a la acción misma.

En consecuencia, en el momento en el cual el sujeto activo del delito de cohecho pasivo exterioriza su voluntad, - a través de la solicitud hecha al particular, se consuma el delito antes mencionado.

La segunda hipótesis enunciada por la fracción primera del artículo 217 del Código Penal Vigente, es la de que cuando el encargado de un servicio público, o el funcionario de una empresa de participación estatal, reciba dinero o cualquier otra dádiva; o como decían los códigos penales de 1871- y 1829; que el encargado de un servicio público recibiera do-

7.- Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino. 1944 T-I P.277.

nes, regalos o cualquier otra remuneración. Así pues, en esta segunada hipótesis, siguiendo al código penal vigente, el funcionario puede recibir dinero o en su defecto cualquier otra-clase de dádiva.

En cuanto a la recepción de dinero, no creo que pueda existir ningún problema en cuanto a la configuración del delito, como acontece respecto a la aceptación de dádivas.

"Las dádivas pueden ser de cualquier clase, consistir en dinero, en bienes muebles o inmuebles, en joyas, en una palabra pueden consistir en cualquier objeto apetecible".- (8). Poco importa el valor del presente, también es indiferente para la existencia del delito, que no sea posible determinar la cuantía de las dádivas.

Pero la cuestión no se presenta de una manera tan sencilla, sino que ha venido a ser objeto de grandes estudios y discusiones entre connotados penalistas, mientras algunos autores conciben como dádivas, en sentido penal, solamente las que proporcionen un goce material. Otros para determinar la existencia de un beneficio, parten de un punto de vista subjetivo que viene siendo en cualquier sentido, mucho más amplio que el anterior, pues en este se puede prescindir de considerar la naturaleza del "don" y de su monto, para comprender todo aquello que al sujeto se le presenta como codi-

ciable.

Si no hay solicitud o recepción de dinero o dádivas, o aceptación de una promesa, no hay delito. "Cuando el funcionario realice el acto constitutivo del delito de cohecho cediendo a ruegos o súplicas, o bien movido por el odio o simpatía, o por otro móvil que no sea el lucro, no hay cohecho." (9). La existencia de esas dos corrientes opuestas, han dado motivo a grandes discrepancias.

Para nosotros, al referirse la ley a dinero o dádivas, se limita la misma, a la entrega de algo con valor económico.

No es el caso de identificar la dádiva con la donación en el sentido técnico del Derecho Civil, pues muchas de las acciones excluidas del concepto "donación", pueden constituir verdaderas dádivas corruptoras con un valor económico -- perfectamente claro. Deben considerarse eliminadas las cuestiones referentes al monto, en principio, las pequeñas retribuciones que en cierto tiempo se consideraban excluidas, no pueden descartarse, porque su poder cohechante depende efectivamente de que tenga carácter retributivo en el acuerdo celebrado y sobre todo, que por ese carácter sean apreciadas por el funcionario y recibidas para realizar el acto.

Según Cuello Calón, el delito está constituido:

9.- E. Cuello Calón. Ob. Cit. Pág. 363.

1.- Por el hecho de admitir regalos. Para la existencia del delito, basta con que se reciban los regalos que le fueron presentados, sin que sea preciso por parte del funcionario, exigencia alguna; es menester que los regalos tengan un valor intrínseco.

2.- Que los regalos sean presentados al funcionario en consideración a su oficio, es decir, que sean presentados después que el funcionario ha realizado el acto de su función y en agradecimiento al mismo; o con el ánimo de predisponer a favor del donante, al funcionario para cuando haya de ejecutar los actos propios de su oficio. El delito existe aun cuando los actos realizados por el funcionario, se ajusten a los deberes que su cargo le impone.

3.- Intención delictuosa, constituida por la conciencia en el funcionario, de que las dádivas le son presentadas en consideración a su oficio.

Debe tenerse por regla de la más estricta moralidad del funcionario público, el no permitir de manera alguna, que en atención a su calidad de empleado, puede hacérsele presente de ningún género, especialmente mientras desempeña funciones públicas.

Respecto a la aceptación de una promesa directa o indirecta, ésta deberá ser aceptada directamente por el funcionario o empleado público, o bien por una tercera persona con -

consentimiento de dicho funcionario o empleado público. La promesa deberá consistir en algo que constituya una dádiva, en algo que constituya la esperanza de liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto.

La configuración y consumación del delito de cohecho pasivo, se opera con el hecho de solicitar, recibir, dinero o dádivas o aceptar la promesa.

La corrupción nos dice Carrara, queda consumada con el contrato, puesto que en nada se refiere a la lesión del patrimonio privado. Es también indiferente que después de haber recibido la dádiva, el encargado de un servicio público haya o no ejecutado el acto para cuya obtención, el particular le había dado.

C).- Para Hacer o dejar de Hacer algo justo o injusto.

La solicitud, recepción de dádivas o dinero, o la aceptación de una promesa por parte del funcionario público, deben ser para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones. De esta manera quedan eliminadas por nuestra ley, las cuestiones que se suscitan acerca del pago posterior al cumplimiento del acto y al cese de la función con respecto a los actos cumplidos durante el desempeño de aquella. Para nosotros debe existir un trato anterior al acto y entre el trato y el acto, debe mediar una relación de carácter

interno psicológico; la solicitud, el pago o la promesa, han de ser hechos o recibidos en consideración a una conducta futura del encargado del servicio público. El pago por el acto cumplido, no está comprendido dentro de esta fracción.

No es necesario que el acto requerido del funcionario o empleado público, sea arbitrario o injusto, tampoco es necesario que su ejecución u omisión, importe una relación en contra de sus deberes. Lo que la ley sanciona, es el tráfico criminal que el funcionario ejecuta, recibiendo pago, por hacer o dejar de hacer algo que le es inherente al cargo que desempeña; no siendo lícito solicitar, o recibir dinero o dádivas, ni aceptar promesas para ejecutar actos que les conciernen, justo o injusto lo que reciban, si obran obedeciendo al estímulo del lucro, deben ser castigados.

El actual código Argentino, se aparta de la línea seguida por los códigos que lo anteceden, en los cuales se hacía la distinción entre el cohecho pasivo propio y el impropio esto es, según el Juez, diere por precio una sentencia injusta o una sentencia justa. El Código Penal Argentino de 1887, en el caso de la sentencia criminal condenatoria, seguía un principio Talional, cuando había mediado cohecho de por medio, -- pues hacía acreedor al Juez, de la misma pena que había impuesto.

En nuestra legislación penal mexicana, los códigos penales de 1871 y 1929, distinguían el hecho de que el co

hechado fuera Juez, jurado, asesor, árbitro, arbitrador o perito, teniéndose dicha calidad como agravante de cuarto grado. - Aunque el delito cometido por los jueces asume proporción de a gravación con respecto al cometido por los demás funcionarios, y hay justos motivos para aumentar la gravedad de la pena; no por ésto la naturaleza del delito ha cambiado. El Juez que ha recibido o aceptado la promesa para dictar una sentencia justa o injusta, ha corrompido la administración de justicia, es decir, se ha lesionado al bien jurídico protegido por el delito de cohecho; la lógica exige que esto que se reconoce en el acto del empleado o funcionario cohechado como delito de cohecho pasivo, se reconozca como tal en el Juez.

D).- Relacionado con sus funciones.

El acto que está en conexión con la dádiva o promesa, ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario o encargado de un servicio público, si es extraño a su cargo, si no está relacionado con las atribuciones que las leyes o reglamentos confieren al funcionario, si es impropio de su competencia, dará vida a otro tipo de delito; podrá constituir un fraude o cualquier otra figura delictiva, más nunca el delito de cohecho.

El bien protegido por este delito, es el interés que el Estado tiene de que todos sus agentes, en su esfera propia, cumplan con los deberes concernientes a sus respectivos - cargos, en tal virtud, una de las notas características del de

lito que tratamos, resulta del tráfico que constituyen el ejercicio de las funciones públicas.

Según se ha visto, la forma de cohecho que hemos venido analizando en la fracción anterior del artículo 217 del Código Penal Vigente, corresponde a lo que se le da el nombre de cohecho pasivo; nos resta estudiar la otra forma que asume el cohecho, o sea el llamado delito de Cohecho Activo, es decir, al hecho de corromper o sobornar al funcionariao público, para que realice actos relacionados con sus funciones, o bien se abstenga de realizarlos.

Las dos leyes penales mexicanas anteriores, la de 1871 y la de 1929, no definían el cohecho activo, sino que solamente establecían que al corruptor se le aplicarían las mismas penas, por regla general, que al cohechado. El código penal de 1871 en su artículo 1022, preceptuaba: "El corruptor en los casos de que hablan los artículos anteriores, sufrirá por regla general, las mismas penas que el cohechado, menos la suspensión del empleo e inhabilitación". El código penal de 1929, nos habla de las sanciones en que incurre el cohechador en sus artículos 589 y 590, sin definir qué es cohecho activo.

Respecto a la fracción II del artículo 217 del Código Penal Vigente, podemos desglosar los elementos necesarios para la integración del delito, y son:

1.- Dar u ofrecer, directa o indirectamente dádivas.

2.- A la persona encargada de un servicio público o a un funcionario de una empresa de participación estatal.

3.- Para que haga u omita un acto justo o injusto.

4.- Que esté relacionado con sus funciones.

Analizaremos a continuación cada uno de los elementos anteriores:

1.- Dar u ofrecer directa o indirectamente dádivas.- Se refiere al sujeto activo del delito y que puede ser -- cualquier persona, con tal de que su conducta se encuentre justificada dentro del delito que estamos tratando, a diferencia del cohecho pasivo, que el agente esté revestido de una determinada personalidad, como el ser funcionario o encargado de un servicio público.

No es menester que la entrega o la promesa, se hagan directamente al encargado del servicio público, sino que pueden (como ya se expresó al estudiar el cohecho pasivo), hacerlo por intermedio de una tercera persona, es decir indirectamente.

El cohechador debe corromper al encargado del servicio público mediante la entrega u ofrecimiento de cualquier dádiva. Observamos que en estas formas de acción, la entrega y el ofrecimiento, guardan un paralelismo con el cohecho pasivo; pues lo que en la corrupción pasiva se llama recibir, en la corrupción activa se llama dar, y el aceptar una promesa, viene a ser el ofrecimiento de la misma, quedando solamente excluido

en éste paralelismo, la primera forma de cohecho pasivo, o -- sea la solicitud por parte del funcionario o encargado del ser vicio público.

2.- A la persona encargada de un servicio público o a un funcionario de una empresa de participación estatal.- - Las dádivas o presentes, deben ser hechas al funcionario o encargado de un servicio público. Resalta a simple vista, que el legislador amplió el radio de acción del delito, pues su alcance abarca no sólo a los funcionarios públicos, sino a toda persona que esté encargada de un servicio público, independientemente de que sea o no funcionario.

Se entiende por servicio público: "La actividad en caminada a satisfacer concretamente una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por - virtud de regulación especial del poder público, deben ser regulares y continuas". (10).

Pero si en vez de dádivas o promesas, se emplean amenazas o ruegos para que el funcionario público haga u omita determinada acción, el hecho no integrará el delito de cohecho como sucede en el Código Penal Francés, al declarar en su artículo 176, la existencia de este delito no solamente mediante -- promesas o presentes, sino también por medio de vías de hecho y amenazas. Análogo criterio se manifiesta en los códigos pena

10.- Gabino Fraga. D. Administrativo 3a. Edición Pág. 27 y 28.

les de Bélgica (artículo 252) y de Noruega (artículo 128). El de Alemania solo se refiere a la oferta o entrega de regalos u otros presentes a funcionarios, o individuos pertenecientes a la fuerza armada; y el código penal Italiano sanciona el hecho de ofrecer dinero o cualquier otra utilidad.

3.- Para que haga u omita un acto justo o injusto.

El ofrecimiento o entrega de dádivas, deben estar - encaminados a corromper al encargado del servicio público, es decir, comprar su conducta futura, para que haga u omita un acto justo o injusto.

.Ya nos referimos sobre este particular, al estudiar el delito de cohecho pasivo. Es importante subrayar que el código penal Italiano, en su artículo 321, establece lo que la - doctrina italiana ha llamado "Cohecho activo subsiguiente", (1) que consiste en dar al funcionario, dinero o una utilidad por haber obrado contra sus deberes, o por haber omitido o retardado un acto relativo a sus funciones.

4.- Que esté relacionado con sus funciones.

Si la entrega u ofrecimiento de dádivas no es específicamente para que ejecute un acto relacionado con las funciones que le son propias al desempeño de su cargo, no estará constituido el delito de cohecho pasivo, al exigirse que el -- funcionario público, haga u omita un acto justo o injusto rela

11.- Juan P. Ramos. Derecho Penal Italiano. 1944 T-V Pág. 297.

cionado con sus funciones. En el cohecho activo, la entrega u ofrecimiento de dádivas hechas al encargado de un servicio público, deberán ser con motivo de su cargo, para que ejecute o deje de ejecutar un acto que esté dentro de su esfera de facultades.

En cuanto a la consumación del delito de cohecho activo, la doctrina penal se encuentra dividida en dos corrientes diferentes que son:

La primera corriente considera consumado el delito de cohecho activo, cuando el encargado del servicio público acepta o recobe las dádivas, independientemente de la ejecución del acto; este criterio lo sustenta la jurisprudencia Española, la Italiana y la Cubana.

La segunda corriente que encontramos en la doctrina penal, entre los cuales se encuentra como expositor de ella a Sebastián Soler, consiste en que la acción se consuma en el momento en que las dádivas o el ofrecimiento, llegan al conocimiento del funcionario, bajo la forma de proposición.

"La aceptación o el rechazo no tienen influencia, como tampoco la tiene el cumplimiento o incumplimiento del acto, salvo el caso de la instigación a un hecho de mayor gravedad".- (12). La entrega posterior de dinero, no es más que una consecuencia del acto inicial perfectamente completo.

Igual criterio sigue el Dr. Rodolfo Moreno:

12.- Sebastián Soler. Ob. Cit. Pág. 189.

"La consumación tiene lugar, cuando el funcionario recibe o acepta; éste no incurre en infracción, cuando se le ofrece y rechaza, en tal caso el delito es de quien intenta el soborno, pero no del funcionario si lo desestima". (13).

El código penal, no puede dar lugar a dificultades en cuanto a la consumación del delito, pues éste existe cuando se recibe el dinero o la dádiva, o cuando se acepta la promesa. En consecuencia, la aceptación de una ventaja, no implica tentativa, sino delito consumado.

En mi opinión, esta segunda corriente doctrinal, - expuesta por los penalistas argentinos, es la que está de acuerdo con el pensamiento jurídico penal mexicano.

a).- DEBER JURIDICO O NORMA.

Que se traduce en la prohibición o mandato categórico contenido en el tipo penal o en los tipos de acción, y se prohíbe precisamente la actividad del sujeto activo. En los delitos de omisión, se ordena una actitud y se prohíbe precisamente la omisión (que es la norma en sí).

En este delito de cohecho, hay dos clases de deberes, que son:

1º.- La abstención que debe tener toda persona encargada de un servicio público centralizado o descentralizado, o el funcionario de una empresa de participación estatal, de so-

13.- Rodolfo Moreno. Código Penal y Antecedentes. Buenos Aires 1923 T-VI. Pág. 208.

licitar o recibir indebidamente dinero o cualquier otra dádiva para que así se evite su corrupción.

2º.- Que el particular se abstenga de dar u ofrecer dinero o cualquier otra dádiva a los funcionarios o encargados de un servicio público, para que con ésto no se promueva la corrupción de los mismos.

b).- BIEN JURIDICO.

Debe estar expresamente regulado en el particular tipo penal, o bien consagrado en una parte general del catálogo punitivo del Código Penal Vigente, ya que de lo contrario, - la aplicación extensiva de un deber jurídico penal o norma implicaría una violación al artículo 7 del Código Penal Vigente.

Lo que protege el legislador en este delito, es - la administración pública del Estado, y ligado a ésto, el buen funcionamiento de sus servidores públicos llámense o no funcionarios y con ésto, que desempeñen su cargo honestamente.

c).- SUJETO ACTIVO.

Es toda persona que concretiza el específico contenido de cada uno de los elementos incluidos en un tipo penal o únicamente el autor material, el inductor, el que cumple o - el que auxilia, puede satisfacer los requisitos del artículo - 13 del Código Penal Vigente.

El sujeto activo requiere de una voluntabilidad e imputabilidad; la primera, que puede traducirse en una capacidad de conocer y querer la concreción del tipo penal o capaci-

dad de culpa. La imputabilidad presupone en el sujeto activo, los elementos antes señalados; la imputabilidad se presenta en los casos de trastornos mentales, ya sea transitorios o permanentes.

d).- SUJETO PASIVO.

Es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, descrito en el tipo; es el elemento del tipo que singulariza la ofensa sufrida a la sociedad y concretiza la violación del deber jurídico penal. En algunas ocasiones el sujeto pasivo requiere de una calidad específica (como es el caso del parricidio, que tiene que ser el padre).

"El sujeto pasivo del delito, es el titular del interés lesionado o expuesto a peligro con el delito mismo, esto es, aquel que soporta concretamente las consecuencias inmediatas de la acción o de la omisión delictiva". (14).

El sujeto pasivo del delito no es necesariamente el objeto material del mismo; (como sucede en el delito que nos ocupa), sino que está representado por aquella persona o cosa que sufre los efectos directos del delito.

e).- OBJETO MATERIAL.

No hay que confundir el objeto jurídico del delito con el objeto material del mismo.

"El objeto material del delito (objeto del hecho)

14.- V. Manzini. Ob. Cit. T-II Pág. 17.

es aquel elemento constitutivo de un hecho delictivo, en relación al cual tiene la violación del interés protegido y que representa la entidad principal, cosa o persona a la que se refiere la acción u omisión (cosa en el hurto; hombre en el homicidio, etc.), mientras todo delito tiene necesariamente un objeto jurídico, muchos delitos no tienen objeto material". (15)

En nuestro caso concreto y siguiendo el criterio de Manzini, el objeto material del delito de cohecho, vendría a constituirlo el Estado, por ser la entidad principal directamente lesionada, por la corrupción de los funcionarios y servidores públicos.

Es, el ente corpóreo sobre el cual recae la acción descrita en el tipo penal.

f). CONDUCTA.

Es el elemento nuclear del tipo; algunos tipos en especial, se satisfacen con la sola conducta, ya sea mediante una voluntad dolosa o culposa.

En el caso del cohecho, será dolosa la conducta - encaminada a corromper al funcionario o encargado de un servicio público, de una empresa de participación estatal o del Estado, respectivamente.

g).- RESULTADO MATERIAL.

Exigido en algunos tipos penales, como es el caso del robo, fraude, etc., En este caso, del delito de cohecho, -

el resultado material, es que la administración pública sea co
rrupta, ya sea por medio de una tercera persona o interpósita-
persona, o a petición de los mismos encargados del servicio pú
blico o por funcionarios de una empresa de participación esta-
tal y en este caso no se podrá frenar la corrupción, con tanto
funcionario que se deje corromper.

h).- MEDIOS DE COMISION.

En este delito, se refiere a la manera en que se-
va a cometer el cohecho, ya sea de la persona o personas de --
que se va a valer el cohechador, o de la forma en que va a ha-
cer que el funcionario o el encargado del servicio público a--
cepte la promesa o el dinero que se le ofrece para que haga un
acto justo o injusto relacionado con sus funciones; o también--
de las artimañas de que se valgan los funcionarios o encarga--
dos de un servicio público, para pedirle o hacerle una insinua
ción al particular de que tiene que dar una determinada canti-
dad de dinero o cualquier otra dádiva para hacer o dejar de ha
cer algo justo o injusto que esté relacionado con sus funcio--
nes.

CAPITULO IV.

CLASIFICACION DEL DELITO DE COHECHO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

a).- Clasificación en orden al Deber Jurídico.

Lo que el legislador trata de cuidar, es el buen funcionamiento de la Administración Pública, y de que no haya corrupción entre los que prestan un servicio público y los funcionarios de una empresa de participación estatal, y de esta manera, se sientan presionados a denunciar conductas indecorosas por parte de los particulares o viceversa.

En toda figura delictiva existe un elemento constante, imprescindible; la acción para expresarla en los distintos tipos, tienen necesariamente un verbo, la forma de este verbo es expresiva de la forma de acción, en cuanto ésta es jurídicamente relevante, nos ayuda a distinguir las características del delito de cohecho como un delito instantáneo.

"Los delitos instantáneos, son aquellos en los -- que en el momento en el cual se concretan todos los elementos constitutivos del delito, se produce un efecto positivo y directo, material o moral, que puede desaparecer inmediatamente o sobrevivir a la cesación de la actividad o inactividad criminal, pero en modo de no hacer posible en ningún caso, la prorrogación ininterrumpida de la actividad o de la inactividad misma y la consiguiente constitución de un estado subjetivo u-

objetivo antijurídico". (1).

"Son también instantáneos, aquellos delitos respecto de los cuales, aun siendo posible la prorroga*ción* ininterrumpida de la actividad o de la inactividad individual, la ley no reconoce ningún valor jurídico al desistimiento o a la persecución después de verificado el momento suficiente para consumir el delito, tal como por ejemplo es el caso de aquellos delitos omisivos que se consuman con el simple retardo de cumplir un acto debido". (2).

"En el delito instantáneo es posible solamente la repetición del mismo en las dos formas de reiteración o continuación." (3).

"En el delito instantáneo, la acción se perfecciona en un solo momento." (4).

Para nosotros el delito instantáneo, es aquel en el cuál la consumación y el agotamiento del delito, se verifican instantáneamente.

Para elaborar un concepto sobre el delito instantáneo, la doctrina ha seguido los siguientes criterios:

-
- 1.- Vincenzo Manzini. Tratado D. Penal. B. Aires. 1948 Pág. 103
 - 2.- Vincenzo Manzini. Ob. Cit. Pág. 104.
 - 3.- Vincenzo Manzini. Ob. Cit. Pág. 103.
 - 4.- Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pág. 132.

I.- El que atiende a la consumación del delito.

II.- Otro que se refiere a la destrucción del --
bien jurídico.

"Ambos criterios pueden ser útiles, aun cuando como es fácil apreciar, la definición apuntada atiende al criterio de la consumación, el cual es adoptado por Bettiol, al afirmar que el carácter instantáneo no se determina por la instantaneidad del proceso ejecutivo, sino de la consumación. El mismo Bettiol, hace notar que por regla general, son delitos - instantáneos aquellos en los cuales la acción recae sobre bienes de naturaleza destructible." (5).

El anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en material federal, elaborado en 1958, recoge el concepto de delito instantáneo dado -- por Ranieri, al expresar en su artículo 10: "El delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos"; concepto que atiende en forma evidente, al criterio de la consumación.

De la definición apuntada se desprende como dice-
Porte Petit, que son elementos del delito instantáneo:

- 1.- Una conducta, y
- 2.- Una consumación y agotamiento instantáneo del

5.- Palermo. Diritto Penale Parte General Pág. 349.

resultado.

En conclusión delitos instantáneos son: Aquellos en que la violación jurídica realizada en el momento de la consumación se extingue con ésta. Podrán las consecuencias de los delitos, continuar o subsistir a la consumación de éste, pero el delito se consuma cuando se lesiona el bien jurídico.

Se le considera al delito de cohecho como un delito instantáneo, ya que en el caso particular, se consuma el delito en el momento de la solicitud, de la entrega o recepción, del ofrecimiento o aceptación de dinero, dádivas o promesas, - independientemente de que se llegue o no a realizar el fin requerido por los cohechantes, es decir, que se consuma aunque - el encargado del servicio público o el funcionario de una empresa de participación estatal, haga o deje de hacer un acto - justo o injusto relacionado con las funciones que le son propias de su cargo.

La clasificación del cohecho como delito instantáneo tiene su importancia; por ello se determina el momento inicial de la prescripción y esto lo podemos deducir através del artículo 102 del Código Penal Vigente, que dice: "Los términos para la prescripción de la acción penal, serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere -- consumado, desde que cesó si fuere continuo, o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución si se trata de tentativa".

Por esta clasificación asumen distinto carácter - las participaciones de terceras personas en las acciones posteriores al acto inicial, debido a que, cuando se preste ayuda - después de la consumación del delito instantáneo, solo será en cubrimiento, más nunca participación en sentido jurídico.

b).- CLASIFICACION EN ORDEN AL BIEN JURIDICO
PROTEGIDO.

Dentro de las clasificaciones de los delitos, encontramos una que los divide en: delitos de peligro y delitos de daño. Estos últimos son los que aparecen más frecuentemente en las legislaciones penales, y son aquellos en los cuales el elemento objetivo de la acción, se concreta en la lesión total o parcial del bien jurídico que la norma tutela.

Cuello Calón, estima como delitos de peligro, "a aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para - éstos una situación de peligro. Debiendo entenderse por peligro, la posibilidad de la producción mas o menos próxima de un resultado perjudicial." (6).

El propio autor afirma que son delitos de lesión:

"Los que, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada".

En México, Castellanos Tena se afilia a los conceptos anteriores.

Federico Puig Peña, al escribir sobre estos delitos, expresa: "Los alemanes a partir de Binding, distinguen perfectamente los delitos de lesión de los de peligro. Delitos de lesión (Verletzungdelike); son los que una vez consumados, ocasionan un daño directo y efectivo en un bien jurídicamente protegido. Estos son la mayoría de los delitos sancionados en el código. Los delitos de peligro (Gerdrungdelike), son aquellos que no causan un daño efectivo y directo en los bienes jurídicamente protegidos, pero crean para los mismos, una situación de peligro." (7).

"Obsérvese, que en muchas ocasiones el derecho solamente considera relevante la lesión a un bien jurídico, cuando ella se concreta en la destrucción efectiva de determinado bien o determinado derecho.

En el delito de homicidio, se protege la vida, pero solamente en ese sentido material, que se concreta en la muerte de un hombre. Ninguna duda cabe de que se comete un delito de daño". (8).

Pero cualquiera que sea la infracción que se tome-

7.- Sebastián Soler. Ob. Cit. Pág. 280.

8.- Cuello Calón. Ob. Cit. Pág. 345.

como ejemplo, ésta siempre constituirá la tutela de un bien jurídico y por lo tanto, la comisión del delito representará, una efectiva lesión al derecho resguardado por la ley penal.

El otro grupo de delitos que forman esa clasificación (los de peligro), solo exige que se haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido por el derecho. "El concepto de peligro significa la posibilidad cognocitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado". (9).

El bien jurídico protegido por la figura delictiva del cohecho, es el Estado, y en particular la administración pública, lesionándose cuando el funcionario se corrompe, o el particular trata de corromperlo.

Por lo antes expuesto, concluimos que no solo se pone en peligro la administración pública, sino que através de estos actos corruptos de ambas partes, se lesionan dichas funciones del estado, quedando por estas razones, el delito de cohecho clasificado como delito de daño y no de peligro.

c).- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

A esta clasificación pertenecen los delitos especiales (en oposición a los comunes), siendo aquellos en los cuales el sujeto activo debe revestir determinadas cualidades, sin las cuales el delito no es posible configurarlo. Como consecuencia se deduce, que la persona que no posea esa cualidad, no pue

de ser autora de ese delito, pues a la conducta principal, le -
faltaría el elemento típico. Si no existe un servidor público o
un funcionario de una empresa de participación estatal, no hay
delito de cohecho; el que no es funcionario con autoridad, no -
es autor de abuso de autoridad, etc.; mejor dicho no puede ha--
ber delito especial, sin que alguno de los sujetos que en su co
misión intervienen, revista las condiciones exigidas por la ley.

"No hay que confundir esta clase de delitos con --
los de propia mano, debido a que éstos, tienen que ser cometi--
dos por la persona interesada; en cambio en los especiales, pue
de cometerse el delito através de otra persona como instrumento".(10)

Celestino Porte Petit, ha elaborado una clasifica--
ción del delito en orden a la conducta, la cual para fines ex--
clusivamente pedagógicos nos permitimos adoptar; esa clasifica--
ción es la siguiente:

- "A).- De acción,
B).- De omisión.
C).- De omisión mediante acción.
CLASIFICA- D).- Mixtos, de acción y de omisión.
CION DEL
DELITO EN E).- Sin conducta. (de sospecha o posición).
ORDEN A LA F).- De omisión de resultado.
CONDUCTA. G).- Doblemente omisivos.
H).- Unisubsistentes y plurisubsistentes.

10.- Edmundo Mezger. Ob. Cit. Pág. 253.

I).- Habituales". (11).

A).- Delitos de acción.- Cuando la conducta se manifieste através de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios, (tales como jalar del gatillo - para matar).

B).- Delitos de omisión.- Son aquellos en los cuales la conducta consiste en una inactividad, en un no hacer de carácter voluntario. (cuando no se presta ayuda a una persona - que se atropelló).

C).- Delitos de omisión mediante acción.- Si la -- conducta abarca el hacer y el no hacer, es inconcebible soste-- ner la existencia de un no hacer mediante un hacer; esto consti-- tuye una Contraditio in terminis.

D).- "Delitos mixtos de acción y de omisión.- En - estos delitos la conducta del sujeto, se integra tanto con una acción como con una omisión, tratándose en consecuencia de una conducta mixta". (12). (cuando los padres presentan a su hijo - ante el Registro Civil, y ocultan su verdadero nombre).

E).- Delitos sin conducta, (de sospecha o posi-- sión).- Negamos desde luego la existencia de delitos sin conduc-- ta pues como hemos afirmado con anterioridad, la conducta o el hecho según la descripción típica, es un elemento esencial del-

11.- C. Porte Petit. Apuntes de la Parte General D. Penal I. P-231.

12.- Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pág. 205.

delito.

Estos delitos consisten, según se pretende en una simple situación bajo la cual se coloca el sujeto, configurativa del hecho incriminado por la ley. (como el caso de la vagancia y malvivencia).

F).- "Delitos de omisión de evento o de resultado.- En los delitos de omisión, la norma espera del acatamiento del mandato contenido en ella, una determinada mutación, la cual no se verifica en razón precisamente de la inactividad del sujeto, inactividad integrante de la omisión, misma que a su vez impide la transformación esperada, siendo lo correcto hablar en estos casos de delitos de omisión y no de omisión de evento o de resultado." (13).

G).- Delitos doblemente omisivos.- "En estos delitos, el agente viola tanto el mandato de acción como uno de comisión, al no realizar un evento que debe ser producido omitiendo el mandato de acción." (14).

I).- Delitos habituales.- "Se entiende, al decir de Eusebio Gómez, aquel constituido por diversos actos cuya comisión aislada no se juzga delictuosa" (15).

Porte Petit dice al respecto: "Existe un delito habitual, cuando el elemento objetivo, está formado de varios ac-

13.- Pavón Vasconcelos. Ob! Cit. Pág. 206.

14.- Porte Petit. Programa de la parte Gral. de D. Penal P. 208

15.- Eusebio Gómez. Tratado de Dcho. Penal. I B. Aires. Pág. 417

tos habituales de la misma especie y no constituyen delitos por si mismos". (16).

Ambas categorías de delitos no se excluyen (especial y de propia mano), y pueden darse las dos en un mismo delito. Este es el caso del cohecho, en donde el servidor público o el funcionario de una empresa de participación estatal, en ocasiones se vale de una tercera persona para cometer el hecho delictuoso.

"La persona encargada de un servicio público centralizado o descentralizado, o el funcionario de una empresa en que por accionista o asociado participe el estado, que por si o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva o acepte una promesa directa o indirectamente para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones". (17).

Con esto queda completamente claro que en el delito que nos ocupa, ambas categorías pueden quedar comprendidas en el mismo (especiales y de propia mano), dado que la conducta que realiza el sujeto activo puede darse en cualquier persona de las que describe el precepto anteriormente citado.

d).- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO MATERIAL.

16.- Porte Petit. Ob. Cit. Pág. 234.

17.- Artículo 207 del Código Penal Vigente.

Existe una clasificación basada en el carácter privado o público de la acción penal, según que el delito sea punible por incondicionada potestad del estado (como sucede en la generalidad de los casos), o condicionadamente a una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito mismo, o de otro sujeto; los delitos se distinguen en perseguibles de oficio y en delitos punibles mediante querella.

El derecho de querella es un poder de disposición-reconocido a la voluntad privada, en relación a la punibilidad-del delito, es un derecho público, subjetivo, personalísimo perteneciente al ofendido o perjudicado por el delito y a otras -- personas a las que la ley expresamente lo atribuye y del cual - es correlativa la facultad de renunciar.

El delito de cohecho se encuentra enmarcado entre- los delitos de acción pública, por el carácter público de la misma.

En este caso, como el afectado directamente con la consumación del delito es el estado, el resultado material se verá reflejado en la corrupción de sus funcionarios y de ahí que- este delito sea perseguible de oficio.

e).- CLASIFICACION EN ORDEN A LOS MEDIOS DE -
COMISION.

El delito de cohecho es un delito de comisión, en- tanto que el objeto de prohibición es un hecho positivo, de mo- do que el evento que la consuma es el resultado de su forma de- actuar. La conducta positiva del sujeto activo, trae como conse

cuencia la lesión intencional del bien jurídicamente protegido. La exteriorización de la conducta delictiva del sujeto pasivo - se refleja en la lesión del bien jurídico.

"El movimiento voluntario del agente y el resultado se hayan en relación de causalidad, siendo indiferente que esa relación sea directa, inmediata o mediata, que el sujeto realice por su propio esfuerzo personal el hecho, causa del resultado producido o que para su obtención se valga de otras personas, de ahí que también se le considere al delito de cohecho como un delito bilateral, entendiéndose por tal, a aquel cuya noción -- exige, desde luego, indispensablemente la intervención de dos o más personas, pero en los cuales el hecho es considerado en lugar de unitariamente, como en los delitos colectivos bilateralmente, de manera que varias personas operantes u omitentes, se prestan como dos partes de una relación colectiva y no como una colectividad". (18).

"Estas dos partes, pueden ser opuestas entre si (delitos recíprocos propiamente dichos), o bien también estar de a cuerdo (delitos bilaterales propiamente dichos), como por lo de más ocurre lo mismo en las relaciones conforme al derecho." (19)

"Las relaciones jurídicas cometidas por las dos -- partes, son distintas y separadamente imputables, de manera que a diferencia de los delitos colectivos, el delito puede existir para una parte, y no también para la otra, como cuando ésta úl-

18.- Vincenzo Manzini. Ob. Cit. Pág. 117

19.- Vincenzo Manzini. Ob. Cit. Pág. 117

tima resulte incapaz de derecho penal, o de otra manera inimpu
table". (20).

La legislación penal mexicana, al preceptuar en su artículo 217 fracción I, la solicitud propuesta por el funciona
rio de una empresa de participación estatal o de una persona en
cargada de un servicio público, como uno de los medios de comi
sión del delito de cohecho, acepta tácitamente por esta razón, -
una forma unilateral del mismo independientemente de las formas
de bilateralidad que se dan en el mismo artículo, excluyéndose-
por consecuencia al delito de cohecho como un delito bilateral,
pues como se ha dicho, no es elemento indispensable del cohecho
el que en los medios de comisión intervengan dos conductas dife
rentes para la consumación del delito.

Si interviene el encargado de un servicio público-
o el funcionario de una empresa de particiapación estatal, solí
citando dinero o dádivas, el delito de cohecho en este caso, --
tendrá carácter inulateral; en cambio, si el funcionario públi
co recibe indebidamente dinero, o acepta cualquier otra dádiva,
el delito será bilateral.

CAPITULO V.
FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE
COHECHO.

1.- TENTATIVA.

El derecho romano, siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada, no llegó a concretar un criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término técnico alguno para diferenciar tales grados del delito.

En el derecho penal privado, siempre se atendió al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados; en el derecho penal público, sin embargo, no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues a pesar de la existencia de que el "animus" entrase en el campo de la exteriorización material, no llegó siempre a requerirse un resultado caracterizado en un daño.

En los delitos de Lesa Majestad, por ejemplo, era punible como delito consumado, cualquier acto exteriorizador de la voluntad, aun cuando se tratara de actos puramente ejecutivos.

No obstante en los últimos tiempos del derecho romano, la circunstancia de que el resultado no llegara a consumarse, constituía en algunos casos una atenuante.

En el derecho germánico, fue desconocida en un principio la tentativa; posteriormente aun cuando no llegó a

precisarse una fórmula diferenciadora, se equiparó la tentativa al delito consumado, principalmente en el delito flagrante.

Por fin en los siglos XIV y XV, parece reconocerse "el concepto de la tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas del enlace inmediatas con la época presente". (1).

Al decir de Mezger, en el derecho italiano de la edad media, "se encuentra ya un concepto del Conato, el cual es descrito como un Cogitare, agere, sed non perticere." El derecho longobardo consideró la tentativa como de menor importancia a la consumación, castigándola con pena atenuada (extra ordinem), reglamentando la tentativa inidónea y el desistimiento espontáneo." (2).

Fue el código llamado de la Carolina (constitución criminal) dictado por Carlos V, el primero que contiene una definición de la tentativa, con los elementos distintivos de este instituto penal, tales como actos externos de la voluntad criminal y falta de consumación del evento contra la voluntad del agente. Tal definición la contiene el artículo 178 del Código Carolino, el cual influyó notablemente en los diversos códigos penales de los estados alemanes.

"Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo

1.- Edmundo Mezger. Tratado II. Pág. 225.

2.- Edmundo Mezger. Tratado II. Pág. 213.

mediante algunas obras externas que pueden ser apropiadas para la consumación de dicho acto y sin embargo en la consumación -- del mismo, fuera impedido contra su voluntad por otros medios, -- será castigada penalmente esa voluntad maliciosa, de la cual resulta como se dice, alguna obra mala; pero en un caso, más severamente que otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa". (3).

A partir de la Carolina, empieza a precisarse la distinción entre actos preparatorios, actos de ejecución como -- constitutivos de tentativa punible y delito frustrado o tentativa acabada.

Se conservó casi invariable el principio de penar en forma atenuada, la tentativa y en algunos casos, se equiparó en cuanto a la sanción, el delito frustrado y el delito consumado.

Cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado.

Esta concepción, ha llevado a los autores a denominar a la tentativa, como un delito imperfecto, por faltar en él el acto material de la consumación.

Carrara, al exponer su teoría sobre la tentativa, -- la consideró un delito degradado en su fuerza física y en consecuencia de acción imperfecta.

3.- Edmundo Mezger. Ob. Cit. Pág. 226 y 227.

No por el hecho de que la tentativa se subordine por cuanto a su punición, a la referencia típica concreta contenida en otra figura delictiva, se piense que no constituye una figura autónoma.

"Este punto de vista ha sido ya ampliamente discutido en la doctrina, y aunque la generalidad de los autores convienen en que es un delito imperfecto, si se le refiere al delito consumado, reconocen que considerada en si misma, constituye un delito perfecto, pues es figura con caracteres propios y punibles por si". (4).

Según la doctrina, encontramos dos clases de tentativa, que son las siguientes:

a).- Tentativa acabada.- Se le conoce también como delito frustrado, cuando el agente que la realiza emplea los medios directamente a ese fin, pero el resultado no se produce -- por causas ajenas a su voluntad.

b).- Tentativa inacabada.- Conocida también como delito intentado, a diferencia de la anterior, se verifican en ésta, los actos tendientes a la producción del resultado, pero el sujeto que la realiza omite alguno o varios de los actos que se deberían realizar y por eso el resultado esperado no se produce.

Por otro lado, la tentativa se encuentra estableci

4.- Payón Vasconcelos, Manual de Dcho. Penal Mexicano Pág. 415.

da en el artículo 12 del Código Penal Vigente que a la letra dice: "La tentativa es punible, cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, - si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces - tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

En el delito que nos ocupa, (el cohecho) "el sólo o frecimiento ha de hacerse de manera espontánea, de igual forma - si se trata de cualquier otra dádiva, constituye una tentativa - de cohecho pero en este caso específico, la ley lo eleva al grado de autora del delito, que quiere decir que se entenderá como delito consumado." (5).

c).- CONCURSO DE PERSONAS.

El delito, no es siempre el producto de la actividad de un sólo hombre, con frecuencia a la realización de él, - concurren varias actividades referibles a sujetos diferentes -- que participan en un hecho delictuoso.

*En primer lugar, se encuentra el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva y que se denomina autor." (6).

5.- Anales de Jurisprudencia. Tomo XX. Pág. 101.

6.- Edmundo Mezger. Tratado de Dcho Penal. 1935 T-II. Pág. 258.

Habíamos estudiado anteriormente, quienes podían ser sujetos activos del delito de cohecho, llegando a la conclusión, que en su forma pasiva solamente los encargados de un servicio público o funcionarios de una empresa de participación estatal, eran posibles autores del delito; a diferencia de su forma activa en donde el agente del delito podría ser cualquier persona.

El coautor en el cohecho pasivo, debe reunir las mismas cualidades de que está revestida la persona del autor; - "El extraneus (no funcionario), aparece como mero participante en sentido estricto, es decir, como cómplice". (7).

A las personas que no tengan la calidad de encargados de un servicio público, les falta la antijuricidad típica, no siendo por este motivo posible su castigo como autores o coautores del cohecho, no quedando por esta circunstancia excluidos de la ley penal, pues podrán ser responsables ya sea de instigación o de complicidad según las circunstancias del caso. -- Criterio parecido sigue la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria recaída al amparo promovido por Ofelia Castillo González: "Aunque el acusado no fuere funcionario encargado por la ley para expedir los nombramientos que se obtuvieron por medio de la entrega de dinero, si intervino de una manera directa en la tramitación administrativa que servía de -

7.- Edmundo Mezger. Ob. Cit. Pág. 300.

base para hacer esos nombramientos y él mismo confiesa que por esos medios, aunque con otros fines, obtuvo que se ajenciara -- con nombramientos a personas a quienes favorecía, está probada su responsabilidad en el delito de cohecho". (8).

Cabe preguntarse, si dentro del delito de cohecho, se puede dar la hipótesis del autor mediato. En mi opinión creo que si, para lo cual ilustraré mi afirmación con este ejemplo:-- una persona interesada en corromper a un funcionario público, -- le entrega a otra ajena a esa maquinación, un sobre cerrado y -- cuyo contenido y finalidad ignora éste, pero en el cual se en-- cuentra el ofrecimiento, dirigido a comprar la conducta de di-- cho funcionario. Aunque en el ejemplo dado, esa persona sirvió de intermediario entre el funcionario y el interesado, su con-- ducta no es culpable y como consecuencia, no es responsable del delito.

Cada partícipe debe tener el conocimiento del he-- cho delictuoso que se estaba por cometer. Esta noción del deli-- to, no implica que haya un plan para realizarlo, sino que exis-- te el fin de cometer el delito.

Nuestra ley penal mexicana en el artículo 55 del -- Código Penal Vigente, nos dice lo siguiente: "Las circunstan-- cias de alguno o algunos de los delinquentes, cuando sean modi-- ficativas o calificativas del delito, perjudican a todos los --

8.- Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXVII.

que lo cometen con conocimiento de ellas". Este artículo se refiere a las circunstancias en tanto que agravan la pena cuando se tienen conocimiento de ellas, pues según señala el artículo 15 del mismo ordenamiento, que: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: fracción VI.- Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el a cusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar"; mientras que aquellas circunstancias personales que excluyen o atenuan la pena, no se comunican aunque sean conocidas.

"En consecuencia el requisito para la existencia de la participación en cualquiera de sus formas, es la existencia de un hecho ilícito." (9).

En el caso específico del cohecho, la interpósita o terdera persona deberá tener conocimiento del hecho delictuoso, para que recaiga en él, la responsabilidad del delito cometido.

Siendo la licitud o ilicitud una característica -- del hecho y no de la acción subjetivamente considerada, es indudable que cualquier forma de participación en el hecho ilícito es a su vez una acción ilícita. Para la existencia de la participación, es necesario que haya una convergencia intencional, - ello es, "las intenciones convergentes en un tipo, deben ser recíprocamente integradas dentro del mismo tipo". (10).

9.- Sebastián Soler, Dcho. Penal Argentino. T-II. Pág. 280.

10.- Sebastián Soler. Ob. Cit. T-II. Pág. 285.

Este principio presupone, que solo puede haber participación en igualdad de grados; solo habrá participación intencional, cuando el delito sea intencional.

El que participe en la entrega de dádivas al encargado de un servicio público centralizado o descentralizado, o al funcionario de una empresa de participación estatal, para que éste haga o deje de hacer un acto justo o injusto relacionado con sus funciones, será responsable por haber tenido participación en un hecho típico de cohecho; y como el cohecho es un delito intencional, el único grado de culpabilidad que se da en los participes, será doloso, excluyendo así la participación de carácter culposo.

2.- CLASES DE COHECHO.

Hemos de distinguir previamente, dos formas del delito de cohecho que son:

a).- Cohecho Activo.- Se le llama así, al acto que comete el particular, y que induce al encargado de un servicio público centralizado o descentralizado, o de una empresa de participación estatal, para que haga u omita un acto justo o injusto pero que esté relacionado con las funciones propias de su cargo.

En este caso el agente o autor del delito, puede ser cualquier persona, con tal de que su conducta se encuadre dentro del delito de cohecho activo, a diferencia del cohecho pasivo, en el que el agente del delito, está revestido de una determinada personalidad.

En el caso del cohecho activo, no es menester que la entregue o promesa, se haga al encargado de un servicio público, sino que puede ser por medio de una tercera persona.

Se consuma el delito, cuando el encargado de un -- servicio público recibe o acepta la promesa del particular, en consecuencia, el delito existe cuando se recibe el dinero, la dádiva o se acepta la promesa; la aceptación de una ventaja, no implica tentativa, sino delito consumado.

b).- Cohecho Pasivo.- Consiste en el delito cometido por los encargados de un servicio público centralizado o descentralizado, o de una empresa de participación estatal que se dejan corromper para ejecutar un acto, ya sea justo o injusto - que esté relacionado con sus funciones.

En consecuencia, desde el momento en que el sujeto activo del delito exterioriza su voluntad por medio de la solicitud hecha al particular, se consuma el delito de cohecho pasivo independientemente del resultado, exista o no acuerdo de voluntades entre el solicitante y el solicitado; considerándose indiferente, que después de haber recibido la dádiva el encargado de un servicio público, haya o no ejecutado el acto para cuya obtención el particular le había encomendado.

3.- SU PENALIDAD.

En las legislaciones modernas, distinguimos tres diferentes sistemas de penalidad en lo que respecta a la forma de sancionar el delito de cohecho.

I.- El que castiga al delito de cohecho, con las mismas penas ya sea que se trate del cohechador o del cohechado; tal es el caso de nuestro Código Penal de 1931.

II.- El que de manera general impone las mismas penas a ambos, pero aceptando algunas excepciones como en el caso de nuestro código penal de 1871.

III.- Aquellos sistemas penales que establecen una excusa absolutoria cuando el corruptor denuncia el cohecho, este es el sistema que sigue el código penal de 1929 y el actual anteproyecto del código penal.

Expuestos esquemáticamente los tres sistemas antes mencionados, analizaremos cada uno de ellos a través de los códigos de 1871, 1929, 1931 y el anteproyecto del código penal - respectivamente.

Código Penal de 1871.- Según este código, el delito es un acto culpable del delincuente quien como responsable moral de él, tiene que soportar la consecuencia jurídica que es la pena. Esta reacción aparece como un sufrimiento que se impone al delincuente para que se corrija.

"De acuerdo con el principio clásico que sirve de base a este código, a la naturaleza del delito, debía corresponder determinada pena, que se impondría en mayor o menor grado, según los accidentes de aquel, observándose que de una manera causística reglamentaba las penas que se deberían de apli

car al delito de cohecho¹¹ (11).

Este código establecía en su artículo 1014, que -- las personas encargadas de un servicio público que se dejaran corromper para ejecutar un acto justo o injusto relacionado -- con sus funciones, serían castigados con suspensión del empleo de 3 meses a un año, y una multa igual al duplo de lo que recibieran.

A continuación en el artículo 1015, se establecía que cuando el cohecho tuviere como finalidad, ejecutar un acto injusto o dejar de hacer algo justo, se castigaría con una pena de 3 meses a un año, si el acto u omisión objeto del delito no hubiese llegado a verificarse, pues en caso contrario, se impondría una pena de uno a tres años de prisión, se pagaría la multa susodicha y se destituiría de su cargo al funcionario público. Además en el artículo siguiente, se preceptuaba que si el culpable aceptaba el cohecho para ejecutar un acto injusto que en sí constituyere delito, se aplicarían las penas del delito de cohecho y a su vez, se observarían las reglas de la acumulación.

Por último en el artículo 1022, se establecía que el corruptor por regla general, se le aplicarían las mismas penas que al cohechado, menos la de suspensión del empleo e inhabilitación. La excepción que señalaba el artículo 1023, consis

11.- José Almaraz. Exposición de Motivos Código Penal de 1929.
Pág. 15.

tía en: "Que en el caso de que la pretensión del corruptor fuese justa, y hubiere hecho el soborno a instancia del cohechado se le impondría sólo una multa igual al monto del cohecho."

Código Penal de 1929.- Este código aunque en su contenido material no introduce ninguna reforma por lo que respecta a las penas a que se hacía acreedor el corruptor, establece reformas de carácter básico, parecidas a las que contiene el anteproyecto del código penal.

El artículo 589 decía: "Al cohechador en los casos de que hablan los artículos que preceden, no se le aplicará sanción alguna, salvo cuando el cohechado no admita y denuncie el delito; entonces se le aplicará al primero, la sanción correspondiente al cohechado".

El precepto siguiente decía: "Cuando la pretensión del cohechante sea justa, solo se le hará amonestación".

Código Penal de 1931.- En materia de aplicación de las penas, sigue el del arbitrio judicial, que consiste en: Fijar la pena libremente, dentro de un mínimo y un máximo fijados por la ley. Siguiendo este lineamiento, establece la misma pena ya sea tanto para el corruptor, como para el cohechado, dentro de un mínimo de tres meses y un máximo de cinco años.

En el Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia Fedral, decía: al cohechador se le aplicarían las mismas sanciones de prisión y multa que se seña-

lan para el cohechado, pero se le eximirá de toda sanción cuando denuncie el delito". Artículo 206 del Código Penal.

Como se observa, este artículo es muy parecido en contenido al 589 del código penal de 1929, solo que en el ante proyecto, para que exista la excusa absolutoria que ambos esta blecian, es menester que el corruptor denuncie el cohecho, no sucediendo lo mismo en el código penal de 1929; pues en éste, - la única condición para que no se sancione al corruptor, es de que el cohechado no haya denunciado o admitido el delito.

Ahora bien, dentro de los códigos penales, las llamadas excusas absolutorias no se consignan en la parte general de éstos, sino que se encuentran dispersas en los artículos de la parte especial, donde definen los tipos de los delitos, a - diferencia de lo que ocurre en las forma atípicas y la ausen-- cia de condiciones objetivas, cuyo aspecto negativo no se fija en los códigos; las excusas absolutorias aparecen taxativamente admitidas junto al delito, en el que legalmente se perdona al delincuente.

Por lo anteriormente expuesto, no creo que exista dificultad doctrinal, el que en nuestra ley se señale como ex cusa absolutoria cuando el corruptor denuncia el cohecho, por convenir ésto, a los intereses y protección del buen funcionamiento de la administración pública.

La penalidad la encontramos determinada en el artí culo 218 del Código Penal Vigente, que a la letra dice: "El de

lito de cohecho se castigará con tres meses a cinco años de --
prisión y multa de dos mil pesos".

El objeto de estas clases de penas, es alejar al individuo de la sociedad, con el fin de procurar la realización de los propósitos que inspiran el sistema penal imperante y así poder tener servidores públicos honestos.

Otra cosa que nos llama poderosamente la atención, es que no se consideren, además de las penas prescritas en el artículo anterior, la de destitución del empleo y la de inhabilitación, para el caso de cohecho pasivo tipificado en la fracción I del artículo 217 del Código Penal Vigente, y así poder ejercer mayor presión sobre el buen comportamiento de nuestros servidores públicos.

Por lo anterior creo que es necesario adoptar una posición como la que toma el actual anteproyecto del código penal pues de esta manera, el funcionario, aunque haya sido consumado el delito, y el particular sea coautor del mismo, estará siempre en peligro de ser denunciado y por lo tanto ese temor a la denuncia, habrá de influir directamente en su conducta, disminuiría la práctica de este delito, y a la vez habríamos más denuncias por parte de los funcionarios públicos, de ofrecimientos indecorosos propuestos por los particulares, con el fin de comprarles su conducta futura.

4.- ATENUANTES.

Cabe decir por último que algunas legislaciones ta

les como la española y la francesa, "establecen que cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo, por parte de - su cónyuge o de algun ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, sólo se impondrá al sobornante, una multa equivalente al valor de la dádiva o promesa, sin que pueda bajar de 1000 pesetas." (12).

Según afirma Eugenio Cuello Calón, esta disposición es reproducción literal del artículo 403 del Código Penal-Español de 1870, conteniendo una atenuante específica de considerable importancia; y nos indica que es la misma que la contenida en el artículo 18 del propio ordenamiento.

"El hecho de que el texto legal no ha podido menos que tener en cuenta los sentimientos de caridad nacidos de los lazos de familia, y el mismo deseo de borrar la mancha arrojada sobre el buen nombre de la familia por la condena recaída sobre alguno de sus miembros", (13).

"Pero al sobornado a quien no afectan aquellos honrosos y respetables móviles, que obra impulsado solamente por el ánimo de lucro, su responsabilidad no sufre atenuación alguna, - y se le imponen las penas establecidas para los que cometen el delito de cohecho." (14).

12.- Código Penal Español. 1944. Art. 392.

13.- Eugenio C. Calón. Dcho. P. Español Parte Esp. Pág. 359.

14.- Eugenio C. Calón. Ob. Cit. Pág. 359.

La justicia en mi muy particular punto de vista, -
podrá en base al arbitrio judicial que tiene, exigir que la pe-
na sea disminuida cuando el encargado de un servicio público e-
jecuta un acto justo movido por el espíritu del lucro, pero ja-
māz que el castigo desaparezca.

CAPITULO VI.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El delito de cohecho considerado en su noción formal, es el hecho individual con el que se vincula el precepto jurídico protegido y previsto por una sanción específica, que es la pena.

Considerado en su noción sustancial, o sea el contenido, el delito de cohecho es (como ya quedó estudiado y entendido), una acción imputable a una persona, lesiva de un interés penalmente tutelado.

SEGUNDA.- El precepto legal no es el delito; incluso el primero no es más que una ilación lógica de la noción del delito a que se refiere la ley, pues ésta dice: "Comete el delito de cohecho; I.- La persona encargada de un servicio público centralizado o descentralizado, o el funcionario de una empresa en que como accionista o asociado participe el estado, que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa directa o indirectamente, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto, relacionado con sus funciones. II.- El que de manera espontánea de u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que ésta haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

En ninguna de las fracciones anteriores dice: No -

corromperás a un funcionario público; ni tú, funcionario público, podrás ser cohechado bajo pena de "X" sanción.

Este concepto, se deduce implícitamente de la noción del delito, o sea, del cohecho tal y como está indicado en la ley.

TERCERA.- El cohecho punible, es el delito; la prohibición de corromper o dejarse corromper, es el precepto. La distinción, es sin embargo meramente formal, porque el precepto no es sino la forma imperativa del delito.

CUARTA.- Desde un punto de vista meramente formal, podemos distinguir dos clases de elementos constitutivos de los delitos. a saber: Elementos esenciales y elementos eventuales.

Elementos esenciales del delito.- Son aquellos requisitos de hecho, cuya presencia es necesaria y suficiente para integrar la noción elemental del delito, por ejemplo: La entrega de dinero o dádivas, o el ofrecimiento de una promesa con el objeto de que dicte una resolución justa o injusta relacionada con sus funciones. Dichos elementos son todos iguales y necesarios para la consumación del delito; la falta de uno de ellos, o hace penalmente indiferente al hecho, o bien lo transfiere bajo un diverso título delictivo (ejemplo: "tentativa", delito menor).

Los elementos eventuales del delito.- Son aquellos que aunque no son exigidos por la noción del delito, pueden sin embargo concurrir a la integración del mismo, así por ejemplo:-

el ofrecimiento de dinero propuesto por un funcionario a otro funcionario, por un particular.

QUINTA.- Cabe también hacer notar las circunstancias del delito de cohecho, entendiéndose por éstas, a aquellas que se limitan a agravar o a atenuar la pena del delito.

Hay circunstancias que son previstas en modo general para todos los delitos, reglamentándose éstas, en la parte general del delito o bien en las disposiciones generales de los códigos penales y otras circunstancias especiales para cada delito y señaladas dentro del mismo tipo.

Una circunstancia agravante de responsabilidad penal en el delito de cohecho, será que el funcionario público que comete el delito, desempeñe sus funciones en la Administración de Justicia; lo mismo tendrá que ser agravante, cuando el objeto del cohecho, constituya un dejar de hacer algo justo o hacer algo injusto.

Será circunstancia atenuante del delito de cohecho cuando el objeto del mismo sea hacer algo justo.

SEXTA.- Ahora bien, como decíamos anteriormente, si alguno de los elementos esenciales del delito de cohecho no cumple con los requisitos que enmarca el tipo de cohecho, no se dará dicho delito, sino se estará frente a otro que será diferente, o no se estará ante ninguna figura delictiva.

Cabe hacer mención también a este respecto, de la relación que existe entre los delitos de Concusión y Peculado-

con el delito de cohecho,

Con relación al delito de Concusión, diremos que - en éste, el sujeto activo lo constituye, el que está encargado de un servicio público y que como consecuencia de esta función exige un beneficio personal, por sí mismo o por medio de una -- tercera persona, (pero a diferencia del cohecho) aquí será a tí tulo de renta, salario, rédito o cualquier otro emolumento, una cantidad mayor a lo determinado por la ley a este respecto, + - siendo remunerado con dinero, alhajas, valores o cualquier servicio que tenga conocimiento que es indebido; siendo que en el delito de cohecho no se engaña a nadie con el fin que va a te-- ner el dinero o la dádiva.

La relación que tiene con el delito de peculado, - es que en este delito el sujeto activo dispondrá para sí, dis-- trayendo de su objeto principal, bienes muebles o inmuebles re-- dundándole un lucro económico, o para un tercero, caracterizán-- dose por el hecho de que el sujeto activo no efectua ningún movimiento para para obtener dinero, valores o fincas, puesto que ya las tiene en su poder, en relación a su encargo de los mis-- mos; además en este delito, no se consuma la infracción al mo-- mento de recibir, como en el cohecho, sino al momento de la dis tracción o fines diversos de dichos bienes, pero con la finalidad de obtener un beneficio propio o de un tercero.

Algo que llama mucho la atención por ser muy notorio, es que en estos dos delitos, hay destitución del empleo, -

cosa que no pasa a los funcionarios en el delito de cohecho y - que hasta la fecha no se ha modificado dicha situación, que con sidero de suma importancia, ya que puede darse el caso de que - el funcionario que comete este delito, (cohecho) sufra la pena- que le impone el Código Penal Vigente, pero que una vez que ha- ya sido extinguida la pena, vuelva a tomar posesión del encar- go que venia desempeñando antes de la infracción que cometió.

Situación muy anómala pero que puede dar resulta- dos funestos para la Administración Pública del Estado.

SEPTIMA.- También se saca en conclusión, que nues- tra legislación penal, es la única que dentro del derecho compa rado preceptua al cohecho pasivo y al cohecho activo en un solo artículo; ésto en comparación con otras legislaciones penales.

El artículo 217 del Código Penal Vigente, en su -- fracción I, reglamenta el cohecho pasivo o impropio simple, y - el cohecho impropio agravado; en su fracción II, reglamenta al- cohecho activo propio y al impropio.

OCTAVA.- Una situación que encontramos dentro de - la definición del delito, es la palabra "dinero", que establece el artículo 217 del Código Penal, que en un punto de vista muy- subjetivo, opino que debería de ser suprimida de dicho ordena- miento, ya que está comprendida dentro del concepto de "dádiva" que redundo sobre lo mismo.

NOVENA.- También podemos decir que las caracterís- ticas de la acción del delito de cohecho son: Que es un delito-

de comisión, doloso, instantáneo, de lesión y por último de acción pública; pudiendo ser tanto bilateral como unilateral.

Sería conveniente que se introdujera en dicho precepto como delito, la aceptación de regalos por parte de los funcionarios públicos, cuando estos sean hechos en atención a su encargo.

Anteriormente el cohecho se realizaba por personas que con frecuencia trataban con los funcionarios públicos, pero en épocas actuales en muy honradas ocasiones, caminan en buena-marcha los negocios, si son movidos por el acicate de la corrupción. Cuántas veces hemos padecido el que se nos tenga paralizado eternamente un asunto por no ser espléndidos con determinado funcionario.

DECIMA.- Es muy común, ya no digamos dentro del campo administrativo, sino del judicial, que para mover cualquier trámite, es necesario darle cierta cantidad de dinero (en muchas ocasiones de acuerdo con una tarifa convencional), hasta al empleado encargado de enseñar los expediente, y nos vemos impotentes ante estas irregularidades, por las siguientes razones:

1.- O perdemos el asunto por más justo que sea. 2.- O bien se vuelve eterna la tramitación del mismo, forzando de esta manera al particular a dar propinas que una vez hechas, lo convierten en coautor del delito de cohecho y por consecuencia, acreedor de una pena igual a la que tiene el funcionario público deshonesto.

UNDECIMA.- También observamos que nuestra legislación penal, debería contener un precepto específico para que -- las dudas, sobre si el encargado del servicio público tiene que ser funcionario o bien empleado; para nuestro estudio, aceptamos que la legislación penal, toma al concepto FUNCIONARIO como género, cuyas especies serían; el FUNCIONARIO PUBLICO y el EMPLEADO PUBLICO.

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

- ALMARAZ JOSE. Algunos errores de la legislación penal de 1931.
- ANALES DE JURISPRUDENCIA. Varios tomos.
- CASTELLANOS TENA. Lineamientos elementales de derecho penal.
- CARRANCA Y TRUJILLO. Código penal anotado 1972.
- CUELLO CALON E. Derecho penal español tomo I.
- DE MEDINA Y ORMAECHEA. Derecho penal mexicano.
- ESCRICHE JOAQUIN. Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia. Madrid.
- GABINO FRAGA. Derecho administrativo 3a. edición.
- GONZALEZ DE LA VEGA. Código penal comentado.
- JIMENEZ DE ASUA. La ley y el delito.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO. La antijuricidad.
- JURISPRUDENCIA. Suprema Corte de Justicia de la Nación
- MANZINI VICENZO. Tratado de derecho penal II Buenos Aires.
- MEZGER EDMUNDO. Tratado de derecho penal tomo II.
- PAVON VASCONCELOS. Manual de derecho penal mexicano.
- PORTE PETIT. Apuntes de la parte general de derecho penal I.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.
- SOLER SEBASTIAN. Derecho penal argentino.
- T. MOMMSEN. Derecho penal romano tomo II.

I N D I C E .

	Pag.
Introducción...	IV
Antecedentes Históricos...	1
Teoría del Delito...	14
Elementos del Tipo de Cohecho...	48
Clasificación del Delito de Cohecho...	73
Formas de Aparición del Delito de Cohecho...	87
Conclisiones...	104
Bibliografía...	111
Indice...	112